Okko Behrends

Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht

Die geistigen Grundlagen des klassischen römischen Rechts
mit einem vergleichenden Blick auf die Gewohnheitsrechtslehre der
Historischen Rechtsschule und der Gegenwart

Inhaltsverzeichnis

I.

Grundbegriffe und Quellen der klassischen Rechtslehre

1. Die *consuetudo* und der *mos maiorum*
2. Die Grundlegung der klassischen römischen Rechtstheorie in der von der skeptischen Akademie geprägten philosophischen Rhetorik Roms
3. *Aequitas* als Ausdruck des klassischen Gleichheitssatzes
4. Das Vertragsrecht als Paradigma
5. *Consuetudo* und *aequitas*
6. Das klassische *ius humanum* als *ius commune* (naturalistisches *ius naturale* verbunden mit zivilisatorischem *ius gentium*)
7. Beispiele des reinen und des modifizierten *ius commune*
8. Das klassische *imperium* als geordnetes Naturverhältnis
9. Der Eigennutz als Motiv der Rechtsbildung

II.

Die Entstehung der Rechtsordnung:

Die Erweckung der in der Natur des Menschen steckenden Möglichkeiten und der Beginn
der Gewohnheit des Rechts

1. Die mythische Überredung der Menschen zur Zivilisation
2. Die Naturanlagen des Menschen zum Recht
3. Recht und Gerechtigkeit
4. Die klassische Rechtsquellenlehre in der philosophischen Rhetorik des Auctor ad Herennium
5. Das *ius commune* beim Auctor ad Herennium
6. Der Kodifikationsversuch des Pompejus und die Grenzen der Gesetzgebung nach klassischem Recht

7. Das Verhältnis der technischen Regelbildung (*mos maiorum*) zur Gewohnheit des Rechts (*consuetudo*) im klassischen Gewohnheitsrecht
8. Die althergebrachte Regelanwendung als formaler Geltungsgrund des *mos maiorum* und die Zwecke der Regeln
9. Die gesetzegleiche Geltungskraft des *mos maiorum*
10. Der *mos maiorum* als Recht der *ratio iuris* ohne Anteil an der universalen *ratio*
11. Der hochklassische *mos maiorum* – ein Erzeugnis des Volkswillens
12. Exkurs: Die Quelle des Isidor

III.

Ius divinum und *religio* in der klassischen *ratio iuris*

1. Das klassische *ius divinum* als *mos maiorum* im Dienste der natürlichen Religion
2. Die natürliche Religion: die Verehrung des Unbegreiflichen jenseits der verstandenen menschlichen Welt
3. Die menschliche Freiheit und das Schicksal
4. Der traditionalistische Professionalismus eines der skeptischen Philosophie anhängenden *pontifex* und das Bekenntnis zum *mos maiorum*

IV.

Das Gewohnheitsrecht der Historischen Rechtsschule, die Behandlung Ciceros durch Puchta und ein Blick auf die moderne „Gewohnheit des Rechts“

1. Das Gewohnheitsrecht bei Savigny
2. Puchtas Cicero-Bild oder „Wie kann man von Cicero trotz seines Philhellenismus etwas über Gewohnheitsrecht lernen?“
3. Das Gewohnheitsrecht im modernen Staat – von Windscheid zur Moderne

I.

Grundbegriffe und Quellen der klassischen Rechtslehre¹1. Die *consuetudo* und der *mos maiorum*

Die klassische Rechtslehre, die sich in der späten Republik durchsetzte und die mit gewissen Modifikationen das Recht der Kaiserzeit beherrschte, unterscheidet, wo sie in ihren Äußerungen zur vollen Klarheit kommt, die allgemeine „Gewohnheit des Rechts“ (*consuetudo*), die den Menschen des Kulturzustandes insgesamt auszeichnet, von dem beschränkten positiven „Gewohnheitsrecht“ (*mos maiorum*), das in jeder Bürgerschaft verschieden ist. Die „Gewohnheit des Rechts“ ist das bewußte Rechtsleben, das Leben nach dem Recht, etwas, was die Geltung des Rechts insgesamt befestigt. Es umfaßt das Recht als Ganzes, sowohl die Regeln, die nach klassischer Auffassung wegen ihrer klaren Struktur unmittelbar als vernünftig eingesehen werden können und daher dem klassischen *ius gentium* zuge-

¹ Der folgende Beitrag enthält in einer neu konzipierten Fassung die Ergebnisse des auf der Tagung „Die Begründung des Rechts als historisches Problem“ im April 1997 im Historischen Kolleg gehaltenen Vortrages. Im Interesse der Klarheit steht in der Darstellung jetzt die spezifisch klassische, in der späten Republik zur Herrschaft gelangende Rechtslehre im Vordergrund. Das vorklassische Recht, die Folie des klassischen Rechts, tritt nur gelegentlich hervor. – Die Untersuchung ist ein weiterer wichtiger Schritt in der Revision der herrschenden, spätromantischen Deutung des römischen Rechts, die in diesem Recht wesentlich ein atheoretisches, aus dem Leben selbst stammendes Phänomen sieht. Für die Anregung, ihn zu tun, bin ich dem Veranstalter der Tagung, Herrn Kollegen Willoweit, sehr dankbar. – Ich gebe eine kleine, ausgewählte Bibliographie meiner bisherigen diesbezüglichen Arbeiten, auf die ich im folgenden verweisen kann. Zum Methodischen: Die Grundbegriffe der Romanistik. Zugleich eine Warnung vor dem *l'art pour l'art*, in: Index. Quaderni camerti di studi romanistici (1996) 1–69, sowie soeben die wissenschaftsgeschichtlichen Klarstellungen, welche die Herausgabe der (bisher unveröffentlichten) Wiener Antrittsvorlesung R. v. Jherings, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (Göttingen 1998), begleiten. Zum Inhaltlichen: Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen Phil.-hist. Kl. 1. Nr. 7 (1976) 265–304; Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, in: SZ Rom. Abt. 95 (1978) 187–231; Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni, Index (1983–1984) 189–225; Les „veteres“ et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République, in: Revue historique de droit français et étranger 55 (1977) 7–33; Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit – die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr., in: Luig, Liebs (Hrsg.), Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition (1980) 25–121; Die *Fraus legis*. Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngeltung in der römischen Gesetzesinterpretation (1982); Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine, in: Revue historique de droit français et étranger 68 (1990) 337–362; Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie, in: Behrends, Sellert, Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, 135–249; Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die *media sententia* in der Geschichte der römischen Jurisprudenz, in: SZ Rom. Abt. 112 (1995) 195–238; *Iusta causa traditionis*. La trasmissione della proprietà secondo il „*ius gentium*“ del diritto classico, in: Labruna (Hrsg.), Tradere ed altri (1998) 27–78; Die Person oder die Sache?, in: Labeo 44 (1998); Der römische Weg zur Subjektivität: Vom Siedlungsgenossen zu Person und Persönlichkeit, in: Fetz, Hagenbüchel, Geschichte und Vorgeschichte der modernen Subjektivität (1998) Bd. 1, 204–254.

rechnet werden, als auch diejenigen, bei denen das nicht möglich ist und die deswegen als *mos maiorum* eingeordnet werden. Das Wort *consuetudo* ist kraft dieser allgemeinen Bedeutungsmöglichkeit auch geeignet, eine gegebene positive Rechtsordnung insgesamt zu bezeichnen, um sie von anderen abzuheben².

Diese *consuetudo*, die mit dem Übertritt von dem Naturzustand in den Rechtszustand beginnt, hat ihre letzten Voraussetzungen in der nach klassischer Auffassung dem Menschen von Natur aus keimhaft innewohnenden Fähigkeit, die Regeln des Rechts zu formulieren und zu begreifen, die sie tragenden Prinzipien zu fühlen und auf diese Weise die Gebote des Rechts als verbindlich zu erfahren. Das „Gewohnheitsrecht“ (*mos maiorum*) ist ein Teilausschnitt des Rechts. Es ist dadurch gekennzeichnet, daß seine Regeln, wie schon angedeutet, nach klassischer Auffassung nicht als unmittelbar einleuchtend dargetan werden können. Für die Regeln des *mos maiorum* wird vielmehr ausdrücklich betont, daß sie eine solche Probe, die sie als rational nachzuweisen versuchte, nicht bestehen würden, sie aber auch nicht zu bestehen brauchen (vgl. u. S. 93). Sie gelten, wie das bekannteste Paradigma, das strenge Schenkungsverbot unter Ehegatten, weil die Vorfahren in der konkreten Rechtsordnung diese Regeln durch Praktizierung in Kraft gesetzt haben³. Man kann gute Zweckmäßigkeitsgründe für diese Regeln anführen, aber nicht von ihnen behaupten, daß sie in ihrer konkreten Ausprägung so wie die Regeln des *ius gentium* von allen Menschen als von selbst einleuchtend erkannt werden und daher von ihnen allgemein angenommen werden sollten.

Die Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule hat diese ganze Lehre des klassischen Rechts mit ihren Gegensätzen nicht wahrgenommen und von ihren Prämissen aus auch nicht wahrnehmen können und mitsamt der skeptisch-anthropologischen Rechtstheorie, die ihr zugrundliegt, von ihrem letztlich geschichtsgläubigen Standpunkt aus auch gar nicht wahrnehmen wollen können. Und da sich die moderne Romanistik in der Rechtsquellen- und Rechtsgeltungslehre bisher noch nicht aus dem Bannkreis der Historischen Schule befreien konnte, ist sie bis heute unbekannt geblieben. In der bisherigen Literatur gibt es den hier dargestellten Gegenstand gar nicht; die Beiträge haben sich – zunehmend

² Cicero, de inventione II 19, 57: in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes (In unserer Rechtsordnung ergibt es sich aus vielen Gründen, daß es seltener [vor dem erkennenden Gericht] zu dem Streitstand der Unzuständigkeit kommt.) Zur Begründung weist der junge Cicero zutreffend auf die Praxis der prätorischen Exzeptionen und auf die altzivilen Prozeßgefahr hin, die den, der falsch klagt, sachfällig macht.

³ Vgl. die Quellen u. S. 85. Die ihnen widersprechende Behauptung, daß dieser Satz der augusteischen Ehegesetzgebung entstammt, konnte sich nur in einer Romanistik bilden, die von ihren spätoromantischen Prämissen her rechtstechnischen Kategorien keinerlei Wert beimaß. Repräsentativ insofern Max Kaser, Mores maiorum und Gewohnheitsrecht, in: SZ Rom. Abt. 59 (1939) 89f., welcher der Einordnung *moribus apud nos receptum* nur die Aussage zuschreiben will, es handele sich um eine „römische Eigentümlichkeit“ und daher jener (nicht nur quellenlosen, sondern quellenwidrigen) Hypothese zustimmt (vgl. auch S. 72f.). Methodisch war ein solches Verfahren kalte Interpolationistik. Rechtsquellentheoretische Kategorien, die man nicht für interpoliert erklären konnte, wurden durch Interpretation ausgeschieden. Vgl. zum Thema neuestens Henrike Schlei, Schenkungen unter Ehegatten (1993) 13ff.

vor dem Hintergrund der langsam zurückgehenden interpolationistischen Methode, die angeblich „Unrömisches“ für unecht und eingefälscht zu erklären erlaubte – in der Hauptsache, so viel man auch im einzelnen aus ihnen lernen kann, in der Frage erschöpft, ob „die Römer“ ein Gewohnheitsrecht gekannt haben. Nachdem diese Frage anfänglich entschieden verneint wurde⁴, läßt man in der neuesten Zeit Quellen meist eher widerstrebend gelten⁵. Eine zureichende Erfassung der theoretischen Bedeutung der beiden Zentralkategorien *mos maiorum* und *ius gentium* steht immer noch aus und wird hier erstmals vorgelegt⁶. Die for-

⁴ Man war mit erstaunlicher Entschiedenheit dagegen. Die Hauptstelle der Digesten Julian 84 dig D 1,3,32,1, die – für die hochklassische Zeit – ein ausformuliertes, ebenso rechtserzeugend wie derogatorisch wirkendes *mos maiorum* bezeugt, wurde für nachklassisch erklärt, die diese Lehre vorbereitende, gleich näher zu betrachtende Rechtslehre der philosophischen Rhetorik für unverwertbar erklärt. Repräsentativ wiederum der schon zitierte Artikel von Max Kaser, *Mos maiorum* und Gewohnheitsrecht (oben Anm. 3) 53 f., 95 f. Man kann sich heute nur noch wundern, wie man damals ernsthaft glauben konnte, daß die Lehre von der derogierenden Kraft des Gewohnheitsrechts im engeren Sinn ausgerechnet im Dominat angekommen sei. Diese Verfassung stand dem autoritären Führerstaat, den Kaser (S. 65, wie Anm. 2) als Beweis dafür aufruft, daß das Gewohnheitsrecht mit Gesetzeskraft „unvorstellbar“ sei, doch jedenfalls viel näher als der Prinzipat. Eine Zusammenfassung der Ergebnisse der textkritischen Methode bietet Burkhard Schmiedel, *Consuetudo* im klassischen und nachklassischen Recht (1966), eine späte bedeutende (insbesondere auch gegen Dieter Nörrs Arbeiten gerichtete [zu ihnen die folgende Anm.]) Verteidigung Werner Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht* (1975) 33, der mit richtiger Einsicht in die eigentlichen Ursprünge der neuzeitlichen Ablehnung eines spezifischen *mos maiorum* (S. 37) auf Savigny, System I S. 76 verweist, der in der Tat das, was im entwickelten römischen Recht noch „als freies Gewohnheitsrecht“ übrig war, als „wissenschaftliches Recht“ ansah. Vgl. dazu den Schlußabschnitt dieses Beitrags.

⁵ Vgl. die Feststellung bei Kaser, *Röm. Privatrecht* I² § 48 III 1, daß die derogierende Kraft des Gewohnheitsrechts „bereits dem Julian zuzuschreiben“ sein werde. – Die ältere Literatur hatte übrigens ein interessantes historisches Argument für ihre Ansicht angeführt, nämlich den bekannten Vorfall des Jahres 89 v. Chr., in dem ein Prator ein Gesetz aus dem Jahre 342 v. Chr. ausgegraben hatte, das das Zinsennehmen verbot, und darauf von den Gläubigern erschlagen worden war (vgl. meinen Zwölftafelprozeß [1974] 210). Das deutet in der Tat auf das Fehlen einer technischen Lehre der *desuetudo*. Vgl. Pernice, *Zum römischen Gewohnheitsrecht*, in: SZ Rom. Abt. 20 (1899) 150; Flume, (oben Anm. 4) 8. Dazu ist zu sagen, daß damals noch die vorklassische Rechtslehre herrschte, die den Gedanken einer derogatorischen Kraft nicht einmal für das spätere Gesetz kannte. Der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* ist genauso spezifisch klassisch wie seine Anwendung auf derogatorisches *mos maiorum*. Vgl. dazu meinen Beitrag „Gesetz und Sprache“ (oben Anm. 1) 155 ff.

⁶ Dies gilt insbesondere auch für die Arbeiten von Dieter Nörr. In dem seinerzeit bahnbrechenden Aufsatz „Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie“, *Festschrift Felgentrauer* (1969) 353–366 hat D. Nörr zur Rehabilitierung der Julianstelle zutreffend, wenn auch nur unter anderem, auf die rhetorische Tradition aufmerksam gemacht. Auf die insofern bestehenden Zusammenhänge hat er auch in seiner späteren Schrift „*Divisio und Partitio*, Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie“ (1972) hingewiesen, dort aber in der Hauptsache hochklassische Rechtsquellenkataloge interpretiert, in denen das Gewohnheitsrecht gerade fehlte. D. Nörr hat dieses Fehlen aus der methodischen Eigenart der *partitio* gegenüber infiniten Gegenständen erklärt und damit dem antiken wie dem heutigen Leser der Stellen das Recht vindiziert, sich die entsprechenden Einteilungen jedenfalls um das Gewohnheitsrecht zu ergänzen. Diese überaus gekünstelte Argumentation, die eine Aufzählung für infinit erklärt, die ihre Begrenzungsfunktion wegen

schungsgeschichtlichen Zusammenhänge, die diesen überraschenden Forschungsstand erklären, werden deutlicher werden, wenn ich am Ende dieser Abhandlung auf die Art und Weise eingehe, in der G. W. Puchta, der Hauptautor der Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Schule, argumentiert hat.

2. Die Grundlegung der klassischen römischen Rechtstheorie in der von der skeptischen Akademie geprägten philosophischen Rhetorik Roms

Wir finden diese Lehre, die in die Regeln der „Rechtsgewohnheit“ oder der „Gewohnheit des Rechts“ den Gegensatz hineinträgt zwischen solchen Regeln, die evident begründbar sind und solchen, die von ihrer Gebotsstruktur her nicht unmittelbar einleuchtend gemacht werden können, in den Quellen der Kaiserzeit vorausgesetzt, in ihrer ersten und klarsten Fassung aber in den rechtsquellentheoretischen Äußerungen in den Schriften der philosophischen Rhetorik der späten Republik, in der Rhetorik des Auctor ad Herennium und insbesondere in dem mit der Schrift *de inventione* zeitgleich mit dem Auctor beginnenden, ausgedehnten Werk Ciceros.

Diese Überlieferungslage, deretwegen wir uns im folgenden vor allem mit Quellen der späten Republik beschäftigen müssen, hat ihren Grund. Denn aus dieser philosophischen, von der skeptischen Akademie geprägten Rhetorik – die von ihr ausgehende Prägung ist für Cicero vielfach bezeugt⁷ und für den Auctor

natürlich finit sein will und dies angesichts der systematischen, nicht empirischen Natur des Gegenstandes auch ohne größere Schwierigkeiten erreichen kann, ist mit Recht auf Kritik gestoßen. Die Kataloge Gaius I 1 und Papinian 2 *definitionum* D 1,1,7 beschränken sich in Wahrheit auf schriftliche, staatlich-verfassungsrechtliche Rechtsquellen, und zwar einschließlich der Responsen. Vgl. Mayer-Maly, *Gnomon* 41 (1969) 383 ff. und Inst. I 2, §§ 3–8 und § 9. Die weitere Stelle, *Pomponius lib. sg. enchiridii* D 1,2,2,12 steht mit seiner Gleichsetzung von *interpretatio* und *ius non scriptum* in der vorklassischen Tradition. Vgl. Gesetz und Sprache (oben Anm. 1) 139 ff.; *Fraus legis* (oben Anm. 1) 8, Anm. 15. Den Schlüssel des Themas, die „Gewohnheit des Rechts“ als umfassende, den Menschen zivilisierende *consuetudo*, in der alle Rechtsquellen, auch das spezifische Gewohnheitsrecht des *mos maiorum*, ihren Platz haben, hat übrigens Nörr am Ende des ersten Beitrags kurz in die Hand genommen, ihn aber gleich wieder fallen lassen, glücklich, wie er bekundet, sich den Eintritt „in die dunklen Gebiete zwischen Theologie und Anthropologie“ und die (in der Tat, auch bei Beschränkung auf die Geschichte des klassischen römischen Rechts, beträchtlichen) Mühen ihrer „Erhellung“ ersparen zu dürfen (S. 365 f.).

⁷ Cicero hat sich in seinem literarischen Erstling *de inventione* mit Entschiedenheit zur geistigen Haltung der akademischen Skepsis bekannt und versprochen, ihr sein Leben lang (*in omni vita*) die Treue zu halten. Seine Richtpunkte sind seitdem das *verisimillimum*, die Suche nach dem höchstmöglichen Grad der Wahrscheinlichkeit in Fragen des menschlichen Urteils (*de inv.* I 3,4), und die Überzeugung, daß es menschlich eine Schande (*turpe*) ist, etwas unbedacht und anmaßend (*temere atque arroganter*), also aufgrund ungeprüfter subjektiver Bevorzugung, für wahr zu halten (*de inv.* II 3,9). Cicero hat dieses Versprechen in seinen Werken bis zuletzt gehalten. Vgl. nur das treffende Urteil von Philippson, in: RE (1939) s.v. Tullius Sp. 1104 f. und Goedeckemeyer, *Geschichte des griechischen Skeptizismus* (1905; Nachdruck 1968) 130 ff. (201), der in Cicero den bedeutendsten Vertreter der akademischen Skepsis seiner Zeit überhaupt sieht. Cicero fand die Dominanz der skeptischen Akademie in der philosophischen Rhetorik, bei der er lernte, bereits vor (vgl. dazu den folgenden Text), wurde

ad Herennium zuverlässig erschließbar⁸ – stammt die für die Kaiserzeit maßgebende Erneuerung des römischen Rechts, die sich mit dem Namen des Cicero-Freundes und Mitschülers Servius Sulpicius Rufus verbindet.

Servius, der diese in der philosophischen Rhetorik gelernten Lehren über Edikt und Ediktcommentar in die römische Rechtspraxis einführte – dieser Vermittlungsweg hatte sich in der Rechtstheorie der Rhetorik vorbereitet –, begann wie Cicero, mit dem er von Anfang an zusammen studiert hatte⁹, als Redner philoso-

aber durch den damaligen Leiter dieser Schule, Philon von Larissa, der im Jahre 88 nach Rom kam und dort lehrte, auch persönlich „für die Lehre der neuen Akademie“ gewonnenen, Vgl. Zeller, Philosophie der Griechen III 1 (51923, Nachdruck 1990) 610. Die Ansicht Wolfgang Waldsteins, Cicero, Servius und die „Neue Jurisprudenz“, in: IVRA 44 (1993) 85–147, 135 ff., daß die Akademie, als deren Zögling sich Cicero immer wieder bezeichnet hat, jedenfalls später nicht mehr die des Enkelschülers des Carneades Philon von Larissa war, sondern eine, die sich durch den Eklektizismus des Antiochos von Askalon wieder der alten dogmatischen Akademie genähert habe, widerspricht nicht nur der ganz herrschenden Meinung der Philosophiegeschichte, sondern auch allen Quellen. Auch dort, wo Cicero später in seinen Staatschriften stoische Argumentationen übernimmt, unterläßt er es nie, salvatorische Klauseln einzuflechten.

⁸ Vgl. jetzt die mit einer wertvollen Einleitung und Kommentierung versehene Ausgabe von Gualtiero Calboli, *Rhetorica ad C. Herennium* (21993). Der Auctor schreibt nicht nur gleich einleitend von sich, daß er seine freie Zeit der Philosophie zuzuwenden pflegt (*id ipsum, quod datur otii, libentius in philosophia consumere consuevimus*), sondern macht auch einen scharfen Ausfall gegen die „kindischen, leicht widerleglichen“ Stoiker (II 11,16: *dum metuunt* [sc. die *dialectici* im üblichen Sinne der stoischen Logiker] *in dicendo, ne quid ambiguum dicant, nomen suum pronuntiare non possunt. verum horum pueriles opiniones rectissimis rationibus, cum voles, refellimus. In praesentiarum hoc intercedere non alienum fuit, ut huius infantiae garrulam disciplinam contemneremus*). Dies und noch mehr die Rechtsquellenlehre und die sie tragende Theorie, die mit derjenigen in Ciceros Schrift *de inventione* übereinstimmt, weisen ihn der skeptischen Akademie zu. Im Ergebnis übereinstimmend spricht Calboli, 34 von „la possibilità che l'interesse filosofico indicato nella *Rhet. Her.* riguardi la filosofia neoaccademica per certe connessioni fra questa scuola filosofica e la retorica del tempo“. Die große Vorsicht in der Ausdrucksweise erklärt sich, wenn man bedenkt, daß Calboli, der kein Jurist ist, bei aller Sachkenntnis hinsichtlich der „gewissen Verbindungen zwischen Akademie und Rhetorik“ nur anhand der spezifisch rhetorischen Lehren urteilt und die Bedeutung der Rechtstheorie, welche den Auctor, Cicero und die klassische Jurisprudenz seit Servius verbinden und die ohne skeptische Akademie nicht konzipiert worden wäre, nicht zu ermessen vermag. Hinsichtlich der Datierungsfrage hält Calboli, 17 den früheren Ansatz 88/86–82 für wahrscheinlicher als den ebenfalls möglichen späteren 86–75/70. Angesichts der Tatsache, daß die Schrift des Auctor und Cicero *de inventione* nicht voneinander abhängen, sondern parallel gearbeitet sind und von einer gemeinsamen Quelle abhängen (Calboli, 26 ff.), ist eine Datierung vor 80 das Wahrscheinlichste. Für die Schrift *de inventione* kommt nach Kroll, in: RE (1939) s.v. Tullius Sp. 1093 die Zeit vor 80 oder wohl eher noch vor 81, dem Jahr schon der ersten öffentlichen Gerichtsrede (Gelzer, in: RE [1939] s.v. Tullius Sp. 832), in Betracht.

⁹ Cicero, Brutus 41, 151: *in isdem exercitationibus ineunte aetate fuimus et postea una Rhodum ille (sc. Servius) etiam profectus est, quo melior esset et doctior* (*Wir haben denselben Studien seit Beginn des dafür erforderlichen Alters* [vgl. dazu unten Anm. 11] *oblegen und danach ist Servius mit mir nach Rhodos gereist, um es in Redefertigkeit und Bildung noch weiter zu bringen.*) Der Ausdruck ‚*ineunte aetate*‘ weist auf das Alter hin, in dem methodisches Lernen beginnen kann und damit auf einen Zeitraum, der weit früher liegt als der ausdrücklich durch ein ‚später‘ abgesetzte Aufenthalt in Rhodos, der den Kern einer in die Zeit

phisch-skeptischer Observanz, hinterließ Reden, die noch von dem kaiserzeitlichen Rhetoriklehrer und Ciceronianer Quintilian als musterhaft genannt werden¹⁰, wandte sich aber noch in jugendlichem Alter ausschließlich dem Recht zu und wurde kraft dieser gründlichen philosophischen Vorbildung, an die Cicero den Freund im Altersrückblick in einem persönlichen Brief noch einmal erinnert und die Servius in persönlichen und literarischen Gegensatz zu der bisher herrschenden Rechtswissenschaft brachte¹¹, zum epochemachenden, die klassische Rechtswissenschaft Roms begründenden Juristen.

Die Schrift des Auctor ad Herennium, der nach neueren Forschungen wohl mit einem Rhetor namens Cornificius zu identifizieren ist¹² und dessen Darstellung der gleichen, mit einer eigenen, auf die römischen Verhältnisse zugeschnittenen Rechtslehre aufwartenden, philosophisch anspruchsvollen Rhetorik folgt, ist für uns zusätzlich wertvoll, weil sie einen Blick auf die Rhetorikschule erlaubt, in der dieser Redner ebenso wie Cicero und Servius gelernt hat. Gleich zu Anfang spricht er in bezug auf das von ihm Wiedergegebene von seinem Lehrer (I 11,18:

von 79–77 fallenden Reise Ciceros nach dem Osten bildet. Vgl. Gelzer, in: RE (1939) s.v. Tullius Sp. 839. Als Philon von Larissa im Jahre 88 in Rom erschien und Cicero bei ihm hörte (vgl. oben Anm. 7), hatte die rhetorische Ausbildung, die primär auf griechisch erfolgte, bei Cicero offenbar schon die ersten Grundlagen gelegt und ihn befähigt, den griechischen Vorlesungen des Philosophen aus Athen mit Gewinn zu folgen. Sie waren gewiß nicht einfach und galten, wie Cicero, der sich ihm mit großer Hingabe anschloß (Brutus 89, 306 *totum ei me tradidi*), uns erzählt, am Vormittag der Philosophie, am Nachmittag der Rhetorik (Tusc. disp. II 3,9). Tatsächlich erfahren wir, daß die rhetorische Ausbildung des am 3. Januar 106 geborenen Cicero als Knabe, als *puer*, begonnen hatte (vgl. unten Anm. 15). Nach dem Jahr 90, in dem Cicero die *toga virilis* anlegte, begann bereits seine Ausbildung bei den Juristen, erst bei Mucius augur, dann bei Mucius pontifex. Vgl. Gelzer, Sp. 827 ff., 829. Auch insofern dürfte der Ausbildungsgang seines Freundes Servius nicht anders verlaufen sein. Vgl. unten Anm. 11.

¹⁰ Quintilian X 1,116: *Servius Sulpicius insignem non inmerito famam tribus orationibus meruit*.

¹¹ Cicero schreibt (ad familiares IV, 3,3, November 46): *te (sc. Servius) autem ab initio aetatis (von frühester Jugend an) memoria teneo summe omnium doctrinarum studiosum fuisse omniaque quae a sapientissimis (!) ad bene vivendum (d. h. zur richtigen, von Ethik und Recht geleiteten Lebensführung) tradita essent, summo studio curaueque didicisse* und rät ihm mit ehrenden Worten, zu dem Studium der Philosophie zurückzukehren: *te tali vel scientia vel natura praeditum hortabor, ut ad eas te referas artis, quibus a primis temporis aetatis (von Kindesbeinen an) studium tuum dedisti*. Die Konfrontation zwischen Servius und Mucius wird uns anekdotisch als eine Art Auftritt überliefert (Pomponius lb sg enchiridii D 12,2,43): Der berühmte Jurist habe den jungen Redner wegen seiner mangelnden Fähigkeit, das geltende Recht zu verstehen, nachdrücklich gescholten und ihn damit zum Studium des praktischen Rechts angespornt. Sein grundsätzlicher Hintergrund wird literarisch in den von Servius gegen Mucius verfaßten *Reprehensa* [oder: *Notata*] *Capita Quinti Mucii* (Widerlegte [oder: *Getadelte*] Grundsätze des Mucius) greifbar; vgl. Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts (1912) 67. Diese Schrift, die geistige Herkunft des Servius und seine Lebensleistung zeigen, daß die Verständnisschwierigkeiten, die Mucius an Servius rügte (falls dem Zusammenstoß zwischen Mucius und Servius, wie gut möglich, ein historischer Kern zukommt), nicht auf intellektuellen Mängeln des Jüngeren, sondern auf einer abweichenden geistigen Vorprägung beruhte.

¹² Dafür Calboli, (oben Anm. 8) 3 ff.

noster doctor)¹³ und bringt in dem Zusammenhang zugleich, nachdem er seine Liebe zur Philosophie bekundet hat, die er für das Lehrbuch unterbrechen müsse, eine nachdrückliche Nichtachtung der griechischen Rhetoriklehrbücher zum Ausdruck, die so viel Unpraktisches enthielten¹⁴. Hieraus kann man schließen, daß jener Lehrer des Auctor kein Hellene, sondern ein rhetorisch gebildeter, aber an der römischen Praxis interessierter Römer und Rhetor war, der als solcher eine Schule repräsentierte, in der die Aufgabe bewältigt worden ist, die in den beiden Rhetoriken und in dem gesamten rhetorischen Werk Ciceros als gelöst vorliegt, nämlich die in den Schriften enthaltenen Lehren der skeptischen Akademie des Karneades und seines die Lehren des Meisters schriftlich festhaltenden Eckermanns Kleitomachos in der Rhetorik und vor allem im Recht terminologisch und sachlich auf die römischen Verhältnisse zu übertragen.

Nun wissen wir allerdings, daß Cicero als Knabe zu dem auf Latein unterrichtenden Rhetor Plotius, so gern er gewollt hätte, nicht gehen durfte, weil die für seine Erziehung verantwortlichen Ratgeber es grundsätzlich für besser hielten, daß die rhetorischen Übungen auf griechisch stattfanden¹⁵. Und wir wissen auch, daß im Jahre 92, zu dessen Beginn (am 3. Januar) Cicero 14 Jahre alt geworden war, alle sogenannten *Rhetores latini* durch ein censorisches Edikt, an dem der berühmte Redner Licinius Crassus als einer der beiden Censoren beteiligt war, aus Rom verwiesen wurden¹⁶. Aber der hier scheinbar auftretende Widerspruch löst sich auf.

¹³ Calboli, (oben Anm. 8) 219 nennt den vom Auctor zitierten *doctor* eine „fonte assente in Cicerone“. Das ist richtig für das unmittelbare Thema, zu dem er vom Auctor zitiert wird und zu dem er eine originelle Meinung hatte. Aber im übrigen ist ein solcher Lehrer zwar nicht notwendig persönlich, aber doch durch die Schule, für die er steht, eine sehr bedeutende allgemeine Quelle. Und in diesem abstrakteren Sinne repräsentiert er auch die Quelle Ciceros, die mit derjenigen des Auctor übereinstimmt. Vgl. unten Anm. 26.

¹⁴ Auctor ad Herennium I 1,1: *illa, quae Graeci scriptores inanis adrogantiae causa sibi adsumperunt, reliquimus. Nam illi, ne parum multa scisse viderentur, ea conquisierunt, quae nihil adtinebant, ut ars difficilior cognitu putaretur, nos autem ea, quae videbantur ad rationem dicendi pertinere, sumpsimus.* Vgl. auch schon Anm. 8.

¹⁵ So Cicero selbst bei Sueton, de rhetoribus 2: *Equidem memoria teneo, pueris nobis primum Latine docere coepisse Plotium quendam. Ad quem cum fieret concursus, quod studiosissimus quisque apud eum exceretur, dolebam mihi idem non licere. Continebar autem doctissimorum hominum auctoritate, qui existimabant Graecis exercitationibus ali melius ingenia posse.*

¹⁶ Gellius, Noct. Att. 15,11,2 und Sueton, gramm. 25 (de rhetoribus 1) geben den Wortlaut des Ausweisungsedikts. Zur Motivation dieser Maßnahme vgl. N. Häpke, in: RE (1926) Licinius (Crassus) Nr. 55 Sp. 260: *Diese Neueren waren Römer und unterrichteten in lateinischer Sprache. Der wesentliche Unterschied war, daß sie nur eine formale Bildung gewährten, die tiefere Geistesbildung der Griechen ‚humanitate dignam scientiam‘ aber für überflüssig erklärten (de or. III 93). Da der Lehrer L. Plotius Gallus ein Freund des Marius war, spielten vielleicht politische Gründe mit.* Der „wesentliche Unterschied“ ist zutreffend erfaßt. Daher konnte der von Licinius Crassus anerkannte, weil in seinem Geist erteilte Rhetorikunterricht selbstverständlich auch von einem zweisprachigen Römer erteilt werden. Die politischen Gründe sind so nachgeordnet, daß die Sympathien, die der philosophisch interessierte Auctor ad Herennium für die populären Bestrebungen erkennen läßt (Calboli, 34 ff.) und vermutlich zum Teil seinen Lehrern verdankt, der Verbreitung seiner Niederschrift offenbar nicht geschadet haben.

Licinius Crassus, eben der Censor des Jahres 92, hat die Ausbildung des jungen, aus der Landstadt Arpinum nach Rom gekommenen Cicero nicht nur von Anfang an mit Ratschlägen begleitet, sondern für ihn auch Lehrer (*doctores*) der Rhetorik empfohlen¹⁷. Von diesen Lehrern können wir, gerade weil Crassus sie empfahl, voraussetzen, daß sie genau wie der *doctor* des Auctor überzeugt waren, daß bei aller Notwendigkeit, die Rhetorik von ihren griechischen Quellen her zu unterrichten, Ziel der Ausbildung ein römischer Redner sein müsse, d. h. ein Redner, der sich, wie Licinius Crassus selbst es glanzvoll gezeigt hatte, in den eigenen politischen und rechtlichen Verhältnissen und in der eigenen Sprache bewähren könne. Zu diesem Zweck war es aber erforderlich, es nicht bei den die Grundlage des Unterrichts bildenden *exercitationes Graecae* bewenden zu lassen, sondern die rhetorischen Lehren mitsamt den ihnen enthaltenen Rechtslehren in einem nächsten Schritt überall den römischen Verhältnissen anzupassen und in die lateinische Sprache zu übersetzen. Es ist das gleiche Verfahren, das noch der alte Cicero in den *Partitiones oratoriae* mit seinem Sohn praktiziert, wenn er mit ihm dieselben philosophischen Lehren der Rhetorik einschließlich der Rechtstheorie auf lateinisch repetiert, die er ihm zuvor auf griechisch vermittelt hatte¹⁸. Daß zur Zeit des Auctor und des jungen Cicero das Verfahren im Prinzip nichts anders war, wird durch die Tatsache bewiesen, daß diese Rechtstheorie, welche die des klassischen Rechts werden sollte und noch in den *Partitiones oratoriae* von Cicero gegenüber dem eigenen Sohn als frisch aus dem Griechischen übersetzt behandelt wird, in den beiden parallelen Rhetoriken, in der des Auctor und in Ciceros *de inventione*, schon dieselbe war.

Licinius Crassus ist für diese Zusammenhänge zusätzlich noch dadurch bedeutsam, daß er, wie Cicero berichtet, das Programm, die Rechtslehre der philosophischen Rhetorik auf das positive römische Recht zu übertragen, schon als Redner formuliert und in seinen Umrissen entworfen hatte, dasselbe Programm also, das der zum Juristen gewordene Servius dann verwirklicht hat¹⁹. Als Hörer eines bedeutenden Vertreters der skeptischen Akademie in Athen war Crassus dafür auch bestens gerüstet²⁰. Aber die philosophische Vorbildung allein hätte kaum gereicht,

¹⁷ Vgl. Matthias Gelzer, in: RE M. Tullius Cicero (1939) Sp. 827 mit weiteren Nachweisen und überzeugendem Hinweis auf Cicero, *de oratore* II 1,2: *et ea disceremus, quae Crasso placerent, et ab eis doctoribus, quibus ille uteretur, erudimur* (daß wir [der junge Cicero und seine damaligen Gefährten] das lernen sollten, was Crassus richtig fände, und wir von den Lehrern erzogen würden, mit denen er selbst Umgang hatte.)

¹⁸ Cicero, *Partitiones oratoriae* 1,1: *Studeo, mi pater, Latine, ex te audire ea quae mihi tu de ratione dicendi Graece tradidisti* (Ich bin begierig, von dir auf Latein zu hören, was du mir über die Lehre von der Rede auf griechisch vermittelt hast). Die *ratio iuris* (37, 129f.) ist Teil dieser Lehre, und alles stammt, wie Cicero am Ende betont (40, 139), *ex media illa nostra Academia*.

¹⁹ Vgl. Cicero, *de oratore* I 42, 187–190; II 19, 83 und Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* (1988) 628f.

²⁰ Vgl. näher zu Crassus, dem rechtskundigsten der Redner seiner Zeit (Cicero, *Brutus* 39, 145: *eloquentium iuris peritissimus*) N. Hähke, oben Anm. 16, Sp. 267: „Er gehörte der akademischen Richtung an.“ und (zu seiner zwischen 112 und 109 v. Chr. fallenden Quästur in der Provinz Asia) Sp. 256: „Er benutzte die Zeit, um seine Kenntnisse zu ergänzen. Vor allem hörte er die Akademiker, so in Asien Metrodorus aus Skepsis in Mysien, und auf seiner

einen solch großen Plan auch nur zu fassen. Die umfassende Umformulierung eines ganzen positiven Rechts in eine grundsätzlich neue Sprache ist ohne eine Schule, die diese Aufgabe kontinuierlich und nach allen Richtungen hin verfolgt und vorbereitet, praktisch kaum zu verwirklichen.

Es ist nun zwar nicht mehr möglich, genauer festzustellen, wann sich die von den beiden ersten lateinischen Rhetorikern vorausgesetzte, im Geist der skeptischen Akademie unterrichtende Redeschule gebildet hat. Es mag sein, daß sie sich erst im Schatten des Erfolges des Licinius Crassus konstituierte. Aber so sehr sie von seinem Erfolg gefördert sein wird, ist es wohl doch wahrscheinlicher, daß sie in ihren Anfängen schon auf eine etwas ältere Zeit zurückgeht. Die Zeiträume, die zur Verfügung stehen, sind groß. Die skeptische Akademie hatte schon durch das öffentliche Auftreten ihres Gründers und Schulhauptes Karneades im Rom des Jahres 156 das Prestige erworben, die hohe Schule brillanter Redekunst zu sein²¹. Die Tatsache, daß die griechische Rhetorik nach den Feststellungen Franz Wieackers seit der zweiten Hälfte des 2. Jahrhunderts in Rom Fuß faßt, kann von diesem Ereignis nicht getrennt werden²². Durch den fleißigen, etwa um 110 gestorbenen Karneadesschüler Kleitomachos, der seinerseits Lehrer des Philon von Larissa war, den Cicero hörte, hatte die Schule des Karneades auch eine hinreichend umfangreiche Literatur erhalten, um einen an philosophischer und rechtlicher Grundlegung interessierten Schulbetrieb der Rhetorik entsprechend ausstatten zu können. Der literarisch ausgeführten, skeptischen Dialektik, in der alle Erkenntnis zurückgeführt wird auf eine Beobachtung, die an den Gegenständen der Wirklichkeit in höchstmöglicher Annäherung Formen und Qualitäten feststellt, und in der die auf diese Weise bis zur höchsten Stufe emporgetriebene Wahrscheinlichkeit die Stelle der dem Menschen unerreichbaren Wahrheit einnimmt, verdankt es Kleitomachos, daß er trotz seiner notorischen Abhängigkeit von Karneades in der antiken Philosophiegeschichte als Begründer der ethisch-dialektischen Schule erscheint, das heißt einer Schule, welche das Ziel der Ethik, dem Menschen die Bedingungen der richtigen Lebensführung zu formulieren, durch die möglichst genaue begriffliche Klärung aller für das menschliche Leben erheblichen Formen und Qualitäten der Gegenstände der Welt erreichen will²³. Durch den Leitbegriff

Rückreise über Makedonien in Athen die leitenden Philosophen; als seinen Lehrer nennt er dort nur Charmadas, der auch für die philosophische Bildung der Redner eingetreten sei.“

²¹ Vgl. nur Cicero, de oratore II 38, 161: *Carneadi vero vis incredibilis illa dicendi et varietas perquam esset optanda nobis, qui nullam umquam in illis suis disputationibus rem defendit quam non probaret, nullam oppugnavit quam non everteret.*

²² Römische Rechtsgeschichte I (1988) 664.

²³ Vgl. Diogenes Laertes, Leben und Meinungen berühmter Philosophen (in der Übersetzung von Otto Apelt, 1967) I 18 *Der ethischen Sekten gibt es zehn...[als siebte] die dialektische. ... Vorsteher ... der dialektischen (war) Kleitomachos aus Karthago.* Der Doxograph läßt hier die neuere Akademie als Schöpfung des wenig bekannten Lakydes erscheinen und mit ihr enden. Lakydes soll nach einer Anekdote von dem exzessiven Skeptizismus der mittleren Akademie durch einen Sklaven befreit worden sein, der seine Speisekammer, die er auf das sorgfältigste verschlossen hatte, auszuplündern gewußt hat. Vgl. Capelle, s.v. Lakydes, in: RE (1924) Sp. 530–534. Mit etwas weniger scharfer Zäsur spricht der gleiche Doxograph von

der Dialektik ist Kleitomachos mit der Tat des Rhetorikschülers Servius Sulpicius, der verwirklichte, was Licinius Crassus plante, unmittelbar verbunden. Denn es ist die die Begriffe klärende Dialektik, die nach Cicero das Kennzeichen der neuen Methode war, die Servius in das Recht hineingetragen hat²⁴.

Ob nun aber der große Redner Licinius Crassus, Konsul von 95, Gründer oder Förderer dieser Schule oder selbst schon ihr Zögling war und ihr die Fähigkeit verdankt, Fragen des geltenden römischen Rechts von einer ganz neuen geistigen Konzeption her zu denken und sogar gegenüber einem Q. Mucius, seinem Mitkonsul von 95, erfolgreich zu vertreten²⁵ – jedenfalls löst sich durch die Existenz einer Rhetorikschule, welche bei aller Betonung der Bedeutung der griechischen Quellen ihrer Kultur Redner für die römische Welt ausbildete, das Problem, wie sich die großen Übereinstimmungen zwischen der Schrift des Auctor und Ciceros de inventione erklärt, die in zahlreichen Passagen und insbesondere auch in der Rechtstheorie bis hin zu nahezu identischem Wortlaut reicht. Die gemeinsame Vorlage, die schon oft und mit vollem Recht angesetzt wurde²⁶, entstammt einer Schultradition, in der sich in den Jahrzehnten nach Karneades unter dem Einfluß der von ihm angeregten Schriften des Kleitomachos eine spezifisch philosophische und insbesondere auch an einer neuen Grundlegung des Rechts interessierte Rhetorik-Schule gebildet und die Förderung einflußreicher Personen der römischen Führungsschicht gefunden hatte.

Diese Schule wird sich daher auch schon eine nicht unerhebliche Zeit vor dem Auftreten des Philon von Larissa, des Enkelschülers des Karneades, im Jahre 88 etabliert haben, und vermutlich auch zu einem guten Teil die Voraussetzungen des durchschlagenden Erfolges dieses Aufenthaltes erklären. Seine Vorträge gewannen mit Cicero und Servius Rhetorikschüler, die schon vorher von ihrer Schule und durch das Vorbild des Cicero-Mentors Licinius Crassus mit dem weltoffenen, kritischen und zivilisationsfreundlichen Geist der akademischen Skepsis bekannt gemacht worden waren und keine Schwierigkeit hatten, die nun aus unmittelbar-

einem (I 14): *Lakydes, der die neuere Akademie ins Leben rief; ihm folgte Karneades und diesem Kleitomachos. So bildete denn Kleitomachos den Schluß dieser Reihe* (sc. der von Sokrates ausgehenden ethischen Schulen). Zu der auf Vorstellung von Gegenständen bezogenen Wahrscheinlichkeitslehre des Karneades Zeller, *Die Philosophie der Griechen in ihrem geschichtlichen Zusammenhang* III,1 (51923) 534. Die Rolle des Kleitomachos (S. 541) ist durch die schriftliche Darstellung der Lehren bekannt, welche Karneades aufgestellt hatte. Philon übernahm von seinem Lehrer Kleitomachos die Lehren und den erkenntnistheoretischen Standpunkt des Karneades (aaO. 611, 614 Anm. 1).

²⁴ Cicero, *Brutus* 41, 153 *Hic (sc. Servius) enim adtulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem* ... 42, 153 *Dialecticam mihi videris dicere, inquit (Brutus). Recte, inquam (sc. Cicero), intellegis. Cicero, Part. orator. 40, 139 f.* gibt eine Beschreibung dieser begriffsklarenden Dialektik *e media illa nostra Academia* mit fast übereinstimmenden Worten. Es ist die skeptisch gewordene Dialektik Platons. Von der Schlußlehre der stoischen Aussagenlogik, die gewöhnlich mit dem Namen *dialectica* bezeichnet wird, ist diese Dialektik, die Erkenntnis aus skeptischer Prüfung der Vorstellungen gewinnt, deutlich geschieden.

²⁵ Vgl. zur causa Curiana Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* I (1988) 581, 588 f.

²⁶ Vgl. Calboli, 25 ff., treffend 28: *la fonte comune deve essere latina e scritta*.

ster philosophischer Zuständigkeit auf sie eindringenden griechischen Lehren auf römische Verhältnisse zu übertragen.

Cicero und Servius stehen für den kulturellen Erfolg der akademischen Skepsis, der eine in der Redekunst, der andere im Recht. In Ciceros biographisch und wissenschaftsgeschichtlich durchaus sachhaltiger Selbstinszenierung bilden er und Servius ein Paar, in welchem sich das Paar L. Crassus und Q. Mucius, die Konsuln von 95, wiederholt, nur mit dem bedeutenden Unterschied, daß das, was bei jenen noch ein Antagonismus verschiebener kultureller Traditionen war und zu Auseinandersetzungen geführt hatte, im Verhältnis von Cicero und Servius Sulpicius eine arbeitsteilige Gemeinschaft bildete²⁷. Sie stehen beide für das schließlich auf der ganzen Linie erfolgreiche Ziel ein, dem römischen Recht statt der von Karneades erschütterten Grundprinzipien der vorklassischen Jurisprudenz eine neue, menschlich überzeugendere Grundlage zu geben. Wenn in der Person des Licinius Crassus der Rhetor gegen den Juristen und sein Programm gegen eine Jurisprudenz stand, die sich aus der Sicht der neuen Lehre als eine „gährende und schläfrige Wissenschaft“ ausnahm²⁸, so war Servius Sulpicius der Jurist, der von seinem rhetorischen Pendant vollen Beifall und volle geistige Unterstützung erhielt.

So erklärt es sich auch, daß sich die bedeutendste Skizze der klassischen Rechtstheorie, die den mit Servius beginnenden Ediktcommentaren zugrundeliegt, in Ciceros Schrift *Partitiones oratoriae* 37, 129–131 findet, und zwar mit dem Herkunftsvermerk (vgl. ebenda. 40, 139): *e media nostra Academia*. In ihr finden sich auch die Leitbegriffe unseres näheren Themas, der *mos maiorum* im engeren Sinne und das *ius gentium*. Angesichts der Herkunft der skeptischen Akademie²⁹ – sie ist unter dem Eindruck der immer empirischer werdenden aristotelischen Schule zu der wissenschaftlichen Haltung gekommen, daß es in der Welt und daher auch in der Rechtswelt keine idealen Gewißheiten gibt, wohl aber beschreibbare körperliche Gegenstände, Strukturen und Eigenschaften der Gegenstände, denen die methodische Beobachtung einen hohen (und angesichts der grundsätzlichen Begrenzung menschlichen Wissens für die Ordnung der menschlichen Verhältnisse genügenden) Grad an Wahrscheinlichkeit verleihen kann³⁰ – ist es auch nicht überraschend, daß die Theorie der umfassenden „Gewohnheit des Rechts“ offenbar eine Verallgemeinerung eines Gedankens des Aristoteles darstellt, der für die

²⁷ Vgl. die kunstvolle Vergleichung der beiden Paare bei Cicero, Brutus 38, 143–42, 153. Sie mündet darin, daß der Jurist neben Cicero über den Juristen neben Licinius Crassus gestellt wird.

²⁸ *Istam oscitantem et dormitantem sapientiam Scaevolarum*, nennt der Redner Antonius in einem von Cicero komponierten Dialog die alte Jurisprudenz gegenüber Crassus, der das Wort der *oscitans sapientia* lächelnd und mit einem freundlich-nachsichtigen Wort für die Jurisprudenz seines Konsulatskollegen von 95 v. Chr. aufgreift; Cicero, de oratore I 33, 144 f.

²⁹ Grundlegend zu diesen Zusammenhängen A. Weische, Cicero und die neue Akademie, Untersuchung zur Entstehung und Geschichte des antiken Skeptizismus (21975) 28 ff.

³⁰ Zu den drei Erkenntnisstufen „wahrscheinlich“, „unwidersprochen“, „allseitig geprüft“, die nach skeptischer Auffassung eine wissenschaftliche Weltorientierung ermöglichen, Zeller, Die Philosophie der Griechen III, 1 (51923) 534 und Zeller, Nestle, Grundriß der Geschichte der griechischen Philosophie (121920) 296.

Gesetze bemerkt hat, daß sie wirkliche, in der Realität beobachtbare Geltung erst durch die Gewohnheit erlangen³¹.

Von dem Standpunkt des Gewohnheitsrechts ist es nun das erste Mal möglich, die klassische Rechtslehre in zusammenhängender Weise aus ihren spätrepublikanischen Quellen zu entwickeln und die von ihr gemeinte rechtliche Zivilisation des Menschen nach ihrem Gründungsmythos und ihren Grundelementen darzustellen, den empirisch gegebenen Körpern, ihren Eigenschaften und den zwischen ihnen möglichen, rechtserheblichen Strukturen und unter den Körpern insbesondere das Lebewesen Mensch mit seinen ihn zum Recht befähigenden Eigenschaften.

3. *Aequitas als Ausdruck des klassischen Gleichheitssatzes*

Der Jurist, der diese Leistung vor allem verwirklicht hat, war Servius Sulpicius Rufus. Cicero, der mit ihm stets freundschaftlich verbunden blieb und öfter von ihm sprach, bringt seine Leistung auf eine klare Formel. Er habe als erster begriffliche Methode in das Recht gebracht, und es so durch die Technik der fortschreitenden Begriffsunterscheidung und Begriffsklärung erreicht, daß Rechtsanwendung Regelanwendung wurde. An die Stelle der Argumentationen der vorklassischen Juristen, deren materiale Prinzipien scharfe kategoriale Unterscheidungen nicht kennen und daher von Cicero *confuse* „überall hin durchströmend, überall geltend“ genannt werden³², tritt mit Servius Sulpicius ein Recht, das nach der „all or nothing fashion“ angewendet werden kann: Entweder gibt es eine Rechtsregel oder es gibt keine. Und entweder paßt der konkrete Fall unter die Rechtsregel oder nicht³³.

³¹ Vgl. Aristoteles, *Politeia* 1269a 22: ὁ γὰρ νόμος ἰσχύει οὐδεμίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι πλὴν παρὰ τὸ ἔθος, τοῦτο δ' οὐ γίνεται εἰ μὴ διὰ χρόνου πλῆθος (legis enim vis nulla est ad persuadendos animos sine consuetudine; sed ea [firma opinio ex persuasione] nisi longo tempore peracto non nascitur). (Denn das Gesetz hat ohne gewohnheitsmäßige Befolgung keine Überzeugungskraft; zu ihr kommt es aber nicht ohne lange Übung).

³² Vgl. die Stelle Cicero, *Brutus* 40, 152 (Text in der folgenden Anmerkung) und als älteren Beleg für den Gegensatz von „wohlgeordneten und bestimmten Vorschriften“ und „allgemein geltenden, überall einfließenden Prinzipien“ Cicero, *de inventione* I 24,34: huius partis (sc. confirmationis) certa sunt praecepta, quae in singula causarum genera dividuntur. verumtamen non incommodum videtur quandam silvam atque materiam universam ante permixte et confuse (!) exponere omnium argumentationum, post autem tradere, quemadmodum unum quodque causae genus hinc omnibus argumentandi rationibus tractis confirmari oporteat. (Für den Redeabschnitt der „abschließenden Bekräftigung“ gibt es festbestimmte Vorschriften, welche nach den verschiedenen Arten der Reden unterschieden werden. Es ist jedoch ersichtlich nicht unpraktisch, einen gewissen Stoff und allgemeinen Inhalt vorweg vermischt und verfließend (!) für alle Argumentationen darzustellen, und danach, nachdem von dort alle Argumentationsprinzipien bezogen worden sind, mitzuteilen, wie bei einer jeden Redeart abschließend bekräftigt wird.) Es handelt sich um „vor die Klammer gezogene“, für den Gegenstand insgesamt geltende Prinzipien.

³³ Cicero, *Brutus* 40, 151 (über Servius' späte Entscheidung zur Jurisprudenz): ... videtur mihi [sc. ipsi Ciceroni] in secunda arte [sc. in iurisprudencia] primus esse maluisse quam in prima [sc. rhetorica] secundus. Atque haud scio an par principibus [sc. rhetoricae] esse potuis-

Der Leitbegriff dieses neuen Rechtsdenkens war die *aequitas*, die Gleichheit der Regel³⁴. Die Rechtsordnung ist für dieses Denken eine von der Gleichheit der Regel getragene Verfassung³⁵. Die *aequitas* gewährleistet die Gleichheit der Menschen vor dem Recht und gewährleistet damit zugleich, da die Regeln kraft ihrer formalen Geltungsweise die natürlichen Ungleichheiten der Menschen nicht antasten, deren Freiheit³⁶. Daher rühmt Cicero an Servius insbesondere die *aequitas*, das Engagement für ein vom Gleichheitssatz getragenes Recht. Dadurch sei Servius zu einem alle seine Vorgänger weit übertreffenden Juristen geworden³⁷.

set; sed fortasse maluit, id quod est adeptus, longe omnium non eiusdem modo aetatis, sed eorum etiam, qui fuissent, in iure civili esse princeps. 152. Hic Brutus: Ain tu? inquit. Etiamne, Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existumo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partis, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. Hic enim adtulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea, quae confuse (!) ab aliis aut respondebantur aut agebantur. Dialecticam mihi videris dicere, inquit. Recte, inquam, intellegis. Die hier genannte Dialektik ist die skeptische, d. h. anthropologisch-empirisch beobachtend gewordene Dialektik Platons (vgl. oben Anm. 23). Sie ist das Schulkennzeichen der akademischen Skepsis, der Lehrmeisterin der philosophischen Rhetorik, bei der die Freunde Cicero und Servius gemeinsam gelernt haben. Vgl. Cicero, Brutus 41, 151 und 89, 306 sowie Ciceros Partitiones Oratoriae, wo Cicero die dort (nicht nur auf die Redekunst, sondern auch auf die Jurisprudenz [37, 129ff.]) angewendete Methode noch einmal beschreibt und von ihr sagt (40, 139): quae quidem e media illa nostra Academia effluerunt, neque sine ea aut inveniri aut intellegi aut tractari possunt.

³⁴ Cicero, Topica 4, 23: *Valeat aequitas quae paribus in causis paria iura desiderat.* Die Festlegung der *aequitas* auf den Gedanken der Gleichheit vor dem Recht (vgl. auch die folgende Anm.) ist eine der zahllosen Begriffsprägungen, mit denen die klassische Rechtslehre sich gegenüber ihrer Vorgängerin durchgesetzt hat.

³⁵ Cicero, Topica 2, 8: *Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas.* Die klassischen Konzepte des *ius gentium* und der *naturalis aequitas*, die das klassische Recht zu einem *ius humanum* macht, erweitern dieses Verfassungsideal auf alle freien Menschen des Territoriums.

³⁶ Cicero, de re publica I 32, 49: *cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societas civium teneri potest, cum par non sit condicio civium? si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem re publica. quid est enim civitas nisi iuris societas civium? I 34, 53 aequabilitas ... iuris, quam amplexantur liberi populi ...* Das Ergebnis des *aequari* ist das *par* oder die *aequitas*, die Gleichheit vor dem Recht. Das rhetorische Rechtssystem hat das *par* in den älteren Entwürfen an Stelle der *aequitas* verwendet. Vgl. u. S. 62.

³⁷ So in der Senatsrede aus dem Jahre 43 v. Chr., in der Cicero mit Erfolg ein Denkmal für den in einer politischen Mission umgekommenen Freund beantragt (Philippica 9,5,10) *nec vero silebitur admirabilis quaedam et incredibilis ac paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia. omnes ex omni aetate qui in civitate intelligentiam iuris habuerunt, si unum in locum conferantur, cum Ser. Sulpicio non sint comparandi. nec enim ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit. 11 ita ea quae proficiscebantur a legibus et ab iure civili semper ad facilitatem aequitatem referebat. neque instituere litium actiones malebat quam controversias tollere.* In der Sache sagt Cicero dasselbe, wie in der Stelle Brutus 41, 151 (oben Anm. 24 und 33). Es ist das Bestreben, das Recht auf klare Regeln zu bringen, die die Kon-

Das wissenschaftliche Zentrum des neuen Systems war für Servius das Edikt³⁸. Von ihm aus gewann er den systematischen Zugriff auf das Ganze der Rechtsordnung, da vom Edikt aus die Rechtsprechung alles lückenlos zu beherrschen vermag.

Die Gerichtsbarkeit des Edikts hat zwei Seiten. Die eine ist rechtlich-formal, die andere gegenüber der empirischen Welt und den in ihr anerkannten menschlichen Verhaltenswerten offen. Als *iuris dictio* gewährleistete die Gerichtsbarkeit die Regeln des *ius*, als magistratische Befehlszuständigkeit ergänzte, unterstützte und korrigierte sie das *ius* mit den Mitteln des Verhaltenswerte verwirklichenden *imperium*. Dieser Gegensatz, in dem der Prätor das Regelwerk des *ius* ergänzt und korrigiert, ist ein Hauptkennzeichen des neuen Systems. Das Ergebnis ist ein regelgeleiteter Rechtszustand (*aequitas*), der in der Terminologie des Edikts nach der Seite der Werte, die das *imperium* leiten, *naturalis aequitas* genannt wird (Inbegriff der natürlichen Verhaltensregeln, die unmittelbar aus den die Zivilisationsfähigkeit des Menschen ausmachenden und in ihm keimhaft vorfindlichen sozialen Werthaltungen abgeleitet sind), nach der Seite des *ius*, das in Regeln des *ius gentium*, des *mos maiorum* und der positiven Gesetze ausgeprägt ist, den Namen *civilis aequitas* trägt (Inbegriff der formalen bürgerlichen Rechtsnormen)³⁹.

Diese für das Edikt grundlegende Unterscheidung und Verknüpfung von „natürlichen“ menschlichen Verhaltenswerten und „bürgerlichen“ (besser: stadtbürgerlichen oder „zivilisierten“) Rechtsformen, die zusammen den Rechtszustand bilden, wird auch in dem Gegensatz *natura* - *institutio* (*instituta*) ausgedrückt⁴⁰,

troversen über Rechtsfragen beseitigen, die die „weithin strömenden“ Prinzipien der älteren Methode ihrer Natur nach so sehr begünstigt hatten.

³⁸ Das Grundbuch der klassischen Rechtswissenschaft ist daher der Ediktkommentar, eine Literaturgattung, die mit einem Brutus gewidmeten Werk des Servius beginnt (Pomponius lb sg enchiridii D 1,2,2,44) und eine große Tradition eröffnet. Cicero ist sich als Freund des Servius über die Bedeutung des Neuansatzes klar und schreibt in seiner Staatsschrift über die Gesetze, in welcher er eine überpositive Grundlegung des Rechts versucht, mit Blick auf die beiden praktischen Jurisprudenzen, zunächst auf die Servius-Schule (auf Servius wird ausdrücklich hingewiesen), dann auf die vorklassische Jurisprudenz, die von ihr abgelöst worden war (de legibus I 5,17): *ATTICUS* Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc (!), neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas? *MARCUS* Non enim id quaerimus hoc sermone Pomponi, quem ad modum caveamus in iure, aut quid de quaque consultatione respondeamus. Sit ista res maga sicut est, quae quondam a multis claris viris, nunc ab uno summa auctoritate et scientia sustinetur (sc. a Servio Sulpicio), sed nobis ita complectenda in hac disputatione tota causa est unversi iuris ac legum, ut hoc civile quod dicimus in parvum quendam et angustum locum concludatur.

³⁹ Der älteste Nachweis in den Digesten geht auf den Sohn des Servius-Schülers Antistius Labeo (Pomponius lb sg enchiridii D 1,2,2,44) zurück und gehört zu einem Edikt, das methodisch auf Servius zurückgeht. Denn es schließt mit den Regeln der *naturalis aequitas* im Deliktsrecht Lücken der *civilis aequitas*, die auf den Formalismus der neuen Jurisprudenz zurückgehen. Vgl. *Ulpian*, 38 ad edictum D 47,4,1,1. Zugrundegelegt ist damit der gleich im Text nachgewiesene Gegensatz zwischen positiver Regel (*lex, institutio*) und natürlicher, einer natürlichen Rechtsethik abgewonnenen Regel (*natura*).

⁴⁰ Cicero, *Topica* 23, 90. Die Gesichtspunkte des regelhaften Rechts (*loci aequitatis*) sind nach der Stelle geschieden in eine auf Selbstbehauptung und „Vergeltung“ angelegte, regel-

ferner in der von Cicero bewahrten *ratio iuris* in einer der Ediktssprache ganz nahestehenden Weise dadurch, daß die mit dem *ius humanum* gleichgesetzte *aequitas* in eine Seite der *lex* (Norm) und eine Seite der *natura* unterschieden wird⁴¹.

Das *ius humanum* der auf diese Weise gegliederten *aequitas* steht damit zugleich ganz auf eigenen Füßen. Es beruht auf der beobachteten Natur und der Formulierung von rechtlichen Regeln, die wiederum teils allgemein einsichtiger Vernunft folgen, teils Besonderheiten aufweisen. Das *ius divinum*, die *religio*, ist dagegen in der klassischen Rechtsquellenlehre dem *ius humanum* gegenübergestellt. Es ist zwar Teil der *ratio iuris*, aber nicht mit dem menschlichen Recht in Beziehung gesetzt. Aber da nach skeptischer Ansicht der Mensch die Götter zwar verehren soll, sie aber nicht kennen kann, sind die rechtlichen Regeln der *religio*, wie wir noch sehen werden, ganz dem *mos maiorum* überlassen. Wahrheiten, die auf das *ius humanum* ausstrahlen könnten, lassen sich – dies die gleich noch näher zu betrachtende skeptische Ansicht – weder aus dem menschlichen Gefühl ableiten, daß er die Götter ehren soll, noch aus den verschiedenen Formen, die er gefunden hat, um diesem Bedürfnis nachzukommen.

4. Das Vertragsrecht als Paradigma

Das Vertragsrecht, dessen kurze Betrachtung erforderlich ist, weil wir es als Paradigma benötigen, gibt ein gutes Beispiel für die systematische Kraft der Entgegensetzung der beiden Ausprägungen der regelbildenden *aequitas*. Indem er dem natürlichen menschlichen Verhaltenswert der Vertragstreue, der in der *naturalis aequitas* enthaltenen *fides humana* folgt, schafft der Prätor Regeln, die auch Zusagen schützen, die nicht vom *ius* anerkannt sind, z. B. das *constitutum*⁴². Die zu diesem Zweck verwendeten Formeln sind, da sie auf natürlich-tatsächliche, lediglich vom Magistrat beurteilte Verhältnisse bezogen sind, formeltechnisch *in factum* konzipiert, nicht *in ius*. Die Formen der *civilis aequitas*, die bürgerlichen Normen, stellen demgegenüber vertragliche Regelungsfiguren bereit, welche die *fides* durch die Formen des *ius* sichern und folgerichtig mit *in ius* konzipierten Formeln aus-

gebende Natur und eine positive *institutio*, die das geschriebene Gesetz und zwei ungeschriebene Rechtsquellen unterscheidet, nämlich das universale Recht, über das alle Menschen übereinkommen (*conveniens*) und das partikuläre Gewohnheitsrecht. Vgl. die folgende Anmerkung.

⁴¹ Cicero, Partiones oratoriae 37, 129ff. Die dort als *ius humanum* gekennzeichnete regelgebende *aequitas* ist gegliedert in Natur, die auf Selbstbehauptung und „Vergeltung“ gerichtet ist (die Vergeltung vergilt im Austausch Wohltaten, in der Strafe Unrecht), und Norm (*lex*), die in das geschriebene Recht der staatsrechtlichen Rechtsquellen und die beiden ungeschriebenen Rechtsquellen, das überall anerkannte *ius gentium* und das partikuläre *mos maiorum*, zerfällt.

⁴² Ulpian 27 ad edictum D 13,5,1 pr *Hoc edicto praetor favet naturali aequitati ... quoniam grave est fidem fallere*. Die vom prätorischen Edikt geschützte Vertragstreue ist die *fides humana*, der Basiswert der klassischen Vertragslehre. Ulpian 4 ad edictum D 2,14,1,1 *Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*

gestattet sind. Sie gelten entweder wie das *mutuum*, das Realdarlehen, der Geldkauf oder die gewöhnliche Stipulation kraft der inneren Wahrheit ihrer Regelung und gehören dann dem *ius gentium* an⁴³. Oder sie bilden Besonderheiten des *mos maiorum* wie die *sponsio*, deren Worte aus altertümlichen, letztlich religiösen Gründen nur von Römern gesprochen werden konnten⁴⁴.

Im übrigen ist die Stipulation, wie bemerkt, als wortförmliche Verständigung über ein Versprechen ein Vertrag des *ius gentium* und erzeugt eine Obligation nach *civilis aequitas* schon aufgrund der Wechselrede des *promittisne? – promitto*⁴⁵.

Der darin begründete Formalismus erzeugt einen lehrreichen Konflikt zwischen den natürlicherweise richtigen Regeln und den im „bürgerlichen“ Rechtszustand richtigen Regeln. Wird sie als Darlehensvertrag verwendet, bindet die formale rechtsgültige Stipulation nach *civilis aequitas* ohne weiteres, nach *naturalis aequitas* erst, wenn das Darlehen durch Auszahlung des Geldes valutiert ist⁴⁶. Die Lösung des Konflikts ist Sache des Prätors, der im klassischen System als Gerichtsherr die Werte der *naturalis aequitas* zu gewährleisten hat. Der Valutierungsmangel entkräftet die Darlehensstipulation daher systemgerecht nicht ipso

⁴³ Klassisch gesprochen ist es z. B. evident richtig im Sinne eines Höchstmaßes an bewährter Wahrscheinlichkeit, daß ein *mutuum* eine Gattungsschuld auf Rückgabe erzeugt und der Konsens über den Austausch von Ware und Geld einen beiderseits verpflichtenden Kaufvertrag. Der Sitz dieser klassischen Theorie ist einerseits allgemein das Edikt *de pactis* (Ulpian 4 ad edictum D 2,14,1), andererseits konkret das Edikt an den Stellen, wo die entsprechenden Aktionen proponiert sind, einerseits das Edikt *de rebus creditis* (Ulpian 26 ad edictum D 12,1,1; Paulus 28 ad edictum D 12,1,2), andererseits die Ediktsrubrik *de actionibus empti venditi* (Paulus 33 ad edictum D 18,1,1; Lenel, Palingenesia I Sp. 1034).

⁴⁴ Gaius III 93 *haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt; itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos valent*. Das positive Völkerrecht erlaubte nach klassischer Auffassung die Herstellung einer *sponsus* (oder: *sponsionis*) *communio* mit Fremden. Vgl. Gaius III 178.

⁴⁵ Gaius III 93 *ceterae* (d. h. die Stipulationsformen neben der *sponsio*) *vero iuris gentium sunt*.

⁴⁶ Dem entspricht die Lehre, die in der Auszahlung des Darlehens und der nachfolgenden Stipulation und ebenso im Fall der umgekehrten Reihenfolge nur einen einzigen Vertrag sieht. Ulpian 46 ad Sabinum D 46,2,6,1 *Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit*. Pomponius 24 ad Sabinum D 46,2,7 *Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri*. Nur die valutierte Darlehensstipulation stellte eine *pecunia credita* im Sinne der *actio certae creditae pecuniae* des Edikts *de rebus creditis* dar. Daher konnte, wer eine Darlehensrückzahlung versprochen hatte, aber die Darlehenssumme noch nicht angenommen hatte, durch Verweigerung der Annahme seine effektive Verpflichtung verhindern. Vgl. Paulus 5 ad Plautium D 12,1,30. Ihn schützte die Regelebene der *naturalis aequitas*. Vgl. die folgende Anm. – Die von Pomponius abgelehnte Ansicht gehört dagegen zum vorklassisch-altsabinianischen Rechtsquellensystem, das nur zwei Grundelemente unterschied, das fremdnützige Naturrecht, dem das *mutuum* angehörte, und das eigennützige und strikte bürgerliche Recht.

iure, sondern kraft Einschreitens des für die *naturalis aequitas* verantwortlichen Prätors. Der Prätor gewährt gegenüber einer solchen Darlehensstipulation, die nach *ius gentium* gilt, die aber aus dem Gesichtspunkt der natürlichen Darlehensregeln mangels Valutierung unvollständig ist, zwar der *civilis aequitas* folgend eine *actio certae creditae pecuniae*, erteilt aber zugleich einen auf die unmittelbare Bewertung der vorgetragenen Fakten gegründeten Behelf, nämlich eine *in factum* konzipierte Arglistenrede. Er erteilt gegen die *actio* eine *exceptio doli*, weil es nach *naturalis aequitas* einen *dolus praesens* darstellt, unter Ausnutzung der Form der *actio certae creditae pecuniae* entgegen der *aequitas naturalis* einen Vorteil zu suchen. Nach den Maßstäben der *naturalis aequitas* täuscht der Kläger nämlich mit der Rechtsform, wenn er den Anschein zu erwecken versucht, als liege eine auch nach *naturalis aequitas* zu einer *actio certae creditae pecuniae* berechtigende Darlehensstipulation vor⁴⁷. Die Einrede ermächtigt den Richter, die Frage der Valutierung zu prüfen, die sonst im Interesse schleuniger Rechtsdurchsetzung nicht geprüft zu werden brauchte. Dieses geistvolle Zusammenspiel zwischen formalen Regeln, die aus guten Gründen den Vorrang haben, und Regeln, die in tatbestandlicher Weise auf bewertetem Tatsachenvortrag beruhen und im konkreten Fall die formalen Regeln kontrollieren, ist ein typisches Beispiel der Unterscheidungskunst der von Servius begründeten klassischen Jurisprudenz. Bezogen auf die Denktradition der griechisch-hellenistischen Rechtstheorie handelt es sich um eine bedeutende Verfeinerung der uns zuerst in der Nikomachischen Ethik des Aristoteles begegnenden und schon damals für legitim und notwendig erklärten Gegensätzlichkeit zwischen allgemeiner Regel und konkreter Gerechtigkeit⁴⁸. Der Fortschritt des klassischen römischen Rechts lag vor allem darin, daß es auch auf der korrigierenden Seite (anstelle pauschaler Verweisung auf die Billigkeitsansprüche des Einzelfalls) zur Ausbildung differenzierter Regeln kam.

Die hier in ersten Umrissen sichtbar gewordene Vertragslehre ist im Rahmen der Rechtslehre der philosophischen Rhetorik formuliert worden und von daher in der klassischen Jurisprudenz zur Herrschaft gekommen. Alle Grundbegriffe, die beiden Formen der *aequitas*, der Wert der *fides humana*, die Unterscheidung

⁴⁷ Es ist der *dolus* in seinem klassischen Sinn des *malitia aliud agere aliud simulare* (aus Bosheit, etwas anderes vortäuschen als tun). Vgl. Cicero de inventione II 20, 61; de officiis III 14, 60; Paulus 71 ad edictum D 44,4,1,1 *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*. Mit klassischer Klarheit erläutert die Konstellation der nicht valuierten Darlehensstipulation Gaius IV 116 *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. velut <si> stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est. dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere*. – Der Kläger, der etwa als Erbe des Gläubigers gutgläubig sein kann, wird spätestens durch das für ihn ungünstige Ergebnis der Beweiserhebung im Rechtssinne *dolos*. Daher konnte eine solche *exceptio doli* notfalls auch nach Rechtshängigkeit beantragt werden. Vgl. Gaius IV 125.

⁴⁸ Vgl. dazu meinen Beitrag „Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts“, in: Bydliński, Mayer-Maly (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts (1994) 1–33 (7 ff.).

zwischen *ius gentium* und *ius proprium*, ferner die Begriffe *pactum conventum* und *conventio*, die, wie auch noch deutlich werden wird, zugleich Grundbegriffe für den Zusammentritt des Menschen zum friedlichen Rechtszustand sind, gehen auf diesen Ursprung zurück.

5. *Consuetudo und aequitas*

Die umfassende *consuetudo* bezieht sich, wie sich von selbst versteht, auf beide Elemente der *aequitas*. Der Mensch und Bürger erlebt die Regeln des Rechts in ihrer gesamten, von der Gerichtsbarkeit gewährleisteten Wirkung, also ebenso von der Seite der *naturalis aequitas* wie von der Seite der *civilis aequitas*. Beide Inbegriffe regelbildenden Rechtes⁴⁹ garantiert die Gerichtsmagistratur. Für beide Seiten sind im Edikt Rechtsbehelfe proponiert. Erst ihr Zusammenspiel begründet die Rechtsordnung. Daher wird der gesamte Inhalt des Edikts als Gegenstand der *consuetudo* aufgefaßt (vgl. u. S. 60).

In der zentralen Rechtsquellenlehre, der *ratio iuris* des klassischen Rechts, in welcher das *ius humanum* als *aequitas*, dem Edikt entsprechend, in eine Normseite und eine Naturseite zerfällt, sagt Cicero, daß es uns gewissermaßen von der Natur vorgeschrieben sei, unsere Gewohnheiten und Normen zu achten und zu gewährleisten (*ut nostros mores legesque*⁵⁰ *tueamur, quasi naturali iure praescriptum est*). Diese nach der Beobachtung dieser Rechtstheorie in der menschlichen Natur angelegte Tendenz, das jeweils geltende Recht zu beachten (auf ihr beruht, wie man sogleich erkennt, letztlich die *consuetudo* des Rechts im allgemeinen Sinne), umfaßt nicht nur die *propria legis*, die der Normseite eigentümlichen Tatbestände, die sich nach der zitierten Skizze einerseits in den staatsrechtlichen, vom Schriftprinzip geprägten Normen finden, insbesondere in den *leges publicae* (neben Senatsbeschluß und *foedus*), andererseits im *ius gentium* und dem *mos maiorum* als den beiden Fällen des ungeschriebenen Rechts, sondern auch die Regeln auf der Naturseite des Rechts, wo, wie Cicero sagt, die Geltung der Regeln in offener Weise *ratione aequi et boni*⁵¹ begründet wird und folgerichtig gleichsam

⁴⁹ Nach klassischer Auffassung sind die der *naturalis aequitas* folgenden und daher in *factum* (und nicht in *ius*) konzipierten Behelfe des Prätors kein „Recht“; sie sind kein „*ius*“. Aber es wäre ebenso pedantisch wie unfruchtbar, den Versuch zu machen, nun eine entsprechende deutsche Terminologie einzuführen. Denn funktionell sind die nur vom Prätor gewährleisteten Regeln des klassischen Systems natürlich Recht. Ohne sie wäre die Rechtsordnung unvollständig.

⁵⁰ Das Wort *lex* ist hier wie in dem von Cicero im gleichen Text mitgeteilten Gegensatz von *natura* und *propria legis* (Unterarten der Normen) als Norm zu verstehen, und zwar als die allgemeinen Normen im Unterschied zu den *mores* als den partikularen Normen.

⁵¹ Cicero unterscheidet in der klassischen *ratio iuris* innerhalb der Regelgerechtigkeit des *ius humanum* die gewährleistende von der – in einem doppelten Sinne – „vergeltenden“ *aequitas* (Part. orat. 37, 130 *aequitatis autem vis est duplex: cuius altera directae veri et iusti et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet; quod in beneficio gratia, in iniuria poenitio nominatur*) und stellt die erste, die gewährleistende Regelgerechtigkeit von der sie inhaltlich rechtfertigenden Naturseite her unter die *ratio boni et aequi*. Beispiele, in denen im Rahmen des Edikts im Bereich der gewährleistenden

Quellen der Regelbildung offenstehen (*sunt aperti quasi fontes*⁵² *quidem aequitatis*)⁵³.

Die *aequitas* bezeichnet hier, wo sie als offene Rechtsquelle des natürlichen Regelrechts erscheint, die menschlichen keimhaften Naturanlagen zum Recht, die, um uns wieder auf unser Beispiel zu beschränken, die Vertragsgeltung auf die *fides humana* zurückzuführen erlaubt. Sie ist daher identisch mit der den Prätor zur Regelbildung ermächtigenden *naturalis aequitas* des klassischen Ediktcommentars. Fragt man im Vergleich damit auf der Seite der *aequitas civilis* nach den Regelbildungen, die der menschlichen Anlage zum Recht am meisten entsprechen, dann gelangt man zu den Rechtsfiguren des *ius gentium*. Zwar umfaßt das Wort *aequitas* auf der Normseite der *ratio iuris* auch die partikulären Regelbildungen der *lex publica* und des *mos maiorum*⁵⁴. Aber sobald man diese partikulären Rechtsquellen neben der *aequitas* nennt, bleibt für diese nur noch das *ius gentium*. In der Tat hat Cicero in der folgenden Stelle von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Cicero, Topica 7, 31

Formae sunt [igitur] eae in quas genus sine ullius praetermissione dividitur; ut si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat. (*Artbegriffe sind solche, in die ein Gattungsbegriff, ohne irgendetwas auszulassen, geteilt wird, so wenn jemand das Recht in Gesetz, Gewohnheitsrecht und Recht der für alle gleichen Regel einteilt.*)

Das Wort *aequitas* bezeichnet hier das, was auf der Normseite übrigbleibt, wenn man *lex* und *mos* wegnimmt, also das *ius gentium*. Es kann den Namen tragen, weil seine Rechtsfiguren das Ideal der Gleichheit vor den Regeln des Rechts in besonderer Reinheit darstellen. Sie beanspruchen ihrer Angemessenheit wegen Geltung für alle Menschen und nicht wie die Regeln der Gesetze und des *mos maiorum* zunächst einmal nur für die Bürger⁵⁵. Dieser auf alle Menschen bezo-

den Gerechtigkeit Klagbehelfe des *aequum et bonum* neben solche des formalen Rechts treten, liefern etwa die *actio Publiciana*, die neben die klassische *vindicatio* der *formula petitoria* tritt oder die *actio de constituto*, welche die klassische *actio certae creditae pecuniae* ergänzt. Vgl. zum Gegensatz von Form und Bewertung nach dem *bonum et aequum* auch eine vorausgehende Bemerkung Ciceros, Part. orat. 30, 100: *Nam omnia quae de iure civili aut de aequo et bono disceptantur cadunt in eam formam causarum, in quale quid sit ambigitur, de qua dicturi sumus, quae in aequitate et in iure maxime consistit.*

⁵² Es sind „Quasi-Quellen“. Der akademische Skeptiker kann nicht von wahren „Quellen“ sprechen, wie Mucius, dessen von Servius in einer eigenen Schrift kritisierten „Capita“ (vgl. oben Anm. 11) Quellprinzipien sind (*caput* bezeichnet in diesem Zusammenhang das Prinzip im Bild der Quelle eines Stroms), von denen Wirkungen auf die Verhältnisse „einströmen“. Vgl. das *manare* der *bona fides* des Q. Mucius, das einen „Einfluß“ auf die Verhältnisse der *societas vitae* meint, Cicero, de officiis III 17, 69.

⁵³ Besonders dieser offenen Bereiche wegen muß sich der Gerichtsredner gründlich vorbereiten. Vgl. Cicero, Part. Orat 37, 131.

⁵⁴ Ein Beispiel stellt Cicero, Topica 2, 9: *Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas. (Das bürgerliche Recht ist das verfaßte Recht für die, die derselben Bürgerschaft angehören zur Sicherung ihrer Rechte.)*

⁵⁵ Dies gilt nicht nur für das *mos maiorum*, sondern auch für die Gesetze. Daher sagt Ulpian 1 inst D 1,1,6,1, daß das *ius nostrum*, also das partikuläre Recht der Römer, in nichtschrift-

gene Allgemeingültigkeitsanspruch ist der natürlichen Regelgerechtigkeit der *naturalis aequitas* von Hause aus eigen; die institutionelle *aequitas civilis* erhebt ihn nur, soweit sie mit dem *ius gentium* übereinstimmt.

6. Das klassische *ius humanum* als *ius commune* (naturalistisches *ius naturale* verbunden mit zivilisatorischem *ius gentium*)

Die Tatsache, daß die in der späten Republik aus der philosophischen Rhetorik in die Jurisprudenz eindringenden Lehren im Prinzipat fortwirken, manifestiert sich in besonders grundsätzlicher Weise in der festgehaltenen naturalistischen Grundlage des Rechts.

Die Menschen schaffen sich ihr Recht als Naturwesen und hören auch im Rechtszustand nicht auf, Naturwesen zu sein. Aus der Verbindung der universal gültigen Regeln der Zivilisation und der soziobiologischen Gebote der Natur entsteht der überaus kennzeichnende Begriff des *ius commune*.

Um den bei Ulpian und in der Rechtstheorie der klassischen Rhetorik nachgewiesenen Begriff richtig zu verstehen, bedarf es vorbereitend eines vergleichenden Blicks, der die Rechtsquellenlehre Ulpians und der von Cicero bewahrten skeptischen *ratio iuris* nach Übereinstimmungen und Unterschieden befragt. Es ergibt sich Folgendes. Bei Cicero sind die *propria legis*, die Besonderheiten der Normen, nach dem Gegensatz „geschriebenes Recht – ungeschriebenes Recht“ eingeteilt und das *ius gentium* gemeinsam mit dem *mos maiorum* als *ius non scriptum* der *lex publica* nebst *senatus consultum* und *foedus* als dem *ius scriptum* gegenübergestellt. In den Institutionen Ulpians finden wir den gleichen Gegensatz zwischen *ius scriptum* – *non scriptum* unter nachdrücklicher Betonung des (natürlich auch Cicero gegenwärtigen) griechischen Ursprungs dieses Gegensatzes⁵⁶ und unmittelbar zuvor auch den Gegensatz zwischen *ius gentium*, dem Recht aller Menschen, und dem *proprium ius*, dem besonderen Recht des jeweiligen Gemeinwesens, dessen Hauptfall neben der *lex publica* der *mos maiorum* ist. Die erhaltenen Ulpianfragmente stimmen in ihrer Aussage mit derjenigen der *ratio iuris* bei Cicero im wesentlichen überein. Es gibt nach beiden Quellen Regelungen des *ius civile* im engeren Sinne, die dem *ius gentium* gegenüberstehen und, soweit sie schriftlich sind, den staatsrechtlichen Gesetzgebungsformen und den völkerrechtlichen Verträgen⁵⁷ zugehören, soweit sie nicht schriftlich sind, in die Kategorie des

liches (*mos maiorum*) und schriftliches (*lex publica*) Recht zerfalle. Die formale Beschränkung der Gesetze auf die Bürger geht im klassischen Recht sehr weit. Selbst die Klagen, wie die wegen Diebstahls, die von den Zwölftafeln, und die wegen Sachbeschädigung, die von der *lex Aquilia* geregelt sind, müssen im klassischen System durch eine *fictio civitatis*, durch die Fiktion einer Zugehörigkeit zum römischen Bürgerverband auf den Fremden erstreckt werden. Vgl. *Gaius* IV 37.

⁵⁶ Ulpian 1 inst D 1,1,6,1 *ut apud Graecos* mit Wiedergabe des Gegensatzes auf griechisch; Cicero sagt, wie wir uns erinnern, am Anfang der *Partitones oratoriae* (I, 1) zu seinem Sohn, daß er mit ihm auf lateinisch repetieren wolle, was dieser auf griechisch gelernt hatte.

⁵⁷ Diese haben, soweit sie reichen, zwischen Römern und Peregrinen die im Zusammenhang mit der Stipulation erwähnte *sponsus communio* geschaffen. Vgl. oben Anm. 44.

mos maiorum fallen. Der sich daraus ergebende, aus Gesetzes- und Gewohnheitsrecht zusammengesetzte, auch sonst vielgenannte Begriff eines *ius civile* im engeren Sinne (*proprius ius, ius nostrum*), das unter den Leitbegriffen *lex* und *mos* die Besonderheiten eines Gemeinwesens erfaßt, ist in der *ratio iuris* zwar nicht ausdrücklich aufgeführt, wohl aber nach seinen beiden Elementen enthalten, und wird von Cicero in den *Partitiones oratoriae* in unmittelbarer Nachbarschaft zur *ratio iuris* auch als ein praktisch anerkannter Begriff verwendet⁵⁸. Das ihm entgegengesetzte *ius gentium* ist, wie der von Justinian im übrigen zur Kurzredigkeit verurteilte Ulpian⁵⁹ in der gleich folgenden Stelle wörtlich ausspricht, das Recht, das bei allen Völkern in Geltung steht, während sich die gleiche Aussage in der *ratio iuris* mit nicht geringerer Deutlichkeit aus dem System ergibt. Um etwas anderes als um eine normative Systemaussage handelt es sich ja auch nicht: Denn in Wahrheit gilt das klassische *ius gentium* nicht bei allen Völkern, sondern nur bei denen, die sich wie die Römer schließlich von der Richtigkeit dieses Systems haben überzeugen lassen.

Bei Ulpian kommt aus der Welt der Natur etwas hinzu, was in der *ratio iuris* bei Cicero, die sich ausdrücklich auf das *ius humanum* beschränkt, konsequenterweise fehlt, nämlich die Kategorie des *ius naturale*, des auf die soziobiologische Natur zurückgehenden Rechts, das der Mensch als solches mit den Tieren teilt. Immerhin ergibt sich die damit kontrastierte Aussage Ulpians, daß das *ius gentium* den Menschen vorbehalten ist, bei Cicero aus der Kategorie des *ius humanum*. Nur wird von Cicero in der *ratio iuris*, anders als bei Ulpian, das menschliche Recht nicht mit einem soziobiologischen Recht in Beziehung gesetzt, das der Mensch mit den Tieren teilt.

Ulpian 1 inst D 1,1,1,2

Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. (Das Zivilisationsrecht⁶⁰ ist das, nach dem alle menschlichen Völker leben. Daß es vom „Naturrecht“ abweicht,

⁵⁸ Cicero, *Part. orat.* 20, 100 zum Klagrecht: *Quarum causarum genus est positum in iure civili, quod est in privatarum et publicarum rerum lege aut more positum; cuius scientia neglecta ab oratoribus plerisque nobis ad dicendum necessaria videtur.* Das Recht, das im Privat- und Strafprozeßrecht über die Art und Weise des Klagvorgehens entscheidet, ist im positiven Recht geregelt. Meist sind es staatliche Gesetze. Ein Fall einer unter das *mos maiorum* eingeordneten Klage ist die alte *pignoris capio* des Soldaten gegen die Person, die ihm den Sold oder das Pferde- oder das Pferdefuttergeld auszuzahlen hatte bei *Gaius* IV 26. In dieser *legis actio per pignoris capionem* hat das Wort *lex* den systematischen Sinn „Norm“.

⁵⁹ Nach dem von Justinian bewahrten Textfluß überließ Ulpian mit einem schlichten *igitur* dem Leser, die Rechtsquellen entsprechend zuzuordnen, also sich aus dem *ius civile proprium* die Fälle des schriftlichen Rechts herauszusuchen und zu erkennen, daß das biologische *ius naturale*, das zivilisatorische *ius gentium* und die Vorschriften des *mos maiorum* nicht schriftlich sind. Wir dürfen annehmen, daß Ulpian in seinem vollständigen Lehrbuch etwas weniger wortkarg gewesen sein wird.

⁶⁰ Die von mir mitgetragene Übersetzung „Völkergemeinrecht“ für *ius gentium* in der neuen Übersetzung des *Corpus Iuris Civilis* ist hier vermieden, um den Begriff des *ius commune*, des eigentlichen „Völkergemeinrechts“, nicht zu präjudizieren.

ist leicht einzusehen, weil dieses allen Lebewesen, jenes aber allein den Menschen untereinander gemeinsam ist.)

Das von Ulpian bewahrte *ius naturale* dient den Zwecken der Lebewesen. Ulpian erwähnt die Triebgebote der geschlechtlichen Paarbildung und der Nachkommenpflege⁶¹. Die genaue Herkunft dieser Lehre werden wir noch kennenlernen.

Der Begriff des *ius humanum*, den die *ratio iuris* mit der regelnden, in Natur und Norm zerfallenden *aequitas* gleichsetzt und der das Ganze der spezifisch menschlichen Rechtsordnung erfaßt, taucht in den erhaltenen Fragmenten der Institutionen Ulpians als Terminus nicht auf, ist aber in dem ausdrücklich auf den Menschen bezogenen Ausdruck *ius commune* enthalten, der das den Menschen angehende *ius naturale* mit dem *ius gentium* verbindet.

Ulpian 1 inst D 1,1,6 pr

Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur. (Das bürgerliche Recht [im engeren Sinn] ist, was weder ganz vom Natur- oder Zivilisationsrecht abweicht noch in allen Stücken ihm dient. Wenn wir daher etwas dem (allgemeinen) Recht hinzufügen oder von ihm wegnehmen, dann erzeugen wir besonderes Recht, nämlich bürgerliches Recht [im engeren Sinn]).

Das spezifisch menschliche Recht besteht hiernach aus einem festen Kern und Modifikationen. Im Kern steht die Verbindung der Naturgrundlage mit dem *ius gentium*, die Ulpian als *ius commune* anerkennt. Der Ausdruck wird schon vom Auctor ad Herennium im ulpianischen Sinn verwendet und bezeichnet in einer durchsichtigen Übersetzung des aus der griechischen Diskussion bekannten νόμος κοινός das Recht, das in seiner Verbindung von *ius naturale* und *ius gentium* bei allen Menschen gilt und in dem Sinne allgemein, nämlich universal ist⁶².

⁶¹ Ulpian 1 institutionum D 1,1,1,3.

⁶² Vgl. Auctor ad Herennium II 10, 14. Es geht in der Stelle darum, wie ein Rhetor argumentiert, wenn es gilt, den Sinn eines Gesetzes gegen den Wortlaut zur Geltung zu bringen. Unter anderem müsse er sagen, daß der Text (*id quod scriptum sit*) weder nach Gesetz noch nach Gewohnheitsrecht, Natur und rechtsethischen Grundsätzen verwirklicht werden könne (*non lege, non more, non natura, non aequo et bono posse fieri*) und darauf hinweisen, daß die gegenteilige, den Wortlaut verteidigende Ansicht mit dem „gemeinen Recht“ oder mit anderen allgemeinen Gesetzen oder mit Präjudizien nicht in Einklang stehe (*cum iure communi aut cum aliis legibus aut cum rebus iudicatis dissentire*). Calboli, (oben Anm. 8) verweist zu dem Terminus *ius commune* mit Recht auf Aristoteles, rhet. 1373b 4 ss. λέγω δὲ νόμον τὸν μὲν ἴδιον, τὸν δὲ κοινόν ..., κοινόν δὲ τὸν κατὰ φύσιν. Der Ausdruck *ius commune* ist ersichtlich schon beim Auctor ad Herennium ein zusammengesetzter Begriff. Die Bestandteile, aus denen sich der kurzredige Ausdruck zusammensetzt, zeigen sich in der parallelen Langform, mit der der Auctor wenig später die Frage beantwortet, wie man bei einem zweideutigen Text (*ambiguum scriptum*) die bevorzugte Bedeutungsmöglichkeit zur Geltung bringen soll. Es entscheidet wieder die (diesmal um sittliche Regeln erweiterte) normative Möglichkeit: (Auctor II 11, 16), *et honeste recte lege more natura bono et aequo fieri posse*. Wieder, wie in der zuerst genannten Stelle, stehen an der Stelle des knappen *ius commune* (unmittelbar nach den in *lex* und *mos* enthaltenen Vorschriften des *ius proprium*) die beiden Termini *natura* und das *bonum et aequum*. So wie sich daher beim Auctor *natura* und *bonum et aequum* zum *ius commune* ergänzen, so ergänzen sich *ius naturale* und *ius gentium* bei Ulpian zum *ius commune*. Das ist gewiß kein Zufall, sondern beruht auf übereinstimmen-

Es ist das „gemeine Recht“, das (wiederum wohlgerneht nur in systematisch-normativer Betrachtungsweise) bei allen Menschen gilt und in diesem Sinne auch tatsächlich allgemein ist. Nimmt man das modifizierende *proprium ius* des jeweiligen Staates hinzu, hat man wiederum die gesamte *consuetudo iuris* im Blick.

7. Beispiele des reinen und des modifizierten *ius commune*

Bevor wir nun die theoretischen Quellen des auffälligen naturalistischen *ius naturale* näher in Augenschein nehmen, soll zunächst die klassische, das Recht in verschiedene elementare Bestandteile zerlegende Betrachtungsweise kurz an zwei Beispielen veranschaulicht werden⁶³.

Die klassische Konsensehe ist *ius commune*. Sie enthält, da sie Paarbildung ist, wie Ulpian sagt, ein Stück soziobiologisches *ius naturale*. Sie ist aber zugleich spezifisch menschliches *ius gentium*, insoweit sie die Paarbildung durch den rechtlichen Ehekonsens überformt. Sie kann überdies mittels *ius proprium* durch Hinzufügung modifiziert werden, etwa in Rom durch den bekannten, nach klassischer Einordnung vom *mos maiorum* geforderten umfangreichen Formenapparat der *confarreatio* (zehn Zeugen, Assistenz des Flamen dialis usw.).

Die klassische Übereignungsform der *traditio cum causa* bewegt den Naturtatbestand Besitz, der als rein faktisches Verhältnis auf den auch bei Tieren beobachtbaren Besitzinstinkt zurückgeht. Sie enthält als Konsens über eine eigentumsverschaffende *iusta causa* wieder allgemein menschliches *ius gentium*. In der *mancipatio* ist sie durch *ius proprium Romanorum*⁶⁴ modifiziert, teils durch Hinzufügung zum *ius commune*, nämlich durch den Formenapparat der fünf Zeugen, den Waagehalter und die Waage sowie die Notwendigkeit eines solennen Erwerbspruchs, teils durch Hinwegnahme, indem bei der Grundstücksmanzipation auf das Naturelement der Besitzverschaffung verzichtet wird.

Der Begriff des *ius commune* ist, wie diese Beispiele zeigen, durchaus nützlich. Er hat nicht nur analytische Kraft, sondern erleichtert auch die praktische Rechtsanwendung, indem er die Begriffe durch die Freilegung ihrer Bestandteile durchsichtig macht und die Modifikationsmöglichkeit durch das *proprium ius* anschaulich vor Augen rückt. Seine Klärungskraft ist ähnlich der des klassischen Begriffs der *res communes omnium*, der allen Lebewesen gemeinsamen Sachen, auf dessen Grundlage die klassische Jurisprudenz die für das *ius humanum* grundlegende

der Theorie. Es kommt hinzu, daß für Cicero, also für den dem Auctor parallelen, anderen Zögling der philosophischen Rhetorik, das *bonum et aequum* als natürliche Seite des *ius gentium* belegt ist (vgl. oben Anm. 51) und ihm selbstverständlich auch die auf Karneades zurückgehende Auffassung eines für Mensch und Tier gemeinsamen *ius naturale* bekannt war (vgl. u. S. 49ff.).

⁶³ Vgl. zum folgenden meine Untersuchung „Iusta causa traditionis“ (oben Anm. 1) 27–78.

⁶⁴ Die *mancipatio* galt den römischen Juristen als durch die Zwölftafeln bestätigt. Paul 1 manualium FrVat 50 *mancipationem ... lex XII tabularum confirmat*. Diese zurückhaltende Formulierung beruht wohl darauf, daß die Zwölftafeln zwar über die Manzipation eine zentrale Norm enthalten (XII tab. VI 1), ihre Form aber voraussetzen. In jedem Fall ist aber die Manzipation *ius proprium Romanorum*.

Lehre von den spezifisch menschlich geordneten, körperlichen Sachen entfaltet und aufgliedert hat⁶⁵.

Es bleibt noch die Tatsache zu erklären, warum Ulpian im Zusammenhang mit dem in seinen Institutionen verwendeten Begriff des *ius naturale* die *naturalis aequitas* nicht erwähnt, obwohl er sie wie sein Vorgänger in seinem Ediktcommentar öfter als grundlegende Kategorie nennt⁶⁶. Man könnte als Antwort auf den Unterschied zwischen beiden Begriffen hinweisen. Das *ius naturale* umfaßt als Lehre von den soziobiologischen Instinkten des Menschen nicht die *naturalis aequitas*, die, wie unser Paradigma der *fides humana* deutlich macht, ein sozial-ethischer Begriff ist. Die *naturalis aequitas* steht im Vergleich zum *ius naturale* auf einer höheren, nicht mehr biologischen, sondern kulturellen Stufe. Die Antwort befriedigt aber nicht ganz, weil beide Begriffe doch wieder dadurch recht eng zusammengehören, daß sie – jeder auf seiner Stufe – das Recht mit seiner Naturgrundlage in Beziehung setzen.

Das *ius naturale* ist als Teil des *ius commune* die Grundlage des menschlichen Zusammenlebens. Es beschreibt die auf die animalisch-soziobiologische Natur des Menschen zurückgehende, das menschliche Geschlecht erhaltende Instinktausstattung. Die von Ulpian genannten Beispiele, die geschlechtliche Paarbildung, der Trieb zur Zeugung und der Trieb, Nachkommen aufzuziehen, bilden die Grundlage auch der rechtlich geregelten Familien. Insofern diese „Gebote“ den Menschen leiten, insofern er als *animal* eben auch soziobiologischen Instinkten gehorcht, bildet dieses *ius naturale* die spezifisch menschliche Naturgrundlage des klassischen Rechts. Da das menschliche Recht Ordnungen unter natürlichen, lebendigen Personen und natürlichen, in der Körperwelt vorhandenen Sachen schafft (die ihrerseits von natürlichen Regeln beherrscht werden, die sie, soweit ihre Geltung reicht und soweit sie erfaßbar sind, verständlich und berechenbar machen), wären alle Rechtsregeln ohne diese Naturgrundlage, auf die sie sich beziehen, leer. Der Begriff des *ius commune*, der die gedanklichen Ordnungen des *ius gentium* mit den Regeln der unmittelbar gegebenen Natur zu Institutionen des Rechts verknüpft, macht diese Zusammenhänge deutlich.

Andererseits hat aber eben das *ius gentium*, das sich mit dem *ius naturale* zum *ius commune* verbindet, auch mit der *naturalis aequitas* eine enge Beziehung. Es ist, wie wir gesehen haben, die reinste Form der Umsetzung der *naturalis aequitas* in die formalen Regeln der *civilis aequitas*, auch wenn selbst ihr Formalismus, wie das Beispiel der abstrakten Stipulation zeigte, gelegentlich korrekturbedürftig werden kann. Die regelbildenden Werte der *naturalis aequitas* finden sich, wie gleich noch näher an unserem Hauptbeispiel der *fides humana* zu zeigen sein wird, nach klassischer Auffassung in den Anlagen des Menschen, die diesen von Natur aus zur Zivilisation befähigen und bei dem Übertritt in den Zustand des

⁶⁵ Vgl. meine Untersuchung, Die allen Lebewesen gemeinsamen Sachen (*res communes omnium*) nach den Glossatoren und dem klassischen römischen Recht, in: Festschrift für Hermann Lange (1992) 3–33.

⁶⁶ Vgl. die Fragmente oben bei Anm. 60 und 61.

zivilisierten Zusammenlebens geweckt werden. Wenn daher das *ius naturale* die soziobiologische Instinktausstattung des Menschen meint, dann beschreibt die *naturalis aequitas* die mit der Zivilisation beginnende Fähigkeit des Menschen, sich an den in seinem Bewußtsein keimhaft vorhandenen und der Ausbildung und Stärkung zugänglichen Werten zu orientieren. Für das *ius commune* in vollem, die notwendige Unterstützung durch das klassische Edikt einschließenden Sinn war die *naturalis aequitas* unverzichtbar.

Der eigentliche Grund dafür, daß Ulpian, soweit wir urteilen können, die *naturalis aequitas* in den Institutionen (anders als in seinem Ediktkommentar) nicht erwähnt, dürfte daher einfach in didaktischen Rücksichten liegen. Ulpian wollte vermutlich die Anfänger, für die sein Institutionenlehrbuch bestimmt war, nicht mit einem Begriff belasten, dessen Sinn sich erst erschließt, wenn der Schüler, nachdem er mit den Grundregeln des Rechts Bekanntschaft geschlossen hat, zu dessen Ergänzungs- und Korrekturbedürftigkeit hingeführt wird. Die Vermittlung dieser Kenntnis geschieht richtigerweise im Zusammenhang mit dem Studium des Edikts.

Im übrigen fehlt es an einer Verknüpfung zwischen Institutionen und Ediktkommentar nicht ganz, da der Begriff der Herrschaft, der für das Edikt zentral ist, im Begriff des *ius naturale* enthalten ist.

8. Das klassische *imperium* als geordnetes Naturverhältnis

Das klassische *imperium* ist nämlich, ganz entsprechend dem *ius naturale* Ulpians, das wir kennengelernt haben, eine Naturtatsache, die im Rechtszustand von Regeln des *ius gentium* umgeben wird und zugleich vom *mos maiorum* in verschiedener Weise ausgestaltet werden kann. Die Herrschaft ist in dem Sinne eine Naturtatsache des *ius naturale*, als die Tendenz zur Anerkennung von „Leitieren“ etwas ist, was der Mensch mit den Tieren gemeinsam hat⁶⁷. Die natürliche Neigung des Menschen, sich jemandem unterzuordnen, der als „Leitfigur“ anerkannt ist, ist der naturalistische Ausgangspunkt des in der *ratio iuris* mitgeteilten, dem Menschen Gehorsam hinsichtlich der von ihm vorgefundenen Normenordnung vorschreibenden *quasi ius naturale*. Soweit dieses *praescriptum* echtes skeptisches

⁶⁷ Vgl. für die Stoa (mit der typischen Kontrastierung von Mensch und Tier, von roher Kraft und Moralität, die für das stoische Naturrecht kennzeichnend ist, welches die Menschen mit den Göttern, nicht mit den Tieren in Gemeinschaft sieht) Seneca, epistulae morales 90, 4 *praecedat armenta ... qui magnitudine ac toris [= Muskeln] ceteros mares vicit; elephantorum gregem excelsissimus ducit: inter homines pro maximo est optimum*. Im skeptischen Naturzustand vermag auch unter den Menschen der Stärkste das meiste. Daher gilt es als die größte Leistung der zur Zivilisation bekehrenden Redekunst, auch den Menschen, der infolge seiner Körperkraft alles vermag, zu überzeugen. Vgl. Cicero, de inventione I 2, 3 *profecto (!) nemo nisi gravi ac suavi commotus oratione, cum viribus plurimum posset, ad ius voluisset sine vi descendere, ut inter quos posset excellere, cum eis se pateretur excellere, cum isse se pateretur exaequari*. Siehe den vollständigen Text unten S. 53ff. Der naturalistische Kern aller Herrschaft macht auch verständlich, warum Cicero den Tyrannen, der im Rechtszustand kein Recht anerkennt, als Tier empfindet oder gar „tierischer als jedes Tier“. Vgl. unten Anm. 71.

ius naturale darstellt, muß es eine naturalistische Grundlage haben, sich also aus der biologisch begründeten, den allermeisten Menschen eigenen Unterordnungsbereitschaft erklären. Wenn Cicero es als *quasi ius naturale* präzisiert, dann trägt das der Tatsache Rechnung, daß die in der Zivilisation vom *imperium* gewährleisteten Gebote des regelhaften Rechts spezifisch rechtlicher und zivilisatorischer Art sind.

Der Begriff der Herrschaft ist für die Regeln der *naturalis aequitas* wesentlich, weil nur die Herrschaft in der Lage ist, ihnen praktische Verbindlichkeit zu verleihen. Die Gebote des *ius naturale* bedürfen einer Verstärkung nicht, da sie bereits ihre verhaltenssteuernde Kraft von Natur aus besitzen. Die Kräfte der *naturalis aequitas* bedürfen dagegen schon deswegen der Unterstützung, weil sie in einem ethischen, als solches nur keimhaft vorhandenen und freien Vermögen des Menschen wurzeln und den vom *ius naturale* herkommenden Instinkten des Menschen teils widersprechen, teils diese empfindlich einschränken. Neben der Erziehung durch die Kultur, welche im Denken der klassischen Lehre eine zentrale Bedeutung hat, ist hier für das klassische Rechtsdenken, das nicht ohne Grund vom staatlichen Edikt aus denkt, das magistratische *imperium* der eigentliche Angelpunkt.

Das *imperium*, das von der klassischen, ediktzentrierten Jurisprudenz als faktische, nur über das *factum* herrschende Befehlsgewalt definiert war, verlieh der natürlichen Person, der die Magistratur übertragen wurde, das tatsächliche Übergewicht über die Privatpersonen⁶⁸. Aber um keine Mißverständnisse aufkommen zu lassen: Die Magistratur ist für das klassische Denken nur im Kern naturalistisch. Es ist zwar richtig, daß die Theorie nie davon abstrahiert, daß der Amtsinhaber ein natürlicher Mensch ist: Im klassischen *ius publicum* steht der natürliche Mensch, der die Magistratur bekleidet, nicht anders im Zentrum als der natürliche Rechtsträger im *ius privatum*. Aber was sie umkleidet, ist jeweils Recht. Insofern sind die beiden Rechtsbereiche⁶⁹ von einem einheitlichen Geist geprägt.

⁶⁸ Festus ed. Lindsay 113 s.v. *Magisterare moderari*. ...; unde et magistratus, qui per imperia potentiores sunt quam privati; quae vox duabus significationibus notatur. Nam aut ipsam personam demonstrat, ut cum dicimus: magistratus iussit, aut honorem, ut cum dicitur: Titio magistratus datus est. Zur faktischen Struktur des klassischen *imperium* s. oben Anm. 49.

⁶⁹ Das Aufkommen des technischen Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Recht in dieser Zeit (vgl. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte [1988] I, 492f. mit weiteren Nachweisen) erklärt sich unverkennbar aus dem Einfluß der philosophisch-rhetorischen Kultur der späten Republik. Daher hat sie auch Livius (der als Historiker ganz Rhetor und Ciceroanier ist), wenn er die ersten 10 Tafeln der Zwölf Tafeln, die als die Verkörperung des *ius aequum* gelten, für die eigene Zeit als (*Livius* III 34,6) *fons omnis publici privatiue iuris* bezeichnet. Die Tatsache, daß Cicero, Part. orat. 37, 130 den Gegensatz *ius publicum* und *ius privatum* in der klassischen *ratio iuris* durch Rechtssetzungen erklärt (einerseits Gesetze und völkerrechtliche Verträge, andererseits privatrechtliche Verträge), vereinigt sich mit der Aussage bei Ulpian 1 institutionum D 1,1,1,2 *publicum ius ... in magistratibus consistit* dadurch, daß Cicero dort, wo er die Einteilung bringt, nicht mehr mit den verfassungsrechtlichen Regeln über Wahl, Amtsinhalt und Amtsdauer beschäftigt ist (vgl. die folgende Anmerkung), sondern mit den Rechtssetzungen durch die Magistratur. Kennzeichnend ist, daß in dieser Zeit das *ius publicum* neben dem *ius privatum* als Kenntnis- oder Werkschwerpunkt eines

Daher ist die Magistratur ihrer Form nach eine Schöpfung des Rechts, insbesondere des *ius gentium* und des *mos maiorum*, der universalen und partikularen menschlichen Vernunft. Sie ist insofern wie das Privatrecht eine Einrichtung des Rechts. Auch das dafür kennzeichnende Wort *instituta* fehlt nicht. Beide Rechtsgebiete beruhen für das klassische Denken auf menschlichen Einrichtungen, auf menschlichem *instituere*⁷⁰. Die Zwecke, die von beiden Bereichen verfolgt werden, sind die spezifisch menschlichen des Eigennutzes, aber in den Formen des Rechts und unter den Werten der Zivilisation.

Da im Kern auch der bestgeordneten Herrschaftsform ein natürlicher Mensch steht, ist es nie ausgeschlossen, daß die „tierische“ Naturseite der Gewalt trotz aller beschränkenden Rechtsregeln hervorbricht. Es entspricht daher ganz dem Modell, das er in seiner Jugend kennengelernt hat, wenn Cicero in sehr persönlichen, eigenen Erfahrungen entnommenen Äußerungen denjenigen, der in der Herrschaft die ihn begrenzenden Regeln beiseiteschiebt und zerstört, in letzter Linie als ein Tier in Menschengestalt empfindet und dem Totschlag eines natürlichen Widerstandsrechts preisgibt⁷¹.

Juristen begegnet. Vgl. etwa zu Tubero *Pomponius* lb sg enchiridii D 1,2,2,46 und *P. Krüger*, Geschichte der Literatur und Quellen des römischen Rechts (21912) 75.

⁷⁰ Livius, der ganz aus der geistigen Kultur kommt, die für die Redekunst von Cicero und für das Recht von Servius Sulpicius repräsentiert wird, und der schon die Gründung der Stadt Rom ganz in den Farben des skeptischen, gleich im Text näher zu betrachtenden Staatsgründungsmythos geschildert hatte (*Livius* I 8, 1/2: *vocata ... ad concilium multitudine quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit* [sc. *Romulus generi hominum agresti*]), hat die Gelegenheit nicht vorbegehen lassen, die klassische Rechtsentstehungslehre auch in ihren näheren Einzelheiten in einer Rede, die er für den Volkstribunen Canuleius komponiert hat, zu verarbeiten. *Livius* IV 4 1–4: *At enim nemo post reges exactos de plebe consul fuit. Quid postea? Nullane res nova institui debet, et quod nondum est factum – multa enim nondum sunt facta in novo populo –, ea, ne si utilia quidem sunt, fieri oportet? Pontifices, augures Romulo regnante nulli erant; ab Numa Pompilio creati sunt. Census in civitate et discriptio centuriarum classiumque non erat; ab Servo Tullio est facta. Consules numquam fuerant; regibus exactis creati sunt. Dictatoris nec imperium nec nomen fuerat; apud patres esse coepit. Tribuni plebis aediles, quaestores nulli erant; institutum est ut fierent. Decemviros legibus scribendis intra decem hos annos et creavimus et e re publica sustulimus. Quis dubitat, quin in aeternum urbe condita, in immensum crescente, nova imperia, sacerdotia, iura gentium hominumque instituantur.* Für das Privatrecht vgl. nur *Hermogenian* 1 iur epit D 1,1,5 *Ex hoc iure gentium ... commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt.* Der Ausgangspunkt der so erfolgreichen Worte *institutio, instituta* liegt in dem schon zitierten Gegensatz *natura – institutio/instituta*, den Cicero, *Topica* 23, 90 als Quintessenz der klassischen Rechtsquellenlehre zitiert.

⁷¹ Vgl. die Anwendung der entsprechenden Lehre über das Verhältnis von Tyrannis und Rechtsordnung, wie wir sie in Ciceros Jugendschrift und einer Rede finden (*de inventione* I 53, 102: *tyrannicum factum esse dicamus per vim manum opulentiam; quae res ab legibus et ab aequabili iure remotissima sit; de lege agraria* III 2, 5: *in civitatibus tyrannis institutis leges omnes extinguantur atque tollantur*), in zwei auf Caesar gemünzten Bemerkungen aus der Spätschrift *de officiis*. In der ersten Bemerkung, in welcher der kurz vorher ermordete Caesar namentlich genannt ist, ähnelt der verstorbene Dikator ein wenig dem Menschen des Urzustandes, den zur Gleichheit zu überreden besonders schwer ist, weil er die anderen kraft seiner Natur überragt: *Cicero, de officiis* I 8, 26 *quod enim est apud Ennium, nulla sancta*

9. Der Eigennutz als Motiv der Rechtsbildung

Diese Klärungen lassen das *imperium*, das unter der Kategorie der *naturalis aequitas* Theorie und Praxis des klassischen Edikts beherrscht, aus der Kategorie des *ius naturale* hervorstechen und geben so der Übereinstimmung zwischen der letzten Gestalt der klassischen Rechtstheorie, wie sie in den Institutionen Ulpian's vorliegt (als dem letzten großen Vertreter der klassischen Linie, die von Servius über Labeo, Proculus, Celsus bis zu Ulpian reicht), und ihrem Vorbild in der *ratio iuris*, die uns Cicero mitteilt, eine deutliche Kontur. Die Art und Weise, in der dieses Rechtsbild auf den mit großer Nüchternheit beobachteten menschlichen Nutzen gegründet wird, rundet dieses Ergebnis ab.

Es ist allbekannt, daß Ulpian in seinen Institutionen das Recht in seinen beiden Aspekten, dem *ius publicum* und dem *ius privatum*, auf die Zweckmäßigkeit zurückführt, auf die *utilitas*. Das öffentliche Recht diene dem Nutzen des Ganzen, der Erhaltung und Sicherung des Gemeinwesens, das Privatrecht dem Nutzen des Einzelnen⁷². Die klassische *ratio iuris*, die ebenfalls *ius privatum* und *ius publicum* unterscheidet, sagt in der Sache nichts anderes. Die Rechtsregeln ihres *ius humanum*, ihrer in Natur und Norm zerfallenden *aequitas*, erfüllen grundlegende menschliche Bedürfnisse, wenn sie einerseits das Leben nach einer bestimmten, klar definierten Regel schützen, andererseits den Güteraustausch und die Vergeltung gewährleisten⁷³.

societas nec fides regni est', id latius patet. nam quidquid eiusmodi est, in quo non possint plures excellere, in eo fit plerumque tanta contentio, ut difficillimum sit servare sanctam societatem. declaravit id modo temeritas C. Caesaris, qui omnia iura divina et humana pervertit propter eum, quem sibi ipse opinionis errore finxerat principatum. est autem in hoc genere molestum, quod in maximis animis splendidissimisque ingeniis plerumque existunt honoris, imperii, potentiae, gloriae cupiditates. 27 quo magis cavendum est, ne quid in eo genere peccetur. In der zweiten Äußerung bricht der Haß gegen den Zerstörer der republikanischen Verfassung für jeden, der lesen kann, ungehemmt hervor (III 6, 32): *nulla est ... societas nobis cum tyrannis et potius summa distractio est, neque est contra naturam spoliare eum, si possis, quem est honestum necare, atque hoc omne genus pestiferum atque impium ex hominum communitate exterminandum est. etenim, ut membra quaedam amputantur, si et ipsa sanguine et tamquam spiritu carere coeperunt et nocent reliquis partibus corporis, sic ista in figura hominis feritas et immanitas beluae a communi tamquam humanitatis corpore segreganda est.* Abweichend, aber nicht minder eindrucksvoll verwendet Cicero die Fesselung des Tierischen im Menschen durch die Regeln des Rechts in Bezug auf seinen Feind Clodius, der durch ein vom Konsul Caesar veranlaßtes formelles Arrogationsgesetz, das ihm den Übertritt zum Plebejat gewährte, „entfesselt“ wurde (Cicero, pro Sestio 7, 16 *Hanc taetram immanemque beluam, vinctam auspiciis, adligatam more maiorum, constrictam legum sacrarum catenis, solvit subito lege curiata consul*).

⁷² Ulpian 1 institutionum D 1,1,1,2 *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* Der Text ist gewiß tralatizisch. Nur daß Ulpian von *res Romana* statt von *res publica* spricht, dürfte eine Konzession an den Prinzipat darstellen.

⁷³ Cicero, Part. orat. 37, 130 *Aequitatis autem vis est duplex: cuius alter directra veri et iusti et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae perit; quod in beneficio gratia, in iniuria poenitio nominatur. Atque haec communia sunt*

Der Nutzen ist ganz empirisch-anthropologisch definiert. Das Recht ist nach dieser Lehre um menschlicher Zwecke willen geschaffen, also ganz so, wie es der eigentliche Urheber der klassischen Rechtslehre Karneades einst in Rom seinen Hörern auseinandergesetzt hat.

Cicero de re publica III 12, 21 (Lact. inst. 5, 16. 2–4)

Carneades: iura sibi homines pro utilitate sanxisse, scilicet varia pro moribus, et apud eosdem pro temporibus saepe mutata, ius autem naturale esse nullum: omnes et homines et alias animantes ad utilitates suas natura ducente ferri. (*Karneades: die Menschen haben die Rechtsregeln für sich nach Zweckmäßigkeit in Geltung gesetzt, und zwar verschieden nach ihren Gewohnheiten, und auch in der Weise, daß sie bei denselben Menschen oft verändert wurden. Ein Naturrecht gibt es nicht. Alle, sowohl die Menschen als auch die Lebewesen sonst (!), werden durch die Natur, die sie führt, in Richtung ihrer Zwecke bewegt.*)

Was Cicero oder genauer: aus ihm der Kirchenvater Laktanz hier zitiert, sind Auszüge aus der berühmten Rede von 156 v. Chr., in der Karneades die selbstgerechte Naturrechtsgläubigkeit der römischen Führungsschicht zu zerstören versuchte, und zwar, wenn wir die weitere Entwicklung der römischen Rechtsentwicklung betrachten, am Ende mit fast durchschlagendem Erfolg. Und zur Erinnerung sei bemerkt, daß diese Lehre, nachdem sie in ihrer näher ausgeführten Form vom treuen Karneades-Schüler Kleitomachos aufgezeichnet worden war, durch die philosophische Rhetorik in Rom eindrang und von ihr ins Römische übersetzt wurde, und zuletzt mit Philon von Larissa, dem Schüler des Klitomachus, in Rom mit solchem Erfolg auftrat, daß die bedeutendsten Schüler der philosophischen Rhetorik Cicero und Servius Sulpicius Rufus von ihr auf Dauer geistig geprägt wurden, und der letztere durch sie zum Reformator der römischen Rechtswissenschaft wurde.

Der letzte Satz des Fragments verweist auf das von Ulpian bewahrte *ius naturale*, demzufolge alle Lebewesen, Menschen wie Tiere, unter den ihrer Erhaltung

naturae atque legis. (Die Bedeutung der rechtlichen Regel ist eine doppelte. Die eine Bedeutung von ihr ist die Richtschnur des Wahren und Rechten und wird, wie man sagt, unter dem Prinzip des Gerechten und Guten verteidigt. Die andere bezieht sich auf das Wechselverhältnis des Abstattnen von „Dank“, was bei Wohltaten [wirklich] Dank, und bei Unrechtstaten Strafe genannt wird. Und diese beiden Bedeutungen gelten sowohl für die Natur wie für die Norm.) Der Gegensatz läßt noch den alten aristotelischen Unterschied zwischen zuteilender und ausgleichender Gerechtigkeit erkennen. Nur ist er dahin radikalisiert, daß die zuteilende Gerechtigkeit primär die Natur selbst ist, die den Menschen ausstattet. Daher liegt der Grundgegensatz in dem Unterschied zwischen Selbstbehauptung und austauschender „Vergeltung“, eine Entgegensetzung, die Cicero am Ende noch einmal zusammenfassend aufnimmt (37, 131: *de propulsanda iniuria, de ulciscenda*). Zu den Prinzipien, unter denen sich der Mensch (und sein Gemeinwesen) behaupten als das, was sie sind, gehört daher auch die naturalistische Selbstverteidigung. Das entscheidet auch für die Lesung Topica 23, 90 *Natura partes habet duas, tuitionem sui [statt tributionem sui cuique] et ulciscendi ius (Die Natur hat zwei Elemente, den Schutz seiner selbst und das Recht der „Vergeltung“.)* Diese Lesung wird im übrigen endgültig dadurch bestätigt, daß das *suum cuique tribuere* nach klassischer Lehre zur freien Ethik gehört, nicht zum Recht. Vgl. u. S. 64 ff. Das klassische Verhältnis zwischen der natürlichen und der rechtlichen Selbstbehauptung und dem Recht der „Vergeltung“ bedürfte im übrigen einer genauen Analyse. Ein „Racherecht“ enthält weder das eine noch das andere Recht. Vgl. *Alfenus* 2 digestorum D 9,2,52,1.

dienenden Geboten der Natur leben. Es ersetzt und widerlegt das spekulative stoische Naturrecht, das die Menschen mit den Göttern in Gemeinschaft sieht (und von den Tieren scharf trennt) und daher auch in der menschlichen Gesellschaft mit dem Walten göttlicher Naturrechtsprinzipien rechnet.

Aber nicht nur die soziobiologischen Instinkte, auch das übrige Recht ist wie bei Ulpian von der *utilitas* beherrscht. Alles was der Mensch als Rechtsregel sanktioniert, dient den Zwecken des Einzelnen oder des Gemeinwesens. Daß menschliche Verständigkeit (*sapientia*) auf beiden Ebenen das jeweilige konkrete Interesse zu verwirklichen sucht, gilt, wie Karneades an anderer Stelle ausdrücklich hervorhebt, sowohl für die privaten Einzelnen wie für die staatlichen Völker: Das Grundprinzip ist in beiden Fällen das gleiche (*eadem est ratio iuris in utroque*)⁷⁴.

Das ist pointiert desillusionierend formuliert und auch nicht frei von provokativer Zuspitzung. Vom spezifisch menschlichen *ius commune*, welches als allgemeingültiges Recht das den Menschen angehende *ius naturale* mit den Regeln des *ius gentium* verbindet, ist in dem obigen Zitat ebensowenig die Rede wie von der *naturalis aequitas*, deren ebenfalls allgemeingültige, menschlich-zivilisatorische Werte das *imperium* zu gewährleisten hat. Dieses Verschweigen erklärt sich aber zureichend aus dem polemischen Zweck der Rede von 156 v. Chr. Karneades ging es um die Leugnung des spekulativen Naturrechts. Daher stellte er die Wandelbarkeit der *mores*, des jeweiligen *ius proprium*, heraus und reduzierte die Gebote der Natur auf die am Menschen beobachtbaren Instinkte. Die Beschreibung der Regeln des *ius gentium* und der *naturalis aequitas* hätten, da auf universale Geltung berechnet, die Wirkung des Arguments geschwächt. Diese Regeln haben, da Karneades ihre Möglichkeit aus der menschlichen Natur ableitet, sogar durchaus eine gewisse Ähnlichkeit mit Naturrecht. Der Unterschied zwischen dem stoischen Naturrecht, das an eine überall von göttlichen Rechtsprinzipien durchwirkte Natur glaubt, und der skeptischen *naturalis aequitas*, welche sorgfältig differenzierte, im menschlichen Bewußtsein nachgewiesene, keimhafte Anlagen zum Recht meint, ist zwar kategorial gesehen und auch in der Wirkung sehr groß, kann aber gleichwohl in konkreten Anwendungen leicht verschwimmen.

Man tut im übrigen, wie noch bemerkt sei, gut daran, sich betreffs des Philosophen Karneades vor verbreiteten Vorurteilen zu hüten. Kein geringerer als der Kirchenvater Laktanz hat die im Jahre 156 in Rom vorgetragene Kritik an der damals herrschenden Gerechtigkeitsidee als überzeugend anerkannt, weil die Formeln, die damals durch die Stoa in Rom verbreitet worden waren, ein großes

⁷⁴ Vgl. Philus, den Vertreter des Standpunktes des Karneades bei Cicero, de re publica III 15, 24 *sapientia iubet augere opes, amplificare divitias, proferre fines ... quid igitur efficitur si sapientiae pareas? divitiae ... vel privatis vel populis. sed quoniam de re publica loquimur sunt <que> inlustriora quae publice fiunt, quoniamque eadem est ratio iuris in utroque, de populi sapientia dicendum puto.* 18, 28: *Quod in singulis, idem est in populis: nulla est tam stulta civitas, quae non iniuste imperare malit quam servire iuste.* Zu dem Gegensatz zwischen dem skeptischen und dem stoischen Begriff des *sapiens* vgl. meinen Beitrag, Staatsrecht und Philosophie in der ausgehenden Republik – oder zur Bedeutung des Mottos „philosophari se velle, sed paucis“, in: SZ Rom. Abt. 100 (1983) 458–484.

Stück Heuchelei in der römischen Eroberungspolitik gebracht hatten⁷⁵. Der große kaiserzeitliche Rechtslehrer und Ciceronianer Quintilian, der wie sein Vorbild überzeugt war, daß es Redekunst ohne gründliche philosophische und rechtliche Kenntnis nicht geben könne⁷⁶, bemerkt mit Recht, daß die Akademiker, auch wenn sie die Gewohnheit hätten, alle Gegenstände nach ihren zwei Seiten zu erörtern, sich doch für ihre Lebensführung für eine Seite entschieden, und Carneades, der im Jahre 156 am ersten Tage für, am zweiten Tage gegen die Gerechtigkeit gesprochen habe, darum selbst nicht weniger ein rechtlicher Mann gewesen sei; die Technik der Erörterung nach den zwei Seiten einer Sache diene nicht der Beliebigkeit, sondern der Klärung⁷⁷. Man darf daher die akademischen Skeptiker nicht mit den Pyrrhoneern, den radikalen Skeptikern, verwechseln. Von Pyrrhon bemerkt Quintilian spöttisch, daß bei ihm nicht einmal klar sei, ob es die Richter, vor dem, den Angeklagten, für den, und den Senat, in dem man spreche, überhaupt gebe⁷⁸. Das Denken der akademischen Skepsis erhebt dagegen die körperlichen und institutionellen Gegenstände der Welt, wenn sie sich gegenüber der prüfenden Betrachtung als wahrscheinlich erwiesen haben, zu Tatsachen des menschlichen Lebens, mit denen man beim praktischen Handeln rechnen kann und muß.

⁷⁵ Vgl die Einleitungsworte des obigen Zitats *Lactanz*, *Inst.* 5,16,2 (vgl. *Cicero*, *de re publica* 12, 21) *Carneades ergo, quoniam erant infirma quae a philosophis adsebantur, sumpsit audaciam refellendi, quia refelli posse intellexit. eius disputationis summa haec fuit ...* (der hier ausgesparte Text findet sich oben S. 49 im Text) *proinde aut nullam esse iustitiam aut si sit aliqua, summam esse stultitiam, quoniam sibi noceret alienis commodis consulens. et inferebat haec argumenta: omnibus populis qui florerent inperio, et Romanis quoque ipsis qui totius orbis potirentur, si iusti velint esse, hoc est si aliena restituant, ad casas esse redeundum et in egestate ac miseriis iacendum.* Die *iustitia* ist in dieser Argumentation von der *aequitas* genau zu unterscheiden. Die *iustitia* ist das widerlegte Naturrecht, deren Grundregel *suum cuique tribue* Naturkraft abgesprochen wird und der freien Ethik zugewiesen wird. *Cicero*, *de re publica* III 11, 18 *nihil habet igitur naturale ius; ex quo illud efficitur, ne iustos quidem esse natura ... esse enim hoc boni viri et iusti, tribuere id cuique quod sit quoque dignum.* Vgl. zur klassischen Ethik noch gleich u. S. 64 ff.

⁷⁶ *Quintilian* widmet der Notwendigkeit einer philosophischen Kultur des Redners einen ganzen Abschnitt (XII 2) und sagt über Cicero zutreffend XII 2, 23 *nam M. Tullius non tantum se debere scholis rhetorum quantum Academiae spatiis frequenter ipse testatus est* (vgl. *Cicero*, *Orator* 3, 12).

⁷⁷ *Quintilian* XII 1, 35 *neque enim Academici, cum in utramque disserunt partem, non secundum alteram vivent, nec Carneades ille, qui Romae audiente censorio Catone non minoribus viribus contra iustitiam dicitur disseruisse quam pridie pro iustitia dixerat, iniustus ipse vir fuit. verum et virtus quid sit adversa ei malitia detegit, et aequitas fit ex iniqui contemplatione manifestior, et plurima contrariis probantur.*

⁷⁸ *Quintilian* XII 2, 24 *Pyrrhon quidem quas in hoc opere (der Redekunst) habere partis potest? cui iudices esse, apud quos verba facit, et reum, pro quo loquatur, et senatum, in quo sit dicenda sententia, non liquebit.* Die skeptische Akademie wird dann als die Schule genannt, die dem Redner nach allgemeiner Meinung die nützlichste ist.

II.

Die Entstehung der Rechtsordnung: Die Erweckung der in der Natur des Menschen steckenden Möglichkeiten und der Beginn der Gewohnheit des Rechts

1. Die mythische Überredung der Menschen zur Zivilisation

Der Übergang in die „Gewohnheit des Rechts“ geschieht nach der klassischen Rechtslehre dadurch, daß die in den Menschen schlummernden Fähigkeiten geweckt werden und feste Vorstellungen über Recht in ihr Bewußtsein eingepflanzt werden, und zwar von einem mythischen Redner, der diese Fähigkeiten wahrgenommen und eine auf sie zugeschnittene Lehre bereits ausgebildet hatte. Was er entdeckt und erarbeitet hatte, war Inhalt seiner Lehre⁷⁹.

Cicero berichtet uns von diesem Mythos zum ersten Mal zu Anfang seiner Jugendschrift *de inventione*. Es sind Ausführungen, wahrscheinlich mitinspiert von den Vorträgen, die der junge Cicero im Jahre 88 von Philon von Larissa, dem schon erwähnten Lehrer und (als Enkelschüler des Karneades) Haupt der skeptischen Akademie, in Rom gehört hatte⁸⁰. Und so wie er dieser Schule treu geblieben ist, so faßte Cicero in seiner späten Schrift *de oratore*, die seine Jugendschrift ersetzen sollte, das, was er in seinen Anfängen wortreich und anschaulich ausgeführt hatte, in knappen Worten noch einmal zusammen⁸¹ und verwendet es auch

⁷⁹ Es gilt Quintilian VII 10, 10 *homines ante invenisse artem quam docuisse*. Für den gleichen Gedanken in dem gleich zu betrachtenden, die ‚Gewohnheit des Rechts‘ stiftenden Gründungsmythos: Cicero, *de inventione* I 2, 3 *qui tandem fieri potuit, nisi homines ea quae ratione invenissent eloquentia persuadere potuissent?*

⁸⁰ Vgl. Philippon, in: RE (1939) s.v. Tullius Sp. 1104 f.; vgl. bereits oben S. 24 ff.

⁸¹ Vgl. insbesondere Cicero, *De oratore* I 8, 33 ... *quae vis alia potuit aut dispersos homines unum in locum congregare aut a fera agrestique vita ad hunc humanum cultum civilemque deducere aut iam constitutis civitatibus leges iudicia iura describere?* (34) *sic enim statuo, perfecti oratoris moderatione et sapientia non solum ipsius dignitatem, sed privatorum plurimorum et universae rei publicae salutem maxime contineri. (Welch' andere Macht hätte die verstreuten Menschen an einem einzigen Ort versammeln, von dem Leben in der Wildnis zu dieser wahrhaft menschlichen und bürgerlichen Lebensform überführen oder nachdem die Staaten gegründet waren, Gesetze, Gerichtsordnungen und Rechtsregeln niederschreiben können? Dies nämlich behaupte ich, daß in der maßvollen Weisheit des vollkommenen Redners nicht nur seine eigene Würde, sondern auch das Heil der Mehrheit der Privatmenschen und des gesamten Gemeinwesen vor allem beschlossen ist.)* Die Schrift *de Oratore* bezeichnet Cicero als Rückkehr (I 1, 2) „zu den Künsten, denen wir von Jugend an zugetan waren“ (*ad eas artis, quibus a pueris dediti fuimus*) und vor allem als ein Ersatz für die damaligen in der Schrift *de inventione* auf Latein publizierten Vorlesungsmitschriften (vgl. I 3, 5: *quae pueris aut adolescentulis nobis ex commentariolis nostris incohata ac rudia exciderunt, vix sunt hac aetate digna*). Die Verbesserungen betreffen die Form. In der Sache hält er an der stolzen Auffassung der philosophischen Rhetorik fest, daß, wie er den Mucius augur die obigen Worte des ihn, Cicero, präfigurierenden Licinius Crassus resümieren läßt, die Redner, also diejenigen, welche die Sprache des zivilisierten Zusammenlebens sprechen können, die Staaten gründen und erhalten (I 9, 35): *quod ab oratoribus civitates et initio constitutas et saepe conservatas esse dixisti*.

einmal in beeindruckender Weise in einer Rede⁸². Hier manifestiert sich die gleiche (durch historische Dauerwirkungen belohnte) Treue und Beharrlichkeit, wie sie auch sein Freund und Studiengenosse Servius Sulpicus Rufus an den Tag gelegt hat. Denn wie Servius Sulpicius diese Lehre in seinen Ediktcommentar übernahm und so der Folgezeit vermittelte, so Cicero in seinen rhetorischen Schriften.

Cicero, de inventione I 2

2 Ac si volumus huius rei quae vocatur eloquentia, sive artis sive studi sive exercitationis cuiusdam sive facultatis ab natura profectae considerare principium, reperiemus id ex honestissimis causis natum atque optimis rationibus profectum. nam fuit quoddam tempus cum in agris homines passim bestiarum modo vagabantur et sibi victu fero vitam propagabant, nec ratione animi quicquam, sed pleraque viribus corporis administrabant; nondum divina reli-

⁸² Cicero, pro Sestio 42, 91 Quis enim vestrum, iudices, ignorat ita naturam rerum tulisse ut quodam tempore homines nondum neque naturali neque civili iure descripto fusi per agros ac dispersi vagarentur, tantumque haberent quantum manu ac viribus per caedem ac vulnera aut eripere aut retinere possunt? Qui igitur primi virtute et consilio praestanti (scrib.: praestantes) exstiterunt, ii perspecto genere humanae docilitatis atque ingenii dissipatos unum in locum congregarunt eosque ex feritate illa ad iustitiam atque ad mansuetudinem transduxerunt. Tum res ad communem utilitatem, quas publicas appellamus, tum conventicula hominum, quae postea civitates nominatae sunt, tum domicilia coniuncta, quas urbes dicimus, invento et divino iure et humano moenibus saepserunt. 92 Atque inter hanc vitam perpolitam humanitate et illam immanem nihil tam interest quam ius atque vis. Horum utro uti nolumus, altero est utendum. Vim volumus extinguere, ius valeat necesse est, id est iudicia, quibus omne ius continetur; iudicia displicent aut nulla sunt, vis dominetur necesse est. (Wer von euch, ihr Richter, wüßte nicht, daß es die Natur der Dinge mit sich gebracht hat, daß die Menschen, als sie noch nicht von Natur- und Bürgerlichem Recht geordnet waren, über die Feld verstreut und ohne Zusammenhang herumstreiften, und nur so viel besaßen, wie sie mit handgreiflicher Gewalt durch Totschlag und Körperverletzungen entweder anderen entreißen oder festhalten konnten? Wie dann die ersten durch Tugend und Einsicht Ausgezeichneten auftraten, da haben diese, nachdem sie die Beschaffenheit der menschlichen Gelehrigkeit und Begabung durchschaut hatten, die verstreuten Menschen an einem Ort versammelt und sie aus jener Wildheit zu Gerechtigkeit und Gesittung geführt. Damals haben sie die auf den Gemeinnutz bezogenen Einrichtungen, die wir Gemeinwesen nennen, die Zusammenkünfte der Menschen, die später Staaten genannt wurden, die in geschlossener Bauweise verbundenen Häuser, die wir Städte nennen, durch Mauern gesichert, nachdem sie zuvor die Regeln des göttlichen und menschlichen Rechts gefunden hatten. 92. Und der Unterschied zwischen diesem durch Menschlichkeit durch und durch zivilisierten Leben und jenem ungeschlachten wird durch nichts so deutlich wie durch den Unterschied zwischen Recht und Gewalt. Nach beiden Prinzipien wollen wir nicht leben, sondern nach einem von beiden. Wir wollen die Gewalt austilgen. Dann ist nötig, daß das Recht gelte, das heißt die Gerichte, durch die alles Recht in Geltung gehalten wird. Wenn die Gerichte nicht geachtet werden oder fehlen, dann wird notwendig die Gewalt herrschen.) Das normative *ius naturale* am Anfang dieses Textes ist nicht das Naturrecht der Stoa, das das Menschengeschlecht an seinem Anfang in einer ungetrübten Gemeinschaft mit den in der Natur wirkenden Göttern sieht, sondern das erst mit dem Übertritt in die Zivilisation formulierte, die Naturanlagen des Menschen zum Recht nutzende *ius gentium*. Vgl. nur *Hermogenian* 1 iuris optimorum D 1,1,5. Hervorhebenswert ist die Betonung der Gerichte in dieser Theorie, die hier besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Denn sie erklärt, warum das klassische Rechtssystem über das Edikt durchgesetzt wurde, d. h. durch eine magistratische Bekanntgabe, die im Kern nichts anderes war als eine umfassende und ausdifferenzierte Ordnung der Gerichte, die das Recht, mit dem der Bürger und der in der Rechtsordnung lebende Mensch rechnen konnte, gewährleisteten.

gionis, non humani officii ratio colebatur, nemo nuptias viderat legitimas, non certos quisquam aspexerat liberos, non ius aequabile quid utilitatis haberet, acceperat. ita propter errorem atque insipientiam caeca ac temeraria dominatrix animi cupiditas ad se explendam viribus corporis abutebatur, perniciosissimis satellitibus. Quo tempore quidam magnus videlicet vir et sapiens cognovit quae materia esse et quanta ad maximas res opportunitas in animis inesset hominum, si quis eam posset elicere et praecipiendo meliorem reddere; qui dispersos homines in agros et in tectis silvestribus abditos ratione quadam compulit unum in locum et congregavit et eos in unam quamque rem inducens utilem atque honestam primo propter insolentiam reclamantes, deinde propter rationem atque orationem studiosius audientes ex feris et immanibus mites reddidit et mansuetos.

3. Ac mihi quidem videtur hoc nec tacita nec inops dicendi sapientia perficere potuisse, ut homines a consuetudine subito converteret et ad diversas rationes vitae traduceret. Age vero, urbibus constitutis, ut fidem colere et iustitiam retinere discerent et aliis parere sua voluntate consuescerent ac non modo labores excipiendos communis commodi causa, sed etiam vitam amittendam existimarent, qui tandem fieri potuit, nisi homines ea quae ratione invenissent eloquentia persuadere potuissent? Profecto nemo nisi gravi ac suavi commotus oratione, cum viribus plurimum posset, ad ius voluisset sine vi descendere, ut inter quos posset excellere, cum eis se pateretur aequari et sua voluntate a iucundissima consuetudine recederet quae praesertim iam naturae vim obtineret propter vetustatem.

(2. Wenn wir nun die Herkunft der Sache, die Redekunst genannt wird, näher betrachten wollen, sei sie nun eine Kunstlehre, eine Bemühung, eine gewisse Praxis oder eine von der Natur ausgehende Fähigkeit, so werden wir finden, daß sie aus den achtbarsten Ursachen entstanden und aus den vortrefflichsten Gründen fortentwickelt worden ist. Denn es gab einst eine Zeit, in welcher die Menschen auf den Feldern ohne jede Ordnung nach Art der Tiere umherstreiften und ihr Leben in primitiver Weise fristeten und noch nichts mit den Mitteln ihres Denkvermögens, sondern das meiste durch Körperkraft ordneten: Es wurde weder die Lehre der die Götter verehrenden Religion noch die der zwischen Menschen geltenden Pflichten gepflegt. Niemand hatte je eine rechtmäßige Ehe gesehen, niemand hatte auf ihm gewiß zugeordnete Kinder geblickt noch gelernt, wie nützlich ein für alle gleiches Recht sei. Daher mißbrauchte aus Irrtum und Unwissenheit die Begierde, diese blinde und rücksichtslose Beherrscherin der Vernunft, zu ihrer Selbstverwirklichung die Kräfte des Körpers, diese höchst gefährlichen Waffengefährten. Zu dieser Zeit erkannte ein Mann, gewiß ein bedeutender und einsichtsvoller, was für Stoff und was für Möglichkeit zu den bedeutendsten Dingen im Denken und Fühlen der Menschen enthalten sei, wenn sie nur jemand hervorlocken und durch Unterweisung veredeln könne. Dieser brachte die auf den Feldern verstreuten und in dichten Wäldern versteckten Menschen unter einem Vorwand an einem Ort zusammen, versammelte sie und machte sie, indem er sie in ein jedes nützliche und zugleich achtbare Verhältnis einführte, nachdem sie zunächst wegen des ungewohnten Vorgangs wider ihn schrien, darauf aber aufgrund des vernünftigen Inhalts und der schönen Form seiner Rede immer aufmerksamer zuhörten, aus tierischen und ungeschlachten Wesen sanft und freundlich.

3. Und nach meiner festen Überzeugung hätte eine schweigende oder der Rede nicht fähige Weisheit nicht vermocht, die Menschen plötzlich von ihrer bisher gewohnten Daseinsform abzubringen und in eine von ganz anderen Prinzipien beherrschte Lebensweise hinüberzuführen. Man bedenke doch: Daß die Menschen nach der Gründung von Städten lernten, die Vertragstreue zu achten und Gerechtigkeit zu wahren, daß sie sich angewöhnten, anderen aus freien Stücken zu gehorchen, und es richtig fanden, um des gemeinen Nutzens willen nicht nur Mühen auf sich zu nehmen, sondern auch ihr Leben aufs Spiel zu setzen, wie hätte denn das geschehen können, wenn nicht Menschen von dem, was sie kraft Vernunft gefunden hatten, die anderen durch die Kunst der Rede hätten überzeugen können? Ganz gewiß hätte niemand, der durch seine Körperkräfte fast alles vermochte, zu dem Willen bestimmt werden können, gewaltlos in den Rechtszustand überzutreten, wenn er nicht durch eine ebenso gewichtige wie verlockende Rede dazu gebracht worden wäre, hatte das doch die Folge, daß er es zulassen mußte, mit denen gleichgestellt zu werden, unter denen er eine führende Stellung

hätte haben können, und daß er aus freien Stücken von einer liebgewordenen Gewohnheit abgehen mußte, einer Gewohnheit, die durch ihr Alter schon die Kraft der Natur erlangt hatte.).

Was Cicero hier beschreibt, entspricht dem, was in der Neuzeit als Übergang vom Naturzustand in den Gesellschaftszustand bezeichnet werden sollte. Der Naturzustand ist dadurch geprägt, daß sich im Konflikt die körperliche Gewalt durchsetzt. Der Rechtszustand bringt die durch das Gemeinwesen gesicherte Herrschaft der für alle gleichen Regeln.

Im Vergleich zur Moderne fehlen Gesellschafts- wie Herrschaftsvertrag. Die Stelle nehmen jeweils tatsächliche Vorgänge ein. Das friedliche *convenire*, das sich im friedlichen Übergang zum Rechtszustand vollzieht, ist kein verfügbarer Vertrag, sondern genau das, was es sagt, eine Zusammenkunft. Erst der Erfolg der Rede erzeugt den Rechtszustand und gibt der Versammlung die rechtliche Form eines Volkes⁸³. Und auch die Herrschaft wird nicht in einem rechtsübertragenden Akt erzeugt, sondern verleiht dem, was die Natur als Herrschaft kennt, eine rechtliche Form. Der große Redner führt die Menschen aus ihrem schon zur Gewohnheit gewordenen religions- und rechtlosen Zustand heraus, weil er sie, nachdem er sie zusammengerufen hat, an dem zu packen weiß, was von Natur aus an Zivilisationsfähigkeit in ihnen steckt, an ihrer Fähigkeit, vernünftige Wahrheiten einzusehen und sich Werte, deren keimhaftes Vorhandensein in ihnen selbst sie anerkennen, zu eigen zu machen. So überzeugt der Redner die Menschen nicht nur allgemein von den Segnungen einer von *religio* und *aequitas* getragenen Rechtsordnung, sondern auch im einzelnen von den Vorzügen eines für alle gleichen Rechts (*ius aequabile*), und dies sowohl auf der Ebene formaler Rechtsinstitute wie der Ehe und der Kindschaft als auch auf der Ebene der Verhaltenswerte des natürlichen mitmenschlichen Rechts, einerseits des Gehorsams gegenüber dem gemäß der Rechtsordnung verfassungsmäßig berufenen Herrscher, andererseits der *fides* des Worthaltens.

Philosophiegeschichtlich gesehen ist der die Menschen belehrende Redner Ausdruck und Gleichnis des skeptisch gewordenen Platonismus. Die allgemeinen Begriffe stammen nicht mehr aus einem selbständigen Ideenreich, sondern aus der Erfahrung. Sie werden nicht mehr als Ordnungsformen einer höheren Sphäre „erinnert“, sondern aufgrund von Beobachtung und Analyse der Wirklichkeit als

⁸³ Vgl. Cicero, de re publica I 25, 39 *Est igitur ... res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensus et utilitatis communione sociatus. eius autem prima causa coeundi non tam imbecillitas quam naturalis quaedam hominum quasi congregatio; non est enim singulare nec solivagum genus.* Die Annahme einer gewissen Tendenz des Menschen zur Vergesellschaftung, die mit der Einordnung als einer Art Quasi-Herdentrieb wie soziobiologisch auftritt, entfernt sich nicht von den Kategorien der akademischen Skepsis. Mit dem von Cicero erzählten Mythos steht sie nicht in Widerspruch, da es für den Redner nicht schwer war, die Menschen zusammenzubringen. Cicero nennt, was ihm gelang, denn auch ein *congregare*. Daß der Redner die versammelten Menschen erst davon überzeugen mußte, daß es ein besseres Leben gibt, als dasjenige, mit dem sie bisher zufrieden waren, stimmt auch damit überein, daß nicht die Schwäche und Not (*imbecillitas*) es war, die sie zusammengeführt hat.

vernünftig und zweckmäßig eingesehen. An die Stelle der Hierarchie zwischen Ideenwelt und Empirie ist die Hierarchie zwischen dem einsichtsvollen Einzelnen und den übrigen getreten. Es ist seine Aufgabe, das, was *ratione inventa* ist, durch eine geeignete Rede zur allgemeinen Überzeugung zu machen. Die unter Menschen mögliche Wahrheit erzeugt nicht ein herrschaftsfreier Diskurs, sondern eine Rede, die zivilisierte Zustände in begrifflicher Form ausmalt und durch die Kraft der Überzeugung zum verbindlichen Modell erhebt. Da die Sprache das ist, was den Menschen von den Tieren unterscheidet, ist es nur folgerichtig, daß die Sprache es ist, die es erlaubt, ihn aus seiner Naturexistenz herauszuführen⁸⁴.

Die „Gewohnheit des Rechts“, die *consuetudo* in dem allgemeinen Sinn, in dem sie die Rechtsordnung trägt, zeichnet sich als Verheißung ab, ohne daß das Wort selbst hier schon fällt. Die Gewohnheit (*consuetudo*), die Cicero nennt und die wegen ihres Alters (*propter vetustatem*) bereits Naturkraft (*vis naturae*) erlangt hatte, ist vielmehr hier noch das manchen liebgewordene vorstaatliche Leben, in dem die Körperkraft entschied. Der gewalttätigste Mensch muß folgerichtig den größten Verzicht hinnehmen. Ihm gegenüber ist die Leistung der Redekunst die stärkste. Durch sie, durch das von ihr gehandhabte vernünftige Wort, wird der Mensch in die vom Redner geschilderte zivilisierte *ratio vitae* geführt. Es geht um einen Wechsel der *consuetudo*, um den Übertritt von einer Natur in die andere. Dazwischen liegt eine Zeit des Lernens und Eingewöhnens. Die Werte der Zuverlässigkeit und Gerechtigkeit müssen gelernt werden (*ut fidem colere et iustitiam retinere discerent*), ebenso muß der freiwillige Gehorsam gegenüber den Magistraten des Gemeinwesens eingeübt werden (*ut ... aliis parere sua voluntate consuescerent*). Der Mensch ist zu dieser Umstellung fähig. Denn er ist ganz modern gesehen. Er ist das „nicht festgestellte Tier“ (Gehlen).

Der Gesichtspunkt der *vetustas* fehlt bei der zweiten, die zivilisierte *ratio vitae* tragenden Gewohnheit nicht zufällig. Denn vernünftige Wahrheiten tragen ihre Geltungskraft in sich selbst. Sie werden durch Lernen und Einüben zu wirksamen Ordnungen, gewinnen aber durch Zeitablauf nicht an begrifflicher Geltungskraft. Auch der Mensch, der sich an sie gewöhnt hat, führt ihre Geltung auf ihre innere Vernünftigkeit zurück.

Anders ist das, wie wir gleich näher sehen werden, bei dem *ius proprium* des *mos maiorum*, das Sätze einführt, die nicht universal einsichtig sind. Für sie ist die Dauer der Befolgung ein spezifischer Geltungsgrund. Es ist lehrreich, daß die klassische Rechtstheorie insofern das Leben im Naturzustand und nach den Regeln des *mos maiorum* innerhalb der Zivilisation unter der Kategorie der langen, Verhaltensbeobachtung erlaubenden Dauer sieht. Der gemeinsame Nenner ist die

⁸⁴ Cicero, de inventione I 4, 5 *ac mihi quidem videntur homines, cum multis rebus humiliores et infirmiores sint, hac re maxime bestiis praestare, quod loqui possunt. quare praeclarum mihi quiddam videtur adeptus is, qui, quare homines bestiis praestent, ea in re hominibus ipsis antecellat*. Ebenso De oratore I 8, 32 *Hoc enim uno praestamus vel maxime feris, quod conloquimur inter nos et quod exprimere dicendo sensa possumus. quam ob rem quis hoc non iure miretur summeque in eo elaborandum esse arbitretur, ut, quo uno homines maxime bestiis praestent, in hoc hominibus ipsis antecellat?*

einfache Wahrheit, daß der Mensch sich auch Lebensformen zur Gewohnheit machen kann, die der Voraussetzung allgemein einsichtiger Vernünftigkeit nicht entsprechen. So wie der Mensch im Naturzustand sich daran gewöhnt hat, nach der vernunftwidrigen Regel des Stärkeren zu leben, so kann er auch im zivilisierten Zustand – dies die Quintessenz – durch Gewohnheit Regeln in Geltung setzen, die zu beachten ihm die Einsicht der allgemeinen menschlichen Vernunft nicht abfordert, die er aber zweckmäßig findet.

2. Die Naturanlagen des Menschen zum Recht

Die gleiche Rechtsquellenlehre, die der Staatsgründungsmythos der philosophischen Rhetorik gewissermaßen *in statu nascendi* vor Augen stellt, ist, wie weitere Texte der gleichen Herkunft zeigen, in systematischer Form mitgeteilt worden und vor allem von da aus zur Theorie des klassischen Rechts geworden.

Der erste Text gehört zum rhetorischen Streitstand der rechtlichen Qualifikation. Es ist der technische Ort, an dem die philosophische Rhetorik ihre auf die römischen Verhältnisse zugeschnittene Rechtstheorie stets mitzuteilen pflegt. Auch in den *Partitiones oratoriae* oder der *Topica* Ciceros finden sich die technischen Mitteilungen zur Theorie des Rechts unter dieser Kategorie⁸⁵.

Die Leugnung des Naturrechts des Carneades hatte, wie schon der Staatsgründungsmythos gezeigt hat, nicht besagt, daß der Mensch keine Naturanlage zum Recht hätte. Die Naturrechtskritik des Neugründers der skeptischen Akademie hat vielmehr zu einer komplexen Herleitung des Rechts geführt, in der verschiedene, spezifisch menschliche Naturanlagen unterschieden werden müssen. Wir beschränken uns für die Auswertung der folgenden Stelle, was das *ius humanum* betrifft, wieder auf die Naturanlage, welche die rechtsethische Grundlage der Verträge bildet. Sie reicht als Paradigma aus, um alle wesentlichen Fragen zu klären. Der für dieses Denken kennzeichnende Unterschied zwischen der Naturanlage

⁸⁵ Der Streitstand heißt in den beiden zuletzt genannten Werken Ciceros schon *status qualitatis*, Status der rechtlichen Qualifikation (vgl. *Part. orat.* 37, 129; 28, 100 *Topica* 23, 89f.). In der Jugendschrift *De inventione* I 11, 14f. ist es der Unterfall der *constitutio generalis*, die *constitutio negotialis* heißt, *in qua quid iuris ex civili more et aequitate sit, consideratur* (*civilis mos* und *aequitas* bezeichnen hier den Unterschied zwischen partikularem und allgemeinem Recht), d. h. die praktischen Fragen des positiven Rechts in den Blick genommen werden, wie sie im Rechtsstreit auftreten, im Unterschied zur *constitutio iuridicialis*, *in qua aequi et recti natura aut praemii aut poenae ratio quaeritur*, in der es in abstrakterer Form um rechtliche Grundfragen und um den Sinn öffentlicher Auszeichnungen und Strafen geht. Die Isolierung einer auf das praktische Recht beschränkten *constitutio negotialis* (*des Streitstandes des Geschäfts*) erinnert an die wenig geachtete Stellung des griechischen Sachwalters, des *πραγματικός*. Cicero bemerkt denn auch treffend im unmittelbaren Anschluß: *cui diligentiae praeesse apud nos iure consulti existimantur [a Graecis]*. Die Trennung zwischen bloß praktischen und höheren grundsätzlicheren Rechtsfragen paßt nicht auf den professionellen und geistig anspruchsvollen *iuriconsultus* Roms und ist offenbar deswegen von der philosophischen Rhetorik in Rom früh aufgegeben worden. Auch der *Auctor ad Herennium* II 13, 19 macht die Unterscheidung nicht, sondern spricht einfach von *iuridicalis constitutio*.

und der in der Zivilisation geltenden Regel, die ihr gegenübertritt und sie stärkt, wird uns im übrigen aber auch noch im Bereich des *ius divinum* näher beschäftigen.

Cicero, de inventione II 22, 65

ius ex quibus rebus constet, considerandum est. initium ergo eius ab natura ductum videtur, quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem approbata quaedam consuetudine aut vero utilia visa legibus est firmata. (Es ist zu betrachten, aus welchen Elementen das Recht besteht. Beginn und Anfang von ihm ist ersichtlich von der Natur abgeleitet, indem einige Regeln aus einem Zweckmäßigkeitsprinzip, das uns entweder unmittelbar einleuchtet oder das uns dunkel bleibt, zur rechtlichen Gewohnheit [zur Gewohnheit des Rechts] geworden sind⁸⁶. [Auch] später [in der weiteren Entwicklung] sind Rechtsregeln entweder durch besondere Gewohnheit [des *mos maiorum*] anerkannt oder aber, was nützlich schien, durch Gesetze in Kraft gesetzt worden.)

Die *ratio utilitatis* ist die alles beherrschende, von Karneades und Ulpian betonte menschliche Zweckmäßigkeit oder Nützlichkeit des Rechts. Daß diese Zweckmäßigkeit entweder evident vor Augen tritt oder undeutlich bleibt, bezeichnet im Rahmen der nicht schriftlichen, im übrigen die ‚Gewohnheit des Rechts‘ umfassenden *consuetudo* den schon beschriebenen (und noch weiter zu behandelnden) Gegensatz zwischen dem universalen, auf evidente Richtigkeit Anspruch machenden *ius commune* (zusammengesetzt, wie erinnerlich, aus dem soziobiologischen *ius naturale* und dem von der *naturalis aequitas* unterstützten *ius gentium* der *civilis aequitas*) und dem partikularen, auf den *mos maiorum* gestützten *ius proprium*, das dem *ius commune* entweder etwas hinzufügt oder hinwegnimmt. Solches *ius proprium* kann, wie der letzte Satz des Fragments sagt, auch durch Gesetze eingeführt werden. Wenn Cicero daher später am Ende seines Lebens in der schon zitierten Stelle als vollständige Einteilung des Rechts nennt (Topica 7, 31): si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat (wenn jemand das Recht in besondere Gesetze, das Gewohnheitsrecht und das überall gleiche Recht einteilt), hat er die gleiche umfassende Unterscheidung vor Augen, die er in seiner Jugend gelernt hatte: Denn die universale *aequitas* ist aus den Regeln des *ius commune* gebildet, die für alle Menschen gleiches und als vernünftig einsehbares Recht schaffen, Eigenschaften, die den Geboten des *ius proprium* fehlen.

Cicero, de inventione II 22, 65

ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem. 66 veritatem, per quam damus operam, ne quid aliter, quam confirmaverimus, fiat aut factum aut futurum sit 67 Ac naturae quidem iura minus ipsa quaeruntur ad hanc controversiam, quod neque in hoc civili iure versantur et a vulgari intelligentia remotiora sunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda. (Und von Natur aus ist Recht, was uns nicht die Überzeugung, sondern eine gewisse angeborene Kraft herbeibringt, wie Religion, Verantwortlichkeit für Nahestehende, Dankbarkeit, Vergeltung, Respekt, Wahrhaftigkeit. 66 Die Wahrhaftigkeit ist diejenige Kraft, unter deren Einfluß wir uns bemühen, daß nichts auf

⁸⁶ Die Unterscheidung bezieht sich, wie schon hier gesagt sei, auf den Gegensatz zwischen dem *ius gentium*, dessen Regeln rational einsehbarer Weise richtig sind, und den Regeln des *mos maiorum*, für die das nicht gilt.

andere Weise als so, wie wir es bestätigt haben, geschieht, geschehen ist oder geschehen wird. 67 Und die Rechtsprinzipien der Natur werden für diesen Streitstand [der rechtlichen Qualifikation eines Rechtsstreits] weniger herangezogen, weil sie im eigentlichen [das heißt dem in Regeln ausformulierten] bürgerlichen Recht nicht vorkommen und vom allgemeinen Verständnis recht weit entfernt sind. Für Analogien aber und zur ausführlichen Darlegung eines Gegenstandes sind sie häufig heranzuziehen.)

Um das Verhältnis von Natur und Überzeugung in diesem Text zu verstehen, muß man sich des mythischen Redners erinnern. Die Natur liefert in Gestalt menschlicher Anlagen, die entdeckt und ausgebildet werden wollen, die ethischen Grundlagen des Rechts. Sind diese Möglichkeiten erkannt und formuliert, bedarf es, um dieses Rechtliche zum Inhalt der Überzeugung zu machen, der Erziehung und Überredung, so wie es jener Redner vorgemacht hat.

Die *veritas*, die Wahrhaftigkeit, dient uns für das Gesagte als Beispiel. Denn die Wahrhaftigkeit ist die im Menschen aktivierbare Kraft, welche die Verträge zu halten gebietet. Als solche heißt sie *fides*⁸⁷ und in den klassischen Ediktcommentaren auch *fides humana*, als die Fähigkeit, das gegebene Wort im Vertragsrecht zu halten⁸⁸. Sie ist, wie der obige Text deutlich macht, beim Übergang zum Rechtszustand nur keimhaft vorhanden. Es ist Aufgabe der philosophischen Redekunst, die den Platz der Erziehung zur Kultur einnimmt, aus der keimhaft vorhandenen, in den Seelen der Menschen liegenden Naturanlage eine feste, inhaltlich bestimmte Überzeugung zu machen⁸⁹. Weil es Naturanlagen sind, die als solche nicht zu Regeln ausgeformt sind, wirken sie auch als Quellen der Rechtsfortbildung. In diesem Sinn spricht Cicero in der schon angeführten Stelle der *ratio iuris* im Hinblick auf das Verhältnis von Norm- und Naturseite des *ius humanum* (*aequitas*) von „offenen Quasiquellen des Rechts“ (*quasi aperti fontis aequitatis*).

Im erreichten Rechtszustand, der die Anlagen des Menschen zum Recht zugleich voraussetzt und kräftigt, werden, wie der folgende Text auseinandersetzt,

⁸⁷ Cicero, de officiis I 7, 23 *fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. ex quo, quamquam hoc videbit fortasse cuipiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem*. Die Etymologie folgt der skeptischen Wortausdeutungstechnik. Vgl. „Gesetz und Wortlaut“ (oben Anm. 1) 196 f. Die Distanz zu den Stoikern, deren naturrechtliche Gesellschaftslehre kurz vorher mitgeteilt worden war, ist bewußt (III 4, 20 *nobis autem nostra Academia magnam licentiam dat, ut, quodcumque maxime probabile occurrat, id nostro iure liceat defendere*).

⁸⁸ Vgl. oben Anm. 42.

⁸⁹ Cicero, Partitiones oratoriae 3,9 *Quoniam fides est firma opinio, motus autem animi incitatio aut ad voluptatem aut ad molestiam aut ad cupiditatem aut ad metum ... omnem conlocationem ad finem accommo dae quaestionis. Nam est in proposito finis fides, in causa fides et motus. (Da die Überzeugung eine festgegründete Meinung darstellt, die Seelenbewegung aber die Aufreizung zu Lust oder Unlust, zu Begehren oder Furcht ist, ordne ich den ganzen Aufbau der Rede dem Ziel der Streitfrage unter. Denn ins Auge gefaßt ist als Ziel die Überzeugung [der Hörer], im Rechtsstreit selbst geht es sowohl darum, die Hörer zu überzeugen als auch ihre Seelen in Bewegung zu bringen.)* Die Anthropologie ist die gleiche wie in der großen Überredung zur Zivilisation.

dann die verschiedenen Rechtsquellen zu unterscheiden sein. Ciceros in Stichworten vorgehendes Referat unterscheidet dabei in komplexer Weise einesteils das Gewohnheitsrecht im engeren Sinn von dem, was die ‚Gewohnheit des Rechts‘ an nicht schriftlichem Recht umfaßt, bezieht beides auf das Edikt, und unterscheidet von diesem ausgehend als die Gegenstände, die im Edikt proponiert sind, zunächst die Regeln des Vertragsrechts, dann die für alle gleichen (der vertraglichen Vereinbarung nicht bedürftigen) Regeln, ferner die Bestimmungen über rechtskräftige Urteile und schließlich die Gesetze als das geschriebene Recht.

Als erstes wird das Gewohnheitsrecht im engeren Sinn genannt, welches den *mos maiorum* hervorbringt.

Cicero, de inventione II 22, 67

Consuetudine autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobatur. (*Aufgrund Gewohnheit hält man für Recht, was aufgrund des Willens aller ohne Gesetz das Alter bekräftigt hat.*)

Daß es gemeint ist, zeigt das Stichwort *vetustas* und die Konfrontation mit dem geschriebenen Gesetz, das am Ende noch einmal erwähnt wird.

Im nächsten Schritt wird der Begriff der *consuetudo* erweitert auf die gesamte nichtschriftliche Gewohnheit des Rechts und bemerkt, daß von ihm das meiste (wie wir wissen, von der Seite der Rechtsschutz- und Klagsmittel) im Edikt veröffentlicht ist.

Quo in genere [sc. consuetudinis] et alia (!) sunt multa et eorum multo maxima pars quae praetores edicere consueverunt. (*In dieser Kategorie [der consuetudo] findet sich auch noch vieles andere, und davon gehört der bei weitem größte Teil zu dem, was die Prätores in ihrem Edikt bekanntzugeben pflegen.*)

Daß, wie der Text sagt, nicht alles, was diese umfassende *consuetudo* enthält, im Edikt geregelt ist, ist selbstverständlich. Man denke nur an die Grundvoraussetzung des rechtlichen Zusammenlebens, an die Rechtsfigur der das Bürgerrecht verleihenden *civitas* und an die Bürgern wie Fremden Rechtsschutz gewährende Magistratur. Es folgt in bezug auf das Edikt eine Aufgliederung der nicht gesetzlichen Rechtsregeln, die das Edikt durch diese Bekanntgabe zu einem sicheren Bestandteil der Rechtsordnung gemacht hat.

Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt: quod genus pactum, par, iudicatum. (*Einige Arten des Rechts sind bereits durch die Gewohnheit gewiß geworden. Dazu gehören der Vertrag, die gleiche Regel, die rechtskräftige Entscheidung.*)

Die Festigung der Rechtsgeltung durch die ‚Gewohnheit des Rechts‘ steht in diesem Satz ganz im Vordergrund, obwohl es, wie wir sehen werden, bei den vier Punkten im wesentlichen um rationale, als richtig einsehbare Rechtsregeln geht. Dies darf aber nicht überraschen. Der scheinbare Kontrast zwischen Rationalität und Gewohnheit löst sich auf durch den Begriff der ‚Gewohnheit des Rechts‘, wie er aus der klassischen, in dem Rechtsentstehungsmythos dargestellten Kultur-anthropologie folgt. Da das Recht nur auf latente Möglichkeiten in der menschlichen Seele zurückgreifen kann, bedarf es der Stärkung durch die Erziehung, die ohne die Dauer der Anwendung nicht auskommt. In diesem Sinne werden auch

Bestandteile des *ius gentium* und Gebote der *naturalis aequitas*, obwohl ihre Geltung als universal angesehen wird, wie die vier im weiteren noch näher erläuterten Beispiele zeigen, durch die Gewohnheit des Rechts gestärkt.

Die als erste genannte Kategorie *pactum* ist der Zentralbegriff des Titels *de pactis conventis* des klassischen Edikts. Es bezeugt den Ursprung der in diesem Ediktstitel vorausgesetzten und in der klassischen Kommentierung entfalteten Lehren, wenn wir den das klassische Vertragsrecht insgesamt tragenden Begriff hier und in der Parallelstelle des Auctor ad Herennium zum ersten Mal bezeugt finden.

Pactum est quod inter quos convenit ita iustum putatur ut iure praestare dicatur.

(Vertrag ist, was unter denen, die darüber übereinkommen, für so rechtmäßig gehalten wird, daß man sagt, daß es durch das Recht ausgezeichnet sei.)

Zum *pactum*, der friedlichen Verständigung, gehört notwendig die Übereinkunft des *convenire*. Ihre Anerkennung durch das Recht kennt, wie die klassischen Kommentare zum Edikt *de pactis conventis* ausführen, mehrere Formen. Sie werden entweder als natürliche Übereinkünfte wegen ihres den Frieden fördernden Nutzens vom Prätor unter dem Gesichtspunkt der *naturalis aequitas* anerkannt, so im Fall des den Rechtsstreit auf Dauer oder auf Zeit beilegenden *pactum conventum*, aufgrund dessen der Prätor zugunsten des Beklagten eine Einrede gibt. Oder sie sind vom *ius gentium* anerkannt, wie die *emptio venditio*, die *locatio conductio*, das *mutuum* oder die *stipulatio*. Oder sie sind vom *mos maiorum* anerkannt, wie die *sponsio*⁹⁰.

Die technische Juristensprache, wie sie für Servius bezeugt ist, sieht entsprechend der Denkweise des *ius commune* das *pactum conventum* als Naturgrundlage jeden Vertrages. Ein Gesellschaftsvertrag heißt daher in einer technischen Entscheidung der Servius-Schule zweimal *pactum conventum societatis*⁹¹. Den gleichen Gedanken variiert Pedius, wenn er in jedem Vertrag eine *conventio* findet⁹². Eine friedliche Übereinkunft ist die Grundlage eines jeden Vertrags. Der klassischen Vertragstheorie kommt ein besonderer Rang zu, weil sich in den friedlichen Übereinkünften unter privaten Vertragsparteien im Kleinen wiederholt, was sich zu Beginn der Rechtsordnung im Großen in der Staatsgründung ereignete. Die Naturgrundlage ist in beiden Fällen die friedliche Zusammenkunft – die Verbindung von *pactum* mit *pax* und *pactio* wird in den Kommentaren zum Edikt *de pactis* gebührend betont – und die aus dieser friedlichen Zusammenkunft geborene Bereitschaft, die Lebensverhältnisse durch das Recht erhöhen zu lassen.

Die Erhöhung oder Auszeichnung durch das Recht heißt hier und in der (gleich noch zu betrachtenden) Parallelstelle beim Auctor ad Herennium *iure praestare*. Die Vorstellung trifft auch auf die den Staat gründende Urversammlung zu. Denn

⁹⁰ *Ulpian* 4 ad edictum D 2,14,1 und D 2,14,7 pr u. § 1.

⁹¹ *Paulus* 3 epitomarum Alfeni digestorum D 17,2,71 pr.

⁹² *Ulpian* 4 ad edictum D 2,14,1,3.

das, was bewirkt, daß die Zusammenkunft zu einem Gemeinwesen wird, ist das Recht, über dessen Formen und Gehalte die zusammengekommenen Menschen von dem mythischen Staatsgründer aufgeklärt werden⁹³.

Aus dem Gesichtspunkt des Edikts *de pactis* erfolgt diese Auszeichnung durch das Recht, das eine „friedliche Übereinkunft“ rechtlich qualifiziert, entweder aufgrund des universalen *ius gentium* oder des (aus *mos maiorum* oder *leges*) stammenden *ius proprium*. Die Gewährleistung dieser vom Recht ausgezeichneten Verträge geschieht durch die Jurisdiktion im engeren Sinn, das *ius dicere*, das mit *in ius* konzipierten Formeln arbeitet. Durch das *imperium*, das der *naturalis aequitas* folgt, wird dieses Vertragssystem dann, wie schon erläutert, ergänzt, und zwar durch Formeln, die, wie z. B. im Fall der *actio de pecunia constituta* oder der *exceptio pacti conventi*, nicht *in ius*, sondern *in factum* konzipiert sind (vgl. oben Anm. 49).

Bei dem ungewöhnlichen Terminus „Auszeichnung durch das Recht“ (*iure praestare*) handelt es sich im übrigen wahrscheinlich um eine der typischen Umdeutungen, nämlich um den Versuch, ein zentrales Wort der vorklassischen Rechtslehre mit neuem Sinn zu erfüllen. Im vorklassischen Sprachgebrauch bezeichnete das Wort *praestare* die aus einer naturrechtlichen *bona fides* folgende und den Menschen in den entsprechenden Verhältnissen als Mitglied der menschlichen Gesellschaft treffende, naturrechtliche Einstandspflicht⁹⁴. Der Blickwechsel ist typisch: von einem letztlich göttlich inspirierten, in den Verhältnissen als ὁρθὸς λόγος wirkenden Prinzip zu menschlich formulierten, der empirischen Beobachtung folgenden Ordnungsfiguren und Regeln.

Der folgende Leitbegriff des *par* hat sich als Systembegriff nicht behauptet. Er fehlt schon in der *ratio iuris* Ciceros, Part. Orat. 37, 129 f. und ebenso im Lexikon der Juristen. Vermutlich sah man für einen Ausdruck, der nicht anders als der Ausdruck *aequitas* die Gleichheit⁹⁵ betont, keinen besonderen Bedarf.

Par, quod in omnes aequabile est. (Das Gleiche ist, was für alle gleich ist.)

⁹³ Vgl. auch den *iuris consensus* der oben Anm. 83 zitierten Cicero-Stelle.

⁹⁴ Vgl. Cicero, de officiis II 16, 65, wo es um die Inhaltsbestimmung des *praestare oportere* des Verkäufers *ex bona fide* geht und die vergangene Tätigkeit der veteres-Juristen (*statuerunt!*) und eine vorklassische Geschworenenentscheidung zitiert wird, die Cicero vom Standpunkt der klassischen Jurisprudenz ablehnt. Siehe auch Cicero, Topica 17, 65, wo zum Gesichtspunkt der materialen *causa efficiens*, die mit der *bona fides* als *magna vis* identisch ist (Cicero, de officiis III 17, 69), die überlieferte Tätigkeit (*tradiderunt*) der vorklassischen Juristen zum gesamten Bereich der *bonae fidei iudicia* zur Frage zitiert wird, *quid alterum alteri praestare oporteret*. In der vorklassischen Bedeutung wurde die Herleitungsmöglichkeit *praes-stare* (als Bürge eintreten) ausgenutzt, in der klassischen die Herleitungsmöglichkeit *prae-stare* (voranstehen, ausgezeichnet sein). Eindringlich und förderlich zu dem wichtigen Thema jüngst Riccardo Cardilli, L'obbligazione di „praestare“ e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II. sec. d. C.) (1995).

⁹⁵ Gleichheit im konkreten Vergleich ist der Kernsinn von *par*. Vgl. nur aus dem mythischen Zweikampf der Horatier und Curiatier einerseits über den letzten noch lebenden der drei Römer (*Livius* I 25, 7: *universis solus nequaquam par*) und über die verletzten und ermüdeten drei Kämpfer für Alba Longa je einzeln genommen (*Livius* I 25, 11: *nec spe nec viribus pares*).

Man kann aber dem Begriff einen unterscheidenden Wert nicht absprechen. Ihm entgegengesetzt sind alle diejenigen Rechtsregeln, die nicht schlechthin für alle Menschen gelten, einerseits so die schon angeführten vertraglichen Regeln, die lediglich die Vertragsparteien binden, andererseits die gleich folgenden durch Urteil erzeugten Regeln, die nur zwischen den Prozeßparteien gelten, und schließlich die gewohnheitsrechtlichen und gesetzlichen Regeln, die nur für die Bürger gelten. Beispiele für ein in diesem Sinne bestimmendes *par quod in omnes aequabile est* liefert etwa das im klassischen Edikt proponierte, mit der klassischen *aequitas* in besonderem Maße verbundene Recht der Konditionen⁹⁶.

Iudicatum, de quo iam ante sententia alicuius aut aliquorum constitutum est. (Rechtskräftig entschieden ist, worüber schon vorher durch das Urteil eines oder mehrerer Richter entschieden worden ist).

Gemeint ist hier die rechtskräftige Entscheidung, die *res iudicata*, durch die nach der Überzeugung dieser Rechts Theorie die „Gewohnheit des Rechts“ in besonderem Maße getragen wird⁹⁷. Im klassischen Edikt ist die Rechtskraft der Urteile durch die Regelungen der *actio iudicati* und die (formale Rechtshängigkeits- und Urteilswirkungen nachgestaltende) *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* gesichert. Die hohe Wertschätzung der Gerichtstätigkeit für die Integration der verfassungsmäßigen Rechtsordnung prägt im übrigen das gesamte klassische Edikt, das ja im Kern nichts anderes als eine große detaillierte, dem Publikum Rechtsschutz verheißende Prozeßordnung darstellt.

Es ist aus heutiger Sicht auffällig, daß eine konkrete Regelung wie ein rechtskräftiges Urteil unter die Rechtsquellen gestellt wird (und nicht nur als Anwendung einer Norm angesehen wird, wie es dem heutigen Urteil entspricht). Es ist die gleiche ungewohnte Sichtweise, die schon bei der Rechtsquelle *pactum conventum* auftrat, da die heute herrschende Ansicht auch Verträge nicht unter die Rechtsquellen stellen würde. Hier zeigt sich ein grundsätzlicher Unterschied zum modernen Denken. Das moderne Recht leitet die Rechtsgeltung von der Anerkennung ab, die einer Regelung durch eine höhere, von einem Normsetzer gesetzte Norm zuteil wird. Daher können Regelungen, die nur als Recht anerkannt werden, aber unter sich keine Regelungen haben, denen sie ihrerseits Normqualität verleihen, nicht als Rechtsquelle anerkannt werden. Das klassische Recht denkt dagegen von der Herstellung eines normgemäßen Zustandes aus, angefangen mit dem Zusammentritt zur *civitas*. Dem Hinweis, daß eine *res iudicata* genauso wie eine vertragliche Obligation grundsätzlich nur inter partes wirkt, würde das klassische Denken erwidern, daß das zwar zutrifft, aber nicht ausschließt, daß solche Verhältnisse in ihrer Relativität auch für Dritte vorhanden sind, ihnen z. B. zur Ausübung übertragen oder vererbt werden können. Auch der Bürgerverein einer *civitas* ist nicht nur für seine Bürger in der Welt, sondern auch für alle anderen

⁹⁶ Vgl. nur *Celsus* 5 digestorum D 12,1,31 und derselbe bei *Ulpian* 26 ad edictum D 12,4,3,71.

⁹⁷ Vgl. *Cicero*, pro Sulla 22, 63 *Status enim rei publicae maxime iudicatis rebus contineri* und oben Anm. 83.

Menschen, die mit ihm zu tun haben und auf seinem Boden Rechtsschutz erwarten.

Der Überblick über die Rechtsquellenlehre endet mit dem Hinweis auf das *ius scriptum*, auf die Regeln, die in den Gesetzen zu finden sind.

Iam iura legitima ex legibus cognosci oportebit. (Schon ist es nötig, das gesetzliche Recht aus den Gesetzen zur Kenntnis zu nehmen.)

Wenn der junge Cicero es unterläßt zu betonen, daß das Edikt selbstverständlich auch die gesetzlich begründeten Klagformulare proponiert, so wohl nicht zuletzt deswegen, weil, wie der Auctor in der Parallelstelle betont, die Gesetze für ihre Regelungen eine eigene Publikationsform darstellen (vgl. u. S. 80), die als solche dem Edikt vorgeht.

Ein Schlußwort betont den Wert, den diese sorgfältig unterteilende und systematisch durchkomponierte Rechtsquellenlehre für den gerichtlich tätigen Rhetor hat.

His ergo ex partibus iuris, quod cuique aut ex ipsa re aut ex simili aut maiore minore nasci videbitur, attendere atque elicere pertemptando unamquamque iuris partem oportebit. (Diesen Abschnitten des Rechts muß man folglich seine Aufmerksamkeit zuwenden und aus ihnen hervorlocken, indem man einen jeden Abschnitt des Rechts sorgfältig durchprüft, was sich für einen jeden Fall entweder unmittelbar kraft des Sachverhalts oder kraft Ähnlichkeit oder kraft argumentum a maiore oder minore ergibt.)

In vollem Maß hat sie diesen Wert gewonnen, als sie sich mit Servius Sulpicius in der Jurisprudenz durchgesetzt hatte, und zwar in der im wesentlichen gleichgebliebenen Gestalt, in der sie uns Cicero in seinen schon oft zitierten Abschnitten der Redekunst vorlegt (*Partitiones oratoriae* 37, 129 – 131), nämlich mit dem Herkunftsvermerk (vgl. ebenda. 40, 139): *e media nostra Academia*. Was vorher für das geltende römische Recht ein analytisch wertvolles System war, das aber den Redner zu einer kritischen Auseinandersetzung mit der bisherigen römischen Rechtswissenschaft nötigte, war nunmehr das positive Recht selbst.

3. Recht und Gerechtigkeit

Die soeben betrachtete Rechtsquellenlehre, die uns die Elemente der „Gewohnheit des Rechts“ in ihrer klassisch gewordenen Form vor Augen geführt hat, wurde von Cicero, wie schon zu Beginn ihrer Betrachtung bemerkt, an der in der philosophischen Rhetorik allgemein üblichen Stelle mitgeteilt, nämlich bei Gelegenheit des später regelmäßig sogenannten *status qualitatis*, des Rechtsstreits über Rechtsfragen (vgl. oben Anm. 84).

Lehrreicherweise teilt uns nun aber Cicero in seiner Jugendschrift *de inventione* die gleiche Rechtsquellenlehre noch einmal mit, das zweite Mal aber nicht innerhalb der Einteilungen der Gerichtsrede beim *status qualitatis*, wo das Recht professionell in den Blick kommt, sondern dort, wo es bei der Erörterung der deliberierenden Rede um die Lehre von den zu erstrebenden Gütern, also um die Ethik geht. Dort, wo im Rahmen dieser Güterlehre ihre höchsten Werte, die Kar-

dinaltugenden, erscheinen, die um ihrer selbst willen erstrebt werden und nicht mehr der *utilitas* untergeordnet sind⁹⁸, wird auch der ethische Wert der Gerechtigkeit genannt⁹⁹, und mit ihm zusammen, in höchst lehrreicher Verflechtung, die Rechtsquellenlehre. Der Leser wird sofort erkennen, daß bis auf die vorangeschickte Definition der Gerechtigkeit im Text alles übrige, abgesehen von leichten Variationen, dem gerade Kennengelernten entspricht. Im übrigen beschränke ich die Erläuterung der Naturanlagen zum Recht wieder auf das Vertragsrecht sowie auf das später gesondert zu betrachtende Recht der Religion.

Cicero, de inventione II 53, 160

*Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*¹⁰⁰. Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. 61 Naturae ius est quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis iniecit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem ... 54, 162 Veritas, per quam immutata ea, quae sunt [ante] aut fuerunt aut futura sunt, dicuntur. Consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem¹⁰¹, aut si quid eorum quae ante diximus ab natura profectum maius factum propter consuetudinem [= ius gentium] videmus, aut quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit [= mos maiorum]; quod genus pactum est, par, iudicatum. Pactum est, quod inter aliquos convenit; par, quod in omnes aequabile est; iudicatum, de quo alicuius aut aliquorum iam sententiis constitutum est. Lege ius est, quod in ex scripto quod populo expositum est, ut observet, contineatur.

⁹⁸ Vgl. den Eingang dieses Abschnitts de inventione II 52, 157: *Nunc ad deliberationis praecepta pergamus. Rerum expetendarum tria genera sunt: par autem numerus vitandarum ex contraria parte. nam est quiddam, quod sua vi nos allicit ad sese, non emolumento capians aliquo, sed trahens sua dignitate, quod genus virtus, scientia, veritas. est aliud autem non propter suam vim et naturam, sed propter fructum atque utilitatem petendum: quod est <genus> pecunia est porro quiddam ex horum partibus iunctum. quod et sua vi et dignitate nos inlectos ducit et prae se quandam gerit utilitatem, quo magis expetatur, ut amicitia, bona existimatio.* Es gibt also drei Arten der Güter, die absoluten, die vom Nutzen unabhängig sind, wie Tugend, Wissenschaft und Wahrheit, die lediglich nützlichen wie das Geld und schließlich die gemischten, die sowohl um ihrer selbst wie um des Nutzens willen erstrebt werden, wie die Freundschaft.

⁹⁹ De inventione II 53, 159: *Virtus est animi habitus naturae modo atque rationi consentaneus. quamobrem omnibus eius partibus cognitis tota vis erit simplicis honestatis considerata. habet igitur partes quattuor: prudentiam, iustitiam, fortitudinem, temperantiam. (Die Tugend ist eine Haltung der Seele, die allein mit der Natur und der Vernunft die Übereinstimmung sucht. Daher erblickt man, wenn man alle ihre Teile erkannt hat, die ganze Bedeutung des einfachen Anstands. Sie besitzt nun vier Teile, die Klugheit, die Gerechtigkeit, die Tapferkeit und die Mäßigung.)* Da die vier Kardinaltugenden Aspekte eines Zentralwertes sind, also aus einer einzigen Mitte gedacht werden, nämlich was dem Menschen nach Natur und Vernunft „ansteht“, ist es folgerichtig, daß die Einteilungen nicht trennend sind. Es ist daher keinesweges widersprüchlich, wenn unter den Werten der Gerechtigkeit die Wahrheit auftaucht, die natürlich auch Teil der *prudentia* und ihres Teilelementes der *intellegentia* ist (De inventione II 53, 160).

¹⁰⁰ Ebenso Auctor ad Herennium III 2, 3 *Iustitia est aequitas ius unicuique retribuens pro dignitate cuiusque.* Auch der Auctor behandelt die *iustitia* unter dem Gesichtspunkt der *deliberatio* und läßt keinen Zweifel daran, daß auch für ihn die *iustitia* an die freie Gesinnungsbetätigung appelliert. Vgl. III 3, 5, wo das erste Beispiel das Mitleid und das Erbarmen ist.

¹⁰¹ Zu der Kräftigung der Religion durch den vom *mos maiorum* geformten Kult u. S. 105 ff.

(Gerechtigkeit ist die Einstellung, die unter Wahrung der allgemein geltenden Zwecke des Rechts einem jeden die ihm eigene Würde gewährt. Ihre Anfänge gehen von der Natur aus; darauf sind einige Teile nach dem Prinzip der Nützlichkeit zur Gewohnheit geworden; danach haben die Furcht vor den Gesetzen und die Religion Verhältnisse, die sowohl von der Natur ausgegangen als auch von der Gewohnheit gebilligt worden sind, in Geltung gesetzt. 161. Von Natur aus gilt das Recht, das nicht bloße Meinung erzeugt hat, sondern eine gewisse in der Natur bestehende Kraft eingepflanzt hat, wie die Religion, die Verantwortung gegenüber Nahestehenden, Dankbarkeit, Vergeltung, Ehrerbietung, Wahrhaftigkeit. ... 54, 162 Wahrhaftigkeit ist, kraft derer man von dem, was ist, war und sein wird, als von etwas Unwandelbarem spricht. Recht aufgrund Gewohnheit ist entweder, was die Übung als etwas, was im ersten Ansatz von der Natur herrührt, nährte und größer machte, wie die Religion, oder wenn wir sehen, wenn etwas von dem vorher erwähnten, von der Natur ausgehenden durch Gewohnheit gekräftigt worden ist [*ius gentium*] oder was das Alter durch die Billigung des Volkes zu Gewohnheitsrecht erhoben hat [*mos maiorum*]. Von dieser Art sind der Vertrag, das Gleiche und das Urteil. Der Vertrag ist, was unter einigen übereingekommen ist; das Gleiche, was für alle gerecht ist; das Urteil, worüber durch die Urteilsmeinung eines oder mehrerer Richter schon entschieden worden ist. Kraft Gesetzes ist Recht, was in einer schriftlichen Form enthalten ist, die dem Volk zur Beachtung aufgestellt worden ist.)

Dieser frühe Text, in dem Cicero wie überall in seiner Jugendschrift gerade eben Gelerntes festhält, bestimmt das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit, von Recht und Ethik, und zwar in der Form, die vielleicht die erfolgreichste geworden ist¹⁰².

Sie besteht aus zwei Sätzen. Das mit Zwang bewehrte Recht ist das Gebiet der allgemein anerkannten Zweckmäßigkeit. Die freie ethische Gerechtigkeit gebietet, jeden nach seinem wahren menschlichen Wert zu behandeln. Das Verhältnis der beiden Sätze zueinander lautet dahin, daß der Gerechte jedem in Freiheit Gerechtigkeit widerfahren läßt, aber doch die „allgemeinen Zwecke des Rechts“ wahrt. Durch diesen Vorbehalt wird das Recht zum Bestandteil der Gerechtigkeit, kann aber im Einzelfall überboten werden.

Der Vorbehalt der *communis utilitas conservata* besagt, daß der Gerechte die Zwecke des Rechts als Teil der Vernunft erkennt, und zwar für das gesamte Recht, sowohl für die aus der Verbindung von *ius naturale* und *ius gentium* bestehenden und von der *naturalis aequitas* des Magistrats unterstützten Regeln des *ius commune* wie für die des *ius proprium*. Dadurch wird, wenn er über das Recht hinausgehend einem anderen aus Achtung vor dessen Wert etwas frei gewährt, eine Differenz zwischen Recht und Gerechtigkeit sichtbar, deren Berechtigung er selbst zu verantworten hat und für die er sich gegebenenfalls auch kritisieren lassen muß.

Cicero tadelt von diesem Standpunkt aus später die Gerechtigkeit seines alten Lehrers Q. Mucius, desselben, mit dem auch sein Freund Servius aneinandergeraten war, weil er bei einem Grundstückskauf das Prinzip des *iustum pretium* praktiziert und deswegen doppelt so viel gezahlt habe, als verlangt worden war. Das sei gewiß mitmenschlich gerecht, bemerkt Cicero, nicht aber im Sinne der vom Recht

¹⁰² Vgl. dazu meinen Beitrag „Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts“, in: Bydlin-ski, Mayer-Maly (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts (1996) 1–33.

geordneten allgemeinen Nützlichkeit vernünftig¹⁰³. Mit den gleichen Kategorien, aber hier unter Parteinahme für die mitmenschliche Gerechtigkeit, kommentiert er die Opferung eines Sklaven, der bei Seenot zur Leichterung des Schiffes vom Eigentümer über Bord geworfen wurde: Hier habe der Sklaveneigentümer sein Verhalten mehr nach Nützlichkeit als nach Mitmenschlichkeit bestimmt¹⁰⁴.

Mit diesem Vorbehalt der *utilitas communis conservata* wird das Recht in die Gerechtigkeit integriert. Kraft dieses Vorbehaltes ist es mit der Gerechtigkeit vereinbar, sich auf den Rechtsstandpunkt zurückzuziehen. Das Recht hat durch diese Verankerung in der Gerechtigkeit einen eigenen rechtsethischen Wert. Die freie Gerechtigkeit ist dem Recht zwar tendenziell ethisch überlegen, aber stets dem Einwand ausgesetzt, ob es im konkreten Fall vernünftig ist, dem anderen Teil die vom Recht nicht geschuldete Großzügigkeit zu erweisen, ob er es „verdient“ und ob das Prinzip der Handlung einleuchtend ist. Die mitmenschliche, über das Recht hinausgehende Gerechtigkeit wird zu einer ganz diesseitig aus der mitmenschlichen Situation zu beurteilenden Sache, wie das Recht selbst, von dem es dieses Denken methodisch trennt. Daher sagt der Skeptiker Cotta gegen die Stoiker gewendet:

Cicero, de natura deorum III 15, 38

iustitia, quae suum cuique distribuit, quid pertinet ad deos; hominum enim societas et communitas, ut vos (Stoici) dicitis, iustitiam procreavit.

(Die Gerechtigkeit, die jedem das Seine zuteilt, was hat sie mit den Göttern zu tun; es war vielmehr die menschliche Gesellschaft und Gemeinschaft, wie ihr euch ausdrückt, welche die Gerechtigkeit hervorgerufen hat.)

4. Die klassische Rechtsquellenlehre in der philosophischen Rhetorik des Auctor ad Herennium

Der Auctor referiert die Rechtsquellenlehre nicht anders als Cicero in seiner Parallelschrift im Rahmen der Erläuterung des später sogenannten Status qualitatis, des spezifisch auf die Rechtsfrage und mögliche Rechtfertigungen konzentrierten Streitstandes.

¹⁰³ Cicero, de officiis III 15, 62: nemo est, qui hoc viri boni fuisse neget; sapientis negant. (Niemand leugnet, daß dies die Handlung eines guten [d. h. eines gerechten] Menschen ist; man bestreitet aber, daß es die Tat eines vernünftigen Menschen ist.) 63 ... omnino tantum se negat facturum compendii sui causa, quod non liceat. huic nec laus magna tribuenda nec gratia est. (Er leugnet schlechterdings, daß er etwas um des eigenen Vorteils willen tun wird, was nicht zulässig ist. Ihm [dem Mucius] ist weder großes Lob zu zollen noch findet er [mit seinem Verhalten bei den Menschen] Beifall.) Diese Kritik steht unzweideutig auf dem Boden der skeptischen Anthropologie.

¹⁰⁴ Cicero, de officiis III 23, 89 ad extremum utilitate ... officium dirigit magis quam humanitate. Das heißt in den hier interessierenden Kategorien der skeptischen Akademie, der Eigentümer handelt menschlich ungerecht, aber rechtmäßig. Der Satz, daß die Zweckmäßigkeit unter dem Prinzip des mitmenschlichen Anständigen verfolgt werden muß (*honestate ... dirigenda utilitas*; de officiis III 21, 83) ist ein ethischer, kein rechtlicher Satz.

Auctor ad Herennium II 13, 19

Absoluta iuridicali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure fact<a>m dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto.

(Die absolut rechtliche¹⁰⁵ Streitform wenden wir an, wenn wir unsere Tat einräumen, aber die Ansicht vertreten, daß sie zu Recht geschehen ist, und zwar ohne Heranziehung einer anderen Verteidigung. Hier muß man fragen, ob die Tat zu Recht geschehen ist. Darüber können wir, nachdem der Rechtsstreit formuliert ist, sprechen, wenn wir gelernt haben, aus welchen Teilen das Recht besteht. Es besteht nun also aus folgenden Teilen: Natur, Gesetz, Gewohnheit, Urteil, dem Gleichen und Guten und dem Vertrag.)

Natura ius est, quod cognitionis aut pietatis causa observatur, quo iure parentes a liberis, et a parentibus liberi coluntur.

(Kraft Natur gilt als Recht, was aufgrund Blutsverwandtschaft oder Verantwortung für Nahestehende beachtet wird; aufgrund dieses Rechts werden die Eltern von den Kindern und die Kinder von den Eltern unterstützt und unterhalten.)

Die Natur ist die Naturgrundlage, die das Recht ermöglicht. Im Blick ist der Mensch, in dem die Fähigkeit zum Recht geweckt wird. Cicero (de inventione II 22, 65) sprach von dieser Natur mit dem gleichen Beispiel, wenn er aus dem *initium iuris ab natura ductum* die *pietas* ableitete, *quae ergo patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat*. Diese spezifisch dem Menschen eigene Naturgrundlage ist nicht das einfache *ius naturale*, das alle höheren Lebewesen lehrt, ihre Nachkommen aufzuziehen (Ulpian 1 inst D 1,1,1,3). Dieses keimhaft aus der Natur stammende Recht gehört vielmehr zur *naturalis aequitas* und ist als solches das natürliche Pendant des spezifisch rechtlichen *ius gentium*, für das Pomponius, Ulpian D 1,1,1,4 (*ius gentium, quo gentes humanae utuntur. quod ... solis hominibus inter se commune sit*) fortführend und erläuternd, das Beispiel gibt (Pomponius lb sg enchiridii D 1,1,2 *veluti ... ut parentibus ... pareamus*). Denn diese kindliche Gehorsamspflicht setzt ja geklärte Kindestschaftsbeziehungen zum Vater voraus, die in der Natur fehlen (Cicero, de inventione I 2, 2 *non certos quisquam aspexerat liberos*, o. S. 54).

Lege ius est id, quod populi iussu sanctum est, quod genus: ut in ius eas, cum voceris.

(Kraft Gesetz gilt das Recht, das auf Geheiß des Volkes in Kraft getreten ist: Ein Fall dieser Art ist: daß du vor Gericht gehen mußt, wenn du geladen wirst.)

Das alte SI IN IUS VOCAT, ITO der Zwölftafeln, des Gesetzes, dessen Text noch ein Cicero als Schüler auswendig lernen mußte, ist für die Römer das Paradigma schlechthin eines Gesetzesbefehls¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Im Gegensatz zur relativ rechtlichen *ex comparatione*. Auctor ad Herennium II 14, 21. Vgl. auch Cicero, de inventione I 11, 15, der die *constitutio iuridicalis* ebenfalls in eine absolute und comparative gliedert, nicht aber die von ihm unterschiedene privatrechtliche *constitutio negotialis*. Vgl. oben Anm. 85.

¹⁰⁶ Vgl. meinen Zwölftafelprozeß (1974) 11 ff.

Iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tribuno plebis placitum sit et fit, ut de eadem re saepe alius aliud decreverit aut iudicavit, quod genus: M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Julius non reddidit. Item: <C.> Caelius iudex absolvit iniuriarum eum, qui Lucilium poetam nominatim laeserat, P. Mucius eum, qui L. Accium poetam nominaverat, condemnavit. Ergo, quia possunt res simili de causa dissimiliter iudicatae proferri, cum id usu venerit, iudicem cum iudice, tempus cum tempore, numerum cum numero iudiciorum conferemus.

(Ein Urteil liegt vor, worüber ein Geschworenenurteil oder eine magistratische Entscheidung ergangen ist. Diese gehen oft auseinander, wenn etwa Geschworene, Prätores, Konsuln oder Volkstribune Verschiedenes richtig finden, und so kommt es vor, daß über denselben Fall häufig unterschiedliche magistratische Entscheidungen oder Geschworenenurteile ergehen. Ein Beispiel dieser Art ist: M. Drusus, der Stadtprätor, hat, als gegen einen Erben aus Auftrag geklagt werden sollte, durch ein Geschworenengericht Rechtsschutz gegeben, Sex. Julius nicht¹⁰⁷. Der Geschworenenrichter C. Caelius hat jemanden, der Lucilium ausdrücklich, um ihn zu verletzen, einen Dichter genannt, von der Beleidigungsklage freigesprochen, P. Mucius hat denjenigen, der L. Accius einen Dichter genannt hat, verurteilt¹⁰⁸. Weil also über gleichartige Fälle verschiedene rechtskräftige Urteile ergehen können, werden wir, wenn das vorkommt, die Geschworenen, die jeweiligen zeitlichen Umstände und die Häufigkeit der jeweiligen Urteile miteinander vergleichen.)

Die Verwertung von Präjudizien, wie sie hier mit interessanten Einzelheiten mitgeteilt wird, kann in einem Plädoyer vor einem Geschworenen oder einem Magistrat natürlich sehr nützlich sein. Von der römischen Jurisprudenz ist aber nicht dieser Aspekt, sondern, wie Ciceros Paralleldarstellung schon ausweist, vielmehr die formale Rechtskraftlehre übernommen worden (vgl. o. S. 63). In der römischen Rechtskultur, die von der juristischen Rechtsweisung durch die Responsentätigkeit eines professionellen Juristenstandes geprägt ist, war für die Beachtlichkeit von Urteilen, die in der Regel von Laien gefällt wurden, die sich im Zweifel um Rat an die Juristen wandten, kein Platz.

¹⁰⁷ Zuletzt zu der Frage mein Beitrag „Die *bona fides* im *mandatum*“, Festschrift Waldstein (1993) 58, Anm. 66.

¹⁰⁸ Es handelt sich um eine den Einzelrichter fordernde *actio de convicio*. Vgl. meine Geschworenenverfassung (1970) 143. Als Grund für die überraschende Überzeugung, daß die Bezeichnung „Dichter“ eine Beleidigung enthalte, sind bei dem Juristen und Pontifex P. Mucius (Konsul 133) Überzeugungen philosophischer Art anzunehmen. Nicht zuletzt über den in seinem Haus verkehrenden Tiberius-Freund Blossius stand er unter dem starken Einfluß von dessen Lehrer Antipater von Tarsos, des naturrechtlichen Reformators der Stoa, und vertrat in führender Stellung eine Jurisprudenz der *boni viri*, deren Ideal moralische Untadeligkeit und sozialetisches Engagement war. Vgl. *Tiberius Gracchus*, (oben Anm. 1) 51 ff., 56, 64. Die bei seinem Sohn nachgewiesene, aber weit ältere Überzeugung der Stoa, daß die Dichter dem Gemeinwesen schaden, weil in dem, was sie über die Götter erfinden, viel Unwürdiges enthalten ist (vgl. das Mucius-Zitat bei *Augustinus*, de civitate dei 4, 27: *quod multa de dis fingantur indigna* und dazu unten Anm. 190), war vermutlich schon seinem Vater geläufig. Der Kläger, ein ernsthafter Tragiker, (*Marx*, in: RE [1894] s. v. L. Accius 1), Sp. 142 ff.) konnte es angesichts der von daher begründeten beleidigenden Ausdeutbarkeit des Wortes, entsprechende Vorstellung des Täters und seines Publikums vorausgesetzt, in der Tat beleidigend finden, als *poeta* beschimpft zu werden.

Consuetudine ius est id, quod sine lege, aequum ac si legitimum sit, usitatum est: quod genus, id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis.

(Kraft Gewohnheit gilt Recht, was ohne staatliches Gesetz ebenso in Gebrauch ist, wie wenn es Gesetzesrecht wäre. Ein Fall dieser Art ist: Was du dem Bankier buchmäßig auszahlst, das kannst du [auch] von seinem Gesellschafter rechtmäßig zurückverlangen.)

Dies ist die klassische Definition des *mos maiorum*, dessen Schicksal bei den Juristen wir gleich noch näher ansehen werden. Das Beispiel ist interessant, weil hier – typisch für die Tendenz der klassischen Juristen – ein vorklassisches Recht, das aus einer gesamthänderischen gesellschaftsrechtlich begründeten Prästationspflicht abgeleitet war, in einen formalen Gewohnheitsrechtssatz verwandelt wird¹⁰⁹.

Ex aequo et bono ius constat, quod ad veritatem <et utilitatem> communem videtur pertinere, quod genus, ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det. Ex eo vel novum ius constitui convenit ex tempore et ex hominis dignitate. (Nach dem Guten und Gerechten ist Recht geschaffen, das sich ersichtlich auf den gemeinsamen wahren Nutzen bezieht. Ein Fall dieser Art ist, daß jemand, der älter als sechzig Jahre ist und der, den eine Krankheit entschuldigt, einen Prozeßvertreter bestellen kann. Ausgehend von diesem Fall wird, wie man sich einig ist, auch neues Recht geschaffen, nach den zeitlichen Verhältnissen und dem Rang des Menschen.)

Dieses aus dem „Guten und Gerechten“ stammende und auf eine allgemeine und nützliche Wahrheit ausgerichtete Recht entspricht dem, was Cicero in der *inventione* in den beiden Stellen das *par* nennt, und was in der *ratio iuris* (*Partitiones oratoriae* 37, 130) als *derec[tu]m veri et iusti* wiederkehrt, das nach der *ratio aequi et boni* verteidigt wird. Es ist eine produktive Rechtsquelle. Im Fall der formellen Prozeßvertretung durch den Kognitor hat sie sich so sehr bewährt, daß in den späteren Rechtsquellen eine Bedürfnisprüfung gar nicht mehr begegnet, also offenbar jedes durch die Bestellung zum Ausdruck gebrachte Bedürfnis genügt (vgl. Gaius IV 83). Die Worte *ex eo vel novum ius* beziehen sich im übrigen zwar zunächst auf die Prozeßvertretung, aber in paradigmatischer Weise, so daß grundsätzlich von diesem Rechtsquellenabschnitt herausgestellt wird, daß er Rechtsfortbildung ermöglicht, wie dies ja auch Cicero in der zitierten Stelle mit den *aperti quasi parti fontis aequitatis* (37, 131) betont. Tatsächlich ist das Recht der *condictio* vom hochklassischen Juristen Celsus in korrekter Anwendung der klassischen Methode unter Berufung auf das *bonum et aequum* der *naturalis aequitas* erweitert worden¹¹⁰.

Ex pacto ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit. Pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, <orato; ni pagunt,> in comitio aut in foro

¹⁰⁹ Vgl. dazu vorerst in meinem Beitrag zu der Festschrift für Witold Wolodkiewicz „Geldvermögen und Litteralvertrag. Geldtruhe (*arca*) und Hausbuch (*codex accepti et expensi*) im römischen Privatrecht und Zensus“ (1999) 31, die Bemerkungen zu Paulus 62 ad edictum D 2,14,9 pr. und Paulus 13 ad edictum D 4,8,34 pr.

¹¹⁰ Vgl. zur Ausdehnung der klassischen *condictio ob rem re non secuta* (formell lag *res secuta* vor) Ulpian 26 ad edictum D 12,4,3,7 Celsus *naturali aequitate motus putat repeti posse* und die Begründung der von den Glossatoren sogenannten *condictio Iuventiana* Celsus 5 digestorum D 12,1,32 *eam (pecuniam) mihi a te reddi bonum et aequum est*.

ante meridiem causam coiciunto. Sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex convento quae iure praestare dicuntur.

(Aufgrund Vertrages gilt Recht, wenn Parteien etwas untereinander vereinbaren, wenn sie über etwas untereinander übereinkommen. Es gibt Verträge, die gesetzlich zu beachten sind, z. B. auf diese Weise. Wenn sie sich über eine Rechtssache vertragen, soll er [der Prätor] dazu ein bekräftigendes Jurisdiktionswort sprechen; wenn sie sich nicht vertragen, sollen sie auf dem Comitium oder auf dem Forum Romanum [durch Streitworte der legis actio] den Streit begründen. Es gibt aber auch Verträge, die ohne gesetzliche Gründe aufgrund Übereinkunft beachtet werden; von ihnen sagt man, daß sie durch das Recht ausgezeichnet sind.)

Der für das klassische Edikt grundlegend gewordene Begriff des *pactum conventum* ist hier, wie wir es bei Cicero gesehen haben (o. S. 61), voll ausgebildet, aber eher noch klarer herausgestellt. Insbesondere ist der Zusammenhang des der ediktalen Vertragstheorie zugrundeliegenden *pactum conventum* mit dem alten, magistratisch bestätigten Zwölftafelvergleich schön ins Licht gerückt¹¹¹. Das zu einer *in factum* konzipierten *exceptio pacti* führende *pactum conventum* des Prätors ist neben den *pacta conventa quae iure praestant*, die durch Recht ausgezeichnet sind, nicht ausdrücklich erwähnt, aber durch die Nähe zum Zwölftafelvergleich hinreichend deutlich vorausgesetzt. Cicero weist auch in der *ratio iuris* seiner *Partitiones oratoriae* auf das *pactum conventum* hin, kommt aber, da seine Einteilung von dem Gegensatz zwischen *ius scriptum* – *ius non scriptum* beherrscht ist und nur auf der Seite des *ius scriptum* in *ius privatum* und *ius publicum* unterteilt ist, lediglich für die schriftlich möglichen (oder im Falle des Hausbuches notwendigerweise schriftlichen) Verträge des Privatrechts zu dem Dreiklang (Part. orat. 37, 130): *tabulae* (Hausbuchvertrag), *pactum conventum* (friedliche vom Prätor geschützte Übereinkunft), *stipulatio* (Verbalvertrag). Dagegen bleibt Cicero dort auf der Seite des *ius non scriptum* auf einer höheren Abstraktionsstufe stehen, nämlich auf derjenigen der allgemeinen Rechtsquellenlehre, in deren Rahmen er das besondere, das *mos maiorum* erzeugende Gewohnheitsrecht von dem universalen Recht des Gemeinwesens unterscheidet, das durch die Zusammenkunft der Menschen und einen entsprechenden Quasi-Konsens erzeugt wird (*Quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur*), wobei die Zuweisung der *consuetudo* zum *mos maiorum* und der *conventa hominum* zum *ius gentium* durch vorausgehenden Text gesichert ist¹¹². Wir können aber den nächsten Schritt der Konkretisierung leicht vollziehen, da wir gesehen haben, wie der Mensch von der Höhe der allgemeinen, die Rechtsordnung und den Rechtskonsens erst bildenden Zusammenkunft der Menschen zum

¹¹¹ Vgl. oben S. 61. Es geht bei dem Zwölftafelpactum nicht um die Vereinbarung des Verhandlungsortes (so Calboli, oben Anm. 8, 273, einem recht abwegigen Einfall folgend), sondern nicht anders als bei dem späteren prätorischen *pactum conventum* um eine Vereinbarung, die den Rechtsstreit betraf und ihn beilegen sollte. Vgl. dazu meinen Zwölftafelprozeß (1974) 52 und 77ff.

¹¹² Nämlich durch den vorhergehenden, parallellaufenden und nur chiasmisch gestellten Satzteil Cicero, *Partitiones oratoriae* 37, 190 *quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur*. Zum *ius gentium* der Staatengründung vgl. nur *Hermogenian* 1 *iuris epitomarum* D 1, 1, 5.

konkreten Vertragsrecht gelangt: Durch die Übertragung der Idee der „friedlichen Zusammenkunft“ auf die „Übereinkunft“ einerseits des prätorischen *pactum conventum*, andererseits der bekannten, als vom Recht anerkannten mit eigenem Namen ausgestatteten, ihrerseits von *pacta conventa* getragenen Verträge des klassischen Systems (vgl. o. S. 61 f.).

Der Schlußsatz bestätigt entsprechend der Einstellung des Auctor und seiner Schule den praktischen Wert der Rechtsquellenlehre.

His igitur partibus iniuriam demonstrari, ius confirmari convenit, id quod in absoluta iuridic*>*ali faciundum videtur.

(Mit Hilfe dieser Teile des Rechts wird, wie man sich einig ist, das Unrecht vor die Augen gestellt und das Recht bestätigt, also das getan, was in dem rein rechtlichen Streitstand ersichtlich zu tun ist.)

5. Das *ius commune* beim Auctor ad Herennium

In der auf das *ius humanum* konzentrierten Rechtsquellenlehre hatte der Auctor ad Herennium so wenig wie Cicero Anlaß, das soziobiologische, allen Lebewesen geltende *ius naturale* zu erwähnen. Daß es aber Teil dessen ist, was er von seinen Lehrern gelernt hatte, zeigt der Begriff des *ius commune*, den wir, wie schon oben (Anm. 62) kurz gezeigt, bei ihm nachweisen können. Es ist der gleiche Begriff wie derjenige, der uns bei Ulpian begegnet.

Die Stelle, in welcher er vorkommt, betrifft die Frage, wie ein Redner vorgehen soll, wenn er dartun möchte, daß ein Normtext nicht nach dem Wortlaut, sondern nach dem Sinn und Zweck gelten solle. Er soll – so der erste Satz des Auctor – zeigen, daß die wortwörtliche Bedeutung entweder tatsächlich unmöglich ist oder einem Gesetz, dem Gewohnheitsrecht im engeren Sinn, der Natur oder dem Guten und Gerechten widerspricht.

Auctor ad Herennium II 10, 14

Deinde (sc. dicemus) id quod scriptum sit aut non posse fieri, aut **non lege, non more, non natura, non aequo et bono** posse fieri; quae o*<*mnia*>* noluisse scriptorem quam rectissime fieri nemo dicet; at ea quae a nobis facta sint iustissime facta. Deinde contrariam sententiam aut nullam esse, aut stultam, aut iniustam, aut non posse fieri, aut *<non>* constare cum superioribus et inferioribus sententiis; aut cum iure communi aut cum aliis legibus communibus aut cum rebus iudicatis **dissentire**.

(Darauf werden wir sagen, daß das geschriebene Recht entweder nicht geschehen könne oder nach dem Gesetz, dem Gewohnheitsrecht, nach der Natur und dem, was recht und billig ist, nicht geschehen dürfe. Niemand werde behaupten, daß der Urheber des Textes nicht gewollt habe, daß das alles möglichst rechtmäßig geschehen solle. Dagegen sei das, was von uns vorgenommen worden sei, in höchst rechtmäßiger Weise geschehen. Darauf werden wir von der gegenteiligen Meinung [sc. welche die Textgeltung vertritt] sagen, daß es sie entweder [in diesem konkreten Fall] gar nicht gibt oder daß sie töricht oder ungerecht ist oder nicht möglich sei oder mit älteren oder jüngeren Entscheidungen nicht im Einklang stehe oder dem „allgemeinen Recht“ oder anderen „allgemeine“ Normen regelnden Gesetzen oder rechtskräftigen Entscheidungen widerspreche.)

Von den vier Ausdrücken, die der Auctor am Anfang dieses Textes und in gleicher Weise für den Fall eines zweideutigen Textes verwendet¹¹³, interessieren uns hier die beiden letzten, die *natura* und das *bonum et aequum*. Der zuletzt genannte Ausdruck ist offenbar als Synonym für die *aequitas* gebraucht und hat insofern denselben Bedeutungsumfang wie die *aequitas* in der schon zitierten, im übrigen parallel formulierten Definition der Rechtsquellen.

Cicero, Topica 7, 31

Si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat.

(Wenn jemand das Recht in besondere Gesetze, das Gewohnheitsrecht und das überall gleiche Recht einteilt.)

Für das Wort *natura* bleibt die zunächstliegende Bedeutung, die empirisch beobachtbare Natur, deren Regeln soziobiologischer Art sind und den Menschen zu einem von Natur aus geselligen Wesen machen. Damit wird verständlich, warum *natura* und *aequum et bonum* vom Auctor in demselben Zusammenhang auch zusammenfassend als *ius commune* bezeichnet werden konnten. Es ist derselbe Begriff, den Ulpian in seinen Institutionen bewahrt und dessen Grundbestandteile, soziale Instinktgebote und Kulturformen, wir bei Karneades nachweisen konnten. Man hat nicht zu Unrecht hinsichtlich des *ius commune* des Auctor auch auf den νόμος κοινός κατὰ φύσιν hingewiesen, den wir bei Aristoteles finden¹¹⁴. Aber man darf über diese Verbindung nicht die empirisch-analytische Verfeinerung übersehen, die dieser Begriff in der akademischen Skepsis durch die Unterscheidung zwischen Soziobiologie und Kulturanthropologie erfahren hat.

Um für das Argument des Auctor eine Veranschaulichung zu versuchen: Eine Gesetzesnorm würde der Natur, d. h. einer Grundrelation des *ius naturale*, widersprechen, wenn es die Ehe zwischen natürlichen Verwandten, zwischen Vater und Tochter, erlauben würde¹¹⁵. Und es würde dem *aequum et bonum* widersprechen, wenn es bestimmte, daß ein Gebrechlicher keinen Prozeßvertreter stellen dürfe

¹¹³ Beim *ambiguum* gibt der Auctor den Rat, man solle positiv zeigen (II 11, 16): quod nos interpretemur, et fieri posse, et honeste recte lege more natura bono et aequo fieri posse (unsere Interpretation könne sowohl geschehen und könne ehrenhaft und richtig nach Gesetz, Gewohnheitsrecht, Natur und bonum et aequum geschehen.) Die Erweiterung betrifft die Anständigkeit, d. h. die Kategorie der mitmenschlichen (das Recht transzendierenden) Gerechtigkeit.

¹¹⁴ Vgl. Calboli, (oben Anm. 8) 234, Anm. 217 mit Hinweis auf Aristoteles, Rhet. 1373 b 4 sgg.; vgl. bereits oben Anm. 62.

¹¹⁵ Paulus 35 ad edictum D 23,2,14,2 nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est. (Ein natürlicher Vater kann nicht seine uneheliche Tochter zur Frau nehmen, weil bei der Schließung der Ehe das Naturrecht und das Schamgefühl in Ansatz gebracht wird.) Hier ist an das skeptische *ius naturale* zu denken, da es den Vater des Naturzustandes nicht nur an der *procreatio*, sondern (wie bei manchen höheren Tieren) auch an der *educatio* beteiligte und damit dauerhaft auf die soziobiologische Rolle des Erziehers festlegte. Der *pudor* ist dagegen ein Rechtsgefühl, das sich erst in den Institutionen des *ius gentium* entwickelt. Vgl. Pomponius lb sg enchiridii D 1,1,2.

oder daß jemand etwas behalten könne, was ihm jemand irrig auf eine vermeintliche Schuld gezahlt hat (vgl. o. S. 70 und S. 36 f.).

Die neben dem *ius commune* genannten *leges communes* meinen offenbar, wie der Gleichklang zeigt, die Gesetze, die Inhalte des „gemeinen Rechts“ im klassischen Sinn kodifiziert haben. Das fügt zwar nach klassischer Theorie, wie wir gleich sehen werden, dem *ius commune* an Rechtsgeltung nichts zu, entspricht aber als Möglichkeit der gewiß alten an Athen, Sparta und Rom gebildeten Idealtypik, daß einige Staaten (wie Athen) alles, einige (wie Sparta) nichts und schließlich einige (wie Rom) nur Ausgewähltes in die schriftliche Geltungsform des Gesetzes überführen¹¹⁶.

6. Der Kodifikationsversuch des Pompejus und die Grenzen der Gesetzgebung nach klassischem Recht

Nach der Durchmusterung der rhetorischen, für das Verständnis der klassischen Rechtsquellenlehre grundlegenden Texte aus der späten Republik sind noch zwei andere, sehr späte außerjuristische Quellen zu besprechen, die beide – mit fast gleichlautendem Text – bei Isidor von Sevilla (570–636) bewahrt sind. Sie reproduzieren – bei oberflächlicher Christianisierung – die klassische Rechtsquellenlehre mit ihren Unterscheidungen in großer Treue. Sie sind darüber hinaus mit der späten Republik, der Formulierungsphase der klassischen Rechtsquellenlehre, dadurch besonders verbunden, daß die von Isidor unselbständig ausgewertete Texttradition im Zusammenhang mit der ersten Wiedergabe der Rechtsquellenlehre nicht nur von den gescheiterten Kodifikationsplänen des Pompejus und Caesar berichtet, sondern zugleich einen Gedanken bewahrt, der tatsächlich in zentraler Weise mit dem Scheitern des spätrepublikanischen Kodifikationsprojektes zu tun hat. Auf die für die antiken Zusammenhänge naturgemäß gleichgültige Tatsache, daß ein Teil dieser Texte aus Isidor auch den Anfangsteil des *decretum Gratiani*, des Grundbuches des mittelalterlichen Corpus Iuris Canonici, zieren, sei hier nur hingewiesen.

Das Buch V de legibus et temporibus (*Über Gesetze und Zeiteinteilungen*) der Etymologien des Isidor beginnt mit dem Titel 1 de auctoribus legum (*Über die Urheber der Gesetze*), das von Moses bis Theodosius reicht. Die umfassende Kodifikation Justinians von 529–530, die damals bereits mehr als zwei Generationen zurücklag, wird, kennzeichnend für Isidors Unselbständigkeit, nicht erwähnt. In diesem Titel heißt es:

Isidor V, 1, 5

Leges autem redigere in libris primus consul Pompeius instituere voluit, sed non perseveravit obtreptatorum metu. Deinde Caesar coepit [id] facere, sed ante interfectus est. (*Gesetze in die Form von Gesetzbüchern zu überführen, hat als erster der Konsul Pompeius gewollt, aber er hat auf dem Plan nicht beharrt, aus Furcht vor denen, die schlecht darüber sprachen. Dann begann Caesar dies zu tun, wurde aber vorher ermordet.*)

¹¹⁶ Vgl. Inst. 1,2,10 (unten Anm. 135).

Es ist der einzige uns erhaltene Bericht über den vieldiskutierten Kodifikationsplan der beiden Staatsmänner¹¹⁷. Der Fall des Pompejus ist interessanter als der des Caesar, weil er nicht durch einen gewaltsamen Tod, sondern durch Tadler, also durch Kritik, die er sich zu Herzen nahm, von seinem Plan abgebracht wurde. Tatsächlich folgt, wie wir mit Hilfe der Isidor-Stellen gleich näher sehen werden, aus dem klassischen Rechtsdenken in zwingender Konsequenz, daß eine Kodifikation nichts nützen, sondern nur schädlich sein kann.

Das ergibt sich, wenn wir uns die beiden folgenden Texte etwas näher ansehen. Sie erschließen sich leicht, weil sie – teilweise in gewisser Neuinterpretation – viel uns mittlerweile Bekanntes bieten, worauf hier der Kürze halber teilweise nur in Fußnoten hingewiesen werden wird.

Im Buch V folgt nach einem kurzen Abschnitt 2, der eine knappe und in dieser Form nicht mehr klassische Entgegensetzung von *lex divina* und *lex humana* bringt¹¹⁸, der im folgenden wiedergegebene Abschnitt 3. Die weiteren Abschnitte sind erwähnenswert, weil sie einen fast ungebrochenen klassischen Traditionszusammenhang bezeugen. So erläutert der Text im anschließenden Abschnitt 4 das *ius naturale*, das nach seiner einen Seite wie bei Ulpian auf die aus der Natur herkommenden Instinkte zurückgeführt wird¹¹⁹, nach einer anderen Seite mit dem

¹¹⁷ Vgl. nur Franz Wieacker, Römische Rechtsgeschichte (1988) 412, Anm. 3; 465, Anm. 21; 568, Anm. 27; 609, Anm. 95 (zu Ofilius als Jurist, der Caesars Kodifikationspläne unterstützt haben könnte).

¹¹⁸ Der klassische Gegensatz von *ius humanum* und *ius divinum* klingt in den folgenden Sätzen noch deutlich an. V, 2 DE LEGIBUS DIVINIS ET HUMANIS. *Omnes autem leges aut divinae sunt aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant; ideoque haec discrepant, quoniam aliae aliis gentibus placent* 2. *Fas lex divina est, ius lex humana. Transire per alienum fas est, ius non est.* Die Identifizierung der *lex divina* mit dem Naturrecht erinnert aber an eine naturrechtliche Stelle aus den Institutionen Justinians (Inst. 1,2,11: *naturalia iura ... divina quadam providentia constituta*) und steht im Widerspruch mit der klassischen Lehre, die das *ius divinum* auf den *mos maiorum* zurückführt. Die kontrastierende Gleichsetzung der *lex humana* mit dem *mos* verwendet *mos* allerdings wohl, was auch in klassischer Sprache möglich ist, gleichbedeutend mit *consuetudo* (vgl. dazu unten Anm. 173).

¹¹⁹ Vgl. V 4 QUID SIT IUS NATURALE. *Ius autem naturale [est], aut civile, aut gentium. Ius naturale [est] commune (!) omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur; ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio, et omnium una libertas, adquisitio eorum quae caelo, terra marique capiuntur.* (Das Recht ist entweder natürlich oder bürgerlich oder Recht aller Völker. Das natürliche Recht ist allen Nationen gemeinsam und das, was überall aufgrund des Antriebs der Natur gilt, nicht kraft irgendeiner Satzung. Wie die Verbindung von Mann und Frau, die Nachkommenschaft [d. h. ihre Erzeugung] der Kinder und ihre Erziehung, der gemeinsame Besitz an allen Dingen, die für alle einheitliche Freiheit, und der Erwerb der Dinge, die Aneignung aller Dinge, die in der Luft, auf dem Land und im Meer gefangen werden. [Fortsetzung in der folgenden Anmerkung]). Daß wir hier eine – fortentwickelte – Fassung des von Ulpian gelehrtens *ius naturale* vor uns haben, lehrt der Vergleich. Ulpian 1 inst D 1,1,1,3 *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio.* Die naturalistische *libertas* ergänzen Florentin 9 inst D 1,4,4 pr, die naturalistische *possessio* Ofilius, Labeo, Proculus und Neraz bei Paulus 54 ad edictum D 41,2,1, pr. § 1, 3; D 41,2,33 und 5. Felix Flückiger, Geschichte des Naturrechts I (1954) 398 f. sieht in der *una libertas om-*

humanen (nach den ursprünglichen Quellen ja in der Tat die menschlichen *naturalia initia* zum Recht ausnutzenden und stärkenden) *ius gentium* identifiziert wird, das zur einen Hälfte mit dem klassischen *ius commune* zusammenfällt¹²⁰. Im Abschnitt 5 folgt das *ius civile* als *ius proprium*¹²¹, im Abschnitt 6 das in Konsequenz der Definition des Abschnittes 4 auf das Völkerrecht reduzierte *ius gentium*¹²² und im Abschnitt 8 das ganz nach Ulpian definierte *ius publicum*¹²³.

nium die prälapsarische Freiheit des Menschen als Ebenbild Gottes, die noch keine Formen der Knechtschaft kennt, und in der *communis omnium possessio* ein kollektives Eigentum (?) nach Art der Klostersgemeinschaft. Damit ist die Abhängigkeit Isidors von seiner Quelle unterschätzt. Für die *una libertas* liegt schon vom Wortlaut das Fehlen der Freiheitsdifferenzierungen in *ingenui* und *libertini* und diese wieder in *cives Romani*, *Latini* und *dediticii* (Gaius I 10–12). Für den Besitz (!) wegen der nachfolgenden Aneignung durch das Ergreifen der Sachen richtiger *E. Reibstein*, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts* (1949) 51, der an einen negativen Kommunismus allgemeiner Besitzlosigkeit denkt. Das trifft insofern zu, als die faktischen Besitzverhältnisse des Naturzustandes flüchtigerer Natur als die Verhältnisse des in Eigentum übergehenden Eigenbesitzes sind.

¹²⁰ V, 4, 2: *item depositae rei vel commendatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsiō. Nam, aut si quid huic simile est, numquam iniustum [est], sed naturale aequumque habetur. (Ebenso die Rückgewähr einer hinterlegten Sache oder anvertrauten Geldes, die gewaltsame Abwehr von Gewalt. Denn solcherlei oder wenn ihm etwas ähnlich ist, ist niemals ungerecht, sondern wird von Natur aus als gerecht angesehen.)* Was im zweiten Satz aufgeführt wird, bildet für Ulpian Inhalte des *ius gentium*. Vgl. zur Selbstverteidigung als spezifisch menschlichem *ius gentium* Florentin 1 institutionum D 1,1,3 (in der Natur ist Selbstverteidigung wie der Angriff *vis naturale*, nicht *ius naturale*), zur Leihe und Hinterlegung Ulpian 1 inst. Vindob. 1,1 – 2,2 (= *Lenel*, *Palingenesia* II Sp. 927f. Ziff. 1913, 1914). Die Kontinuität bleibt sichtbar, sobald man die Vereinfachungstendenz erkennt. Das *ius gentium* ist ja, wie auch im Text angedeutet, auch bei Ulpian durch die dort bewahrte Kategorie des *ius commune* nahe an das *ius naturale* herangeführt.

¹²¹ V, 5 *QUID SIT IUS CIVILE. Ius civile est quod quisque populus vel civitas sibi proprium humana divinaque causa constituit.* Darin, daß das partikulare *ius civile proprium* auch *divina causa* geschaffen wird, klingt das klassische Prinzip durch, daß das *ius divinum* dem notwendig partikularen *mos maiorum* folgt.

¹²² V, 6 *QUID SIT IUS GENTIUM. Ius gentium est sedium occupatio, aedificatio* [Bebauung als Form der völkerrechtlichen Aneignung], *munitio, bella, captivitates, servitutes* [Sklaverei], *postliminia, foedera pacis, indutiae, legatorum non violandorum religio, conubia inter alienigenas prohibita. Et inde ius gentium, quia eo iure omnes fere gentes utuntur.* Was hier vorliegt, ist, verglichen mit dem klassischen Begriff des *ius gentium*, nichts eigentlich Neues (denn eine Seite von ihm umfaßte auch in klassischer Zeit das Völkerrecht), sondern die konsequente Folge dessen, daß das privatrechtliche *ius gentium* von der Quelle des Isidor zum *ius naturale commune omnium nationum* gestellt worden ist. Die hier auftretende Gliederung des *ius gentium* war schon in der Entgensetzung enthalten, welche die klassische *ratio iuris* zwischen *ius publicum* und *ius privatum* vornimmt. Denn daraus ergab sich notwendig eine entsprechende Gliederung des *ius gentium*. In dem privatrechtlichen Teil handelt der Private, in dem öffentlichrechtlichen der Magistrat.

¹²³ V, 8: *QUID SIT IUS PUBLICUM Ius publicum est in sacris et sacerdotibus, in magistratibus.* Vgl. damit Ulpian 1 institutionum D 1,1,1,2 *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.* Das im Abschnitt 7 vorausgehende (zwischen Völkerrecht und Öffentlichem Recht angesiedelte) Militärrecht (V, 7) kann für die hier verfolgte Fragestellung ebenso wenig wie die folgenden Abschnitte, die bis zum 27. rechtliche bleiben, um sich vom 28. bis zum 39. der Zeitrechnung zuzuwenden, in Betracht kommen.

Isidor, Etymolog. V, 3 QUID DIFFERUNT INTER SE IUS, LEGES ET MORES

Ius generale nomen est, lex autem iuris est species. Ius autem dictum, quia iustum [est]. Omne autem ius legibus et moribus constat. 2. Lex est constitutio scripta. Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est. 3. Mos autem longa consuetudo est de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex: nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. 4. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod saluti proficiat. Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu.

(„Recht“ ist der allgemeine Begriff, das Gesetz ist eine Art des Rechts. Jedes Recht besteht aus Gesetzen und nicht schriftlichem Recht. Das Recht ist danach benannt, daß es gerecht ist¹²⁴. Alles Recht besteht in Gesetzen oder in [nicht geschriebener] Gewohnheit. 2. Das Gesetz ist eine schriftliche Einrichtung des Rechts¹²⁵. Das Gewohnheitsrecht ist durch das Alter bekräftigte Gewohnheit oder eine nicht geschriebene Rechtsnorm. Denn ‚lex‘, Gesetz, ist nach ‚legere‘, lesen, genannt, weil es geschrieben ist. 3. Gewohnheitsrecht (mos maiorum) ist eine langandauernde Gewohnheit, die umfangsgleich¹²⁶ aus der Gewohnheit abgeleitet ist. Die Gewohnheit des Rechts (consuetudo) aber ist ein gewisses durch die Gewohnheit eingeführtes Recht, das als Gesetz anerkannt wird, wenn ein Gesetz fehlt; und es macht keinen Unterschied, ob es kraft Schrift oder kraft Vernunft gilt, da die Vernunft auch das Gesetz empfiehlt. 3. Wenn ferner ein Gesetz [d. h. sein Inhalt] durch Vernunft gilt, dann ist folglich alles Gesetz [d. h. Rechtsnorm], was durch die Vernunft gilt, solange es nur mit der Religion übereinstimmt, der Sittlichkeit entspricht und dem Heil nützt. Es wird aber Gewohnheit genannt, weil es in allgemeiner Übung steht.)

Die Interpretation der Hauptnachricht dieser Stelle geschieht zweckmäßigerweise gemeinsam mit der Erörterung der zweiten fast wörtlich übereinstimmenden Stelle, die sich im Buch II DE RHETORICA ET DE DIALECTICA findet. Die Wiederholung erklärt sich zu einem Teil wohl durch das Fehlen einer von Isidor selbst besorgten Endredaktion¹²⁷. Dennoch handelt es sich bei der ersten, deutlich kontextärmeren Plazierung nicht um einen reinen Irrläufer, da sich die Stellung unter dem zitierten Titel durch den Gesichtspunkt rechtfertigen läßt, daß die klassische *ars* oder *ratio iuris* ein Geschöpf der skeptischen, von der philosophischen Rhetorik nach Rom gebrachten *dialectica* ist, derselben, auf die auch der von Isidor bewahrte Begriff der *institutio aequitatis*, der Einrichtung des Rechts, zurückgeht (vgl. oben Anm. 24, 39 und 69 a.E.).

¹²⁴ Vgl. dazu *Ulpian* I inst D 1,1,1 pr. *est autem* [sc. *nomen iuris*] *a iustitia appellatum*. Die in dieser Pseudo-Etymologie enthaltene Überzeugung entspricht ganz der klassischen Tendenz, das Recht in die Gerechtigkeit zu integrieren und als rechtsethischer Kern der Gerechtigkeit von der freien ethischen Gerechtigkeit zu unterscheiden. Vgl. die oben S. 65 erläuterte Definition *Cicero*, de inventione II 53, 160 *Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*.

¹²⁵ *Constitutio* ist hier, wie in klassischer Terminologie öfter, ein Synonym für *institutio*. Vgl. *Florentin* 9 institutionum D 1,5,4,1 *Servitus est constitutio iuris gentium*.

¹²⁶ Das heißt: ohne etwas hinzusetzen zu haben, mit gleichem Umfang.

¹²⁷ Das Werk war beim Tode Isidors noch nicht beendet. Vgl. *Max Manitius*, Geschichte der lateinischen Literatur des Mittelalters I (1911; Nachdruck 1959) 60.

Isidor, Etymolog. II 10 DE LEGE 1–3

1. Lex est constitutio populi, quam maiores natu cum plebibus sancierunt. Nam quod Rex vel Imperator edicit, constitutio vel edictum vocatur. Institutio aequitatis duplex est, nunc in legibus, nunc in moribus. Inter legem autem et mores hoc interest, quod lex scripta est, mos vero est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est. 2. Mos autem longa consuetudo est, de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex; nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. 3. Porro si ratione lex consistat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod salutis proficiat. Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu.

(1. Das Gesetz ist eine Bestimmung des Volkes, welches die Höhergeborenen mit dem Volk in Kraft setzen. Denn was ein König oder der Kaiser als Recht verkündet, nennt man Konstitution oder Edikt. Die Einrichtung des Rechts ist zweifach. Es besteht teils aus Gesetzen, teils aus Gewohnheitsrecht. Zwischen dem Gesetz und dem Gewohnheitsrecht besteht aber der Unterschied, daß das Gesetz geschrieben, das Gewohnheitsrecht jedoch eine durch Alter bekräftigte Gewohnheit darstellt. Denn ‚lex‘, Gesetz, ist nach ‚legere‘, lesen genannt, weil es geschrieben ist. 2. Das Gewohnheitsrecht (mos) der Vorfahren ist eine lange Gewohnheit, die umfangsgleich aus der Gewohnheit abgeleitet ist. Das Recht der Gewohnheit (consuetudo) aber ist ein gewisses durch die Gewohnheit eingeführtes Recht, das als Gesetz anerkannt wird, wenn ein Gesetz fehlt; und es macht keinen Unterschied, ob es kraft Schrift oder kraft Vernunft gilt, da die Vernunft auch das Gesetz empfiehlt. 3. Wenn ferner ein Gesetz [d. h. sein Inhalt] durch Vernunft gilt, dann ist folglich alles Gesetz [d. h. Rechtsnorm], was durch die Vernunft gilt, solange es nur mit der Religion übereinstimmt, der Sittlichkeit entspricht und dem Heil nützt. Man spricht aber von Gewohnheitsrecht, weil es in allgemeinem Gebrauch steht.

Die Hauptaussage dieser Überlieferung, die sich in beiden Texten übereinstimmend findet, lautet: *nec differt (consuetudo) scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat*. Der Sinn der Aussage ist klar: Es macht keinen Unterschied, ob eine Rechtsregel, die Teil der allgemeinen „Gewohnheit des Rechts“ ist, kraft des *ius scriptum* der *lex* gilt oder kraft der *ratio*. Auch die Begründung ist deutlich. Der Unterschied fehlt, weil die *ratio*, kraft der das Gesetz gilt, die gleiche *ratio* ist, kraft der die Regeln der *consuetudo* sonst gelten würden. Das Gesetz vermag an Geltung nichts hinzuzufügen.

Das Argument ist im Rahmen der klassischen Lehre gültig. Die *lex publica* ist eine seiner Grundstruktur nach dem klassischen Zivilisationsrecht zuzuweisende Figur der *ratio iuris*¹²⁸ und ist insofern von der gleichen *ratio iuris* in Geltung ge-

¹²⁸ Vgl. Cicero, Partiones oratoriae 37, 130. Die klassische Definition bewahrt uns der auch gegenüber der Lehrtradition der Servius-Schule (im Vergleich zum weit innovationsbereiten Labeo) sehr konservative augusteische Jurist Ateius Capito (Gellius, Noctes Atticae 10, 20, 2): Ateius Capito ... quid lex esset, his verbis definiuit: Lex, inquit est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu (näher dazu „Gesetz und Sprache“ [oben Anm. 1] 135 ff.). Die Grundstruktur kann nur als *ius gentium* eingeordnet gewesen sein, was wieder die Folge gehabt haben muß, daß die Formenvielfalt des römischen Staatsrechts und die zahlreichen, diese Formen begleitenden Sonderregeln für die klassische Theorie als vom *mos maiorum* oder der positiven *leges publicae* bestimmte „Zusätze“ oder „Abstriche“ von der rationalen Grundfigur des Gesetzes erschienen. Das entspricht dem Verhältnis der *stipulatio*, die *ius gentium* ist, zur *sponsio*, die dem *ius proprium* angehört (vgl. Gaius, III 93). Die Parallele liegt

setzt, die auch sämtliche privatrechtlichen Rechtsinstitute des *ius gentium* anerkennt, z. B. alle hierhergehörenden (seit Servius im Ediktkommentar zum Titel *de pactis conventis* systematisch erfaßten) Verträge wie das realvertragliche *mutuum* oder die rein konsensualen Geldkontrakte *emptio venditio* und *locatio conductio*. Was kann ein allgemein anerkanntes Geschöpf der *ratio iuris* einem anderen ebenso allgemein anerkannten Geschöpf der *ratio iuris* an Geltung hinzufügen? Offenbar nichts! Die Anerkennung, die dem Gesetz als Regulationsform von der *ratio iuris* zugeteilt wird, wird mit gleicher Kraft auch den anderen Regulationsformen der *ratio iuris* zuteil.

Der Umstand, daß die Gesetze nach klassischer Systematik regelmäßig *ius scriptum* darstellen, ändert daran nichts. Denn das, was die Gesetze zu *ius scriptum* macht, sind die konkreten positiven Regelungen, die als solche nicht kraft struktureller Wahrheit gelten, sondern kraft des Wortlauts. Aus dem gleichen Grunde werden auch die Verträge, die gemäß den Regeln des *ius gentium* kraft Frage und Antwort oder kraft Übereinkunft gelten, infolge der Notwendigkeit, ihre konkreten Regeln zu fixieren, ungeachtet der Tatsache, daß sie strukturell Verbal- oder Konsensualverträge sind, zu *ius scriptum*. Ebenso sind Gesetze wegen der konkreten Regelungen, die sie enthalten, *ius scriptum*, und nicht wegen der Elemente des *ius gentium*, welche die Interpretation in ihnen findet. Das durch Interpretation aus dem Gesetz gewinnbare strukturell wahre *ius non scriptum* bedarf nach klassischer Auffassung weder des an struktureller Wahrheit lediglich gleichrangigen Gesetzes noch gar seines Buchstabens und gilt daher, einmal formuliert, selbständig¹²⁹.

Diese von Isidor ohne viel Aufhebens, aber in großer Klarheit mitgeteilte Auffassung des Verhältnisses des Gesetzes zu den Inhalten des rationalen Rechtssystems ist gewiß so alt wie die klassische *ratio iuris* selbst. Die *obtrectatores* des Planes des Pompejus, in denen wir vor allem auch die damaligen Juristen vermuten dürfen, hatten hier ein schlagendes Argument zur Hand. Der Plan des Pompe-

auch deswegen nahe, weil das Gesetz seiner Grundstruktur nach aus einer magistratischen Frage besteht, welche die repräsentative Volksversammlung durch Abstimmung beantwortet und für das Volk verbindlich macht. *Papinian* 1 definitionum D 1,3,1 nennt das Gesetz daher geradezu eine *communis rei publicae sponsio*.

¹²⁹ Daß in diesem Sinne alle konkreten Verträge zum schriftlichen Privatrecht gezählt werden können, zeigt *Cicero*, Part. orat. 37, 130, wenn er die Vertragskategorien *tabulae* (Litteralvertrag), *pactum conventum*, *stipulatio* insofern von dem Gesetz, dem Senatsbeschluss und dem völkerrechtlichen Vertrag als dem schriftlichen öffentlichen Recht unterscheidet (vgl. zur Veranschaulichung *Paulus* 3 epitomarum Alfeni digestorum D 17,2,71 pr). Sieht man von den konkreten Regelungen ab, die als solche aufzeichnungsbedürftig sind, steht das Gesetz als eine Frage-Antwort-Struktur zwischen Magistrat und Volk (vgl. oben Anm. 128) der Stipulation zwischen Gläubiger und Schuldner ganz nahe. Daß die Juristeninterpretation aus dem Gesetz selbständig geltendes *ius non scriptum* gewinnen kann, zeigt *Pomponius* lb. sg. enchiridii D 1,2,2,12 und 38 am Beispiel der Zwölftafelauslegung. Im einzelnen eröffnet sich hier ein ganz neues Forschungsfeld. Der entscheidende Gedanke, daß die rationale Auslegung den ihr entsprechenden Inhalt der Gesetze in dem großen Bereich wissenschaftlicher Rechtsnormen aufgehen läßt, ist auch in der von Isidor bewahrten Überlieferung in aller Klarheit ausgesprochen. Vgl. Isidor V 3,3; II 3,3.

jus war in ihren Augen, soweit er mit dem *ius gentium* den Kernbestand des Rechts betraf, unnütz. Ein vom *ius gentium* geformtes und als solches von der *consuetudo* aufgenommenes Institut wie der Kauf gewinnt nicht dadurch an Geltungskraft, daß seine Regelungen in einer *lex* schriftliche Form annehmen. Denn beide Formen, die *lex publica* und das Vertragsinstitut, sind Teilbegriffe der klassischen *ratio iuris* und damit unmittelbar zur Vernunft im skeptischen Sinn. Der Beglaubigung durch die Vernunft, die dem Kaufvertrag als Institut zugutekommt, kann das Gesetz, daß diese Auszeichnung teilt, nichts hinzufügen.

Auch sonst hatte die Kritik, die damals gegen Pompejus vorgebracht wurde, gute Argumente. Die Publizität des Gesetzes, die Tatsache, daß seine Texte dem Volk zu allgemeiner Lektüre aufgestellt werden¹³⁰, bringt gerade für die auf der *ratio* beruhenden Inhalte des Rechts keinen Gewinn, da sich das Gesetzbuch nicht zum Lehrbuch eignet. Vor allem aber wird die Aufgabe, das rechtsuchende Publikum, Bürger wie Fremde, über seine Rechte zu informieren, vom Edikt, das kurz zuvor seine klassische Redaktion empfangen hatte, weit besser erfüllt. Das Edikt gibt Antworten gerade auf die Fragen, die den Rechtsschutz suchenden Laien interessieren. Am Jurisdiktionsort auf einer weißen Tafel, dem Album, öffentlich und gut leserlich ausgehängt, findet jeder, wie er in den verschiedenen Fällen gerichtlich vorgehen und wie er sich, wenn er verklagt wird, durch Einreden schützen kann. Diese sich darin ausdrückende hohe Einschätzung der gerichtlichen Seite der Rechtsordnung ist ein Kernstück der klassischen Rechtslehre, und Cicero hat auch nicht versäumt, in einer Rede den Wert, den das Edikt unter dem Gesichtspunkt der Klärung der verfügbaren Rechtsmittel hat, herauszustellen¹³¹.

Wenn das Gesetz also nichts nützt, birgt es umgekehrt die Gefahr, auf dem Gebiet des *ius gentium* Schaden zu tun. Denn da das Gesetz nach klassischer Lehre nach seinem objektiven Wortlaut gilt¹³², besteht stets die Möglichkeit, daß der

¹³⁰ Cicero, De inventione II 54,162 *lege ius est, quod in eo scripto, quod populo expositum est, ut observet, continetur*, von mir in meinem Aufsatz „Gesetz und Sprache“ (oben Anm. 1) 202 versehentlich als Text dem Auctor ad Herennium zugeschrieben.

¹³¹ Vgl. bereits oben Anm. 82 a. E. und den anschaulichen, aus dem Gesichtspunkt des Klägers geschriebenen Text Cicero, pro Roscio comoedo 8, 24: *Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae aut in ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria, publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accomodatur. (Rechtsregeln und Prozeßformeln sind für alle Lebensverhältnisse eingerichtet, damit sich niemand über die Art des Unrechts und die vom Ediktsystem gebotene Klage irren kann. Es sind nämlich vom Prätor für den Schaden, den Schmerz, den Vermögensnachteil, das Unglück [Gefährdungshaftung!], das Unrecht eines jeden öffentlichrechtliche Formeln verfaßt worden, denen der private Rechtsstreit untergeordnet wird.)* Im Gegensatz *publicae formulae* und *privata lis* spiegelt sich der klassische Gegensatz von *ius publicum* und *ius privatum*. Eine magistratisch erteilte Prozeßformel wie die einer *actio legis Aquiliae* gehört nach ihrer gerichtsverfassungsrechtlichen Geltung dem öffentlichen Recht, nach ihrem Inhalt dem Privatrecht an, nicht anders als das der Klage zugrundeliegende Gesetz, das ebenfalls nach seiner Geltungsform öffentlichrechtlich, nach seinem Inhalt privatrechtlich ist.

¹³² Vgl. näher dazu Gesetz und Sprache (oben Anm. 1) 135 ff.

Buchstabe des Gesetzes das Vernünftige verfehlt. Dafür gibt es Beispiele genug. So mußte der Buchstabe der *lex Aquilia*, der in der klassischen, dem handgreiflichen Wortlaut folgenden Auslegung unmittelbare körperliche Schadenszufügungen verlangt, vom Prätor ergänzt werden, weil die skeptische Vernunft Ersatz auch bei allen durch *causam praestare* mittelbar verursachten Schädigungen verlangt¹³³. Ferner mußte, da das Gesetz der Zwölftafeln nach seinem Wortlaut nur die im Mannesstamm verwandten Erben beruft, der Prätor im Namen der *naturalis aequitas*, soweit er das gegen das widerstehende *mos maiorum* konnte, auch der natürlichen durch die Frau vermittelten Blutsverwandtschaft zur Beachtung verhelfen¹³⁴. Die Beispiele ließen sich ohne Schwierigkeiten vermehren.

Es war also die damals herrschende Jurisprudenz, auf deren Unterstützung Pompejus für seinen Kodifikationsplan angewiesen war, in der sich die entschiedensten Widerstände regen mußten. Diese spätrepublikanische Jurisprudenz war nach ihrem Grundansatz die geborene Gegnerin eines solchen Projekts.

Sie konnte der Überzeugung sein, ein überlegenes System entwickelt zu haben: Das Edikt befriedigte die Bedürfnisse des Publikums nach Rechtssicherheit und Bekanntheit der verfügbaren Rechtsmittel. Das hinter ihm stehende System vereinte Klarheit und Berechenbarkeit des Rechts mit der methodisch voll ausgebildeten Fähigkeit zur Selbstkorrektur und Selbstergänzung. Wo die *institutio aequitatis*, die aus den Figuren des *ius gentium* und den Geboten der Gesetze und des *mos maiorum* zusammengesetzt war, nicht ausreichte, wurde der – von den Juristen angeleitete – Prätor tätig, teils in bereits publizierten Verheißungsedikten, teils auf konkrete in einem Responsum enthaltene Juristenempfehlung hin.

Für das Gesetz blieb in dieser Perspektive als legitimer Bereich nur, in Konkurrenz mit dem *mos maiorum* die Bedürfnisse nach *ius proprium* zu befriedigen. In der Überlieferung des klassischen Rechts ist dieser Gedanke einer begrenzten Legitimität der Gesetzgebung auch noch bewahrt, nämlich in der schon kurz erwähnten klassischen Lehre, daß manche Verfassungen wie die Athens alles in Gesetze fassen, andere wie die Spartas nichts, wenn man sich nur den in unserer (nicht ohne Grund) verkürzten Überlieferung den unausgesprochenen Gedanken hinzuergänzt, daß Rom, das nur einiges wenige gesetzlich geregelt hat, dabei den vernünftigen Weg gewählt hat. Daß der große Kodifikator Justinian, der ja als erster entgegen dem von Isidor bewahrten Einwand Rechtswissenschaft (um sie überflüssig zu machen) in Gesetzesaussprüche verwandelt hat, dieses unausge-

¹³³ Vgl. Gesetz und Sprache (oben Anm. 1) 245 ff. und *Traditio* (oben Anm. 1) 77, Anm. 63.

¹³⁴ Die Durchsetzung der familienrechtlichen *aequitas naturalis* im Erbrecht war Sache des Prätors. Vgl. nur *Gaius* 6 ad edictum provinciale D 38,8,2 *proconsul aequitate motus omnibus promittit bonorum possessionem*. Es ist aber interessant, daß dieser Durchsetzung nach klassischer Auffassung *mos maiorum* entgegenstehen konnte, so im Fall der Zurücksetzung der Frauen im Agnatenerbrecht durch das vorklassische Prinzip einer nur vom Manne erzeugten und vermittelten Consanguinität. Vgl. dazu meine Bemerkungen in *Behrends, Knütel, Kupisch, Seiler, Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung I, Institutionen* (2. Auflage, 1996) 284 ff. sowie unten Anm. 153.

sprochene Lob der Römer in dem Fragment nicht mehr ausdrücklich hat zu Worte kommen lassen, ist verständlich¹³⁵.

Es überrascht daher auch nicht, daß sich in unserer Überlieferung aus der klassischen Jurisprudenz nirgendwo Äußerungen finden, welche die Kodifikation favorisieren, auch nicht in Justinians Sammlung. Justinian kann sich bezeichnenderweise für seine Kodifikation nur auf eine systembildende Tat ganz anderer Art berufen, nämlich die vom Kaiser Hadrian angeregte und vom Juristen Julian ausgeführte abschließende Redaktion des klassischen Edikts. Und diese Maßnahme hält sich auf der Bahn, die Servius Sulpicius, der das klassische Edikt in der Praxis durchgesetzt und als erster kommentiert hat, am Anfang des klassischen Rechts gewiesen hatte¹³⁶.

Das Aufkommen der Kodifikationsdiskussion wenige Jahre, nachdem sich die neue Jurisprudenz etabliert hatte, ist andererseits kein Zufall. Tatsächlich hat der Sieg einer Rechtstheorie, welche die Geltung der Gesetze auf ihren handgreiflichen Wortlaut zurückführte und sie zugleich in ein streng rational durchdachtes System einordnete, erhebliche Unruhe ausgelöst und früh gesetzliche Reaktionen provoziert. So hat die klassische Auslegung, die den Diebstahlsbegriff, der in der vorklassischen Zwölftafelauslegung sehr weit geworden war, in großer Strenge auf das heimliche Entziehen einer Sache beschränkte (*rem clam amovere*), den Raub aus dem Diebstahlsbegriff herausgenommen und damit geraubte Sachen, die im Rechtssinne nun nicht mehr gestohlene waren, dem für gestohlene Sachen geltenden Ersitzungsverbot der Zwölftafeln entzogen. Die Antwort auf diese neue Rechtslage war eine zwischen 78 und 63 v. Chr. datierte *lex Plautia de vi*, welche das Ersitzungsverbot für geraubte Sachen unter den Vorzeichen des neuen Systems wiedereinführte¹³⁷. Gleichzeitig wurde in dem neuen klassischen Edikt eine

¹³⁵ Inst. 1,2,9 *Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.* 10. *Et non ineleganter in duas species* [in zwei Idealtypen] *ius civile distributum videtur. nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemonis, fluxisse videtur: in his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae in legibus scripta reprehendissent [invenissent], custodirent.* 11 *Sed naturalia quidem iura* (im Gegensatz zu dem nach dem Athen-Sparta-Gegensatz entweder gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich geordneten positiven Rechten), *quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constitui, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.* Dieses auf eine göttliche Herkunft verweisende Naturrecht hat sich von dem klassischen, streng auf analytische Beobachtung zurückgeführten *ius commune* gelöst, und zwar unter dem Vorzeichen des Kompromisses der Schule Julians, welche die *naturalis actio* in vorklassischer Denkweise zu einem handelnden Prinzip hypostasierte (vgl. *Gaius* I 1).

¹³⁶ Vgl. *Constitutio Δέδωκεν* 18 und *Constitutio Tanta* 18. Zur Bedeutung Julians, dem als Sabinianer in besonderem Maße das Verdienst zukommt, daß die römische Rechtswissenschaft bei aller Öffnung gegenüber vorklassischen Argumenten im einzelnen vom klassischen Geist geprägt blieb, näher in meinem Beitrag „La nuova traduzione tedesca dei ‚Digesta‘ e la critica interpolazionistica“, in: *Index* 25 (1997) 13–69.

¹³⁷ *Rotondi*, *Leges publicae populi Romani* (1912, Nachdruck 1966) 377f. Jene Bestimmung (*Gaius* II 45) war nicht der einzige Inhalt des Gesetzes. Es richtete gleichzeitig einen Ge-

Rechtsschutzverheißung *de vi bonorum raptorum* mit *in factum* konzipierter Klagformel aufgenommen, die den Räuber, der nicht mehr mit der vierfachen Zwölftafelbuße des handhaften Diebes bestraft werden konnte, nun kraft prätorischer Gerichtshoheit mit der Vierfachbuße belegte. Dieser Gesamtvorgang erlaubt, verbunden mit dem genannten Edikt und dem wahrscheinlichen Terminus post quem, neben dem gewaltsamen Tod des letzten großen Vertreters der vor-klassischen Jurisprudenz Q. Mucius Scaevola pontifex maximus – er wurde im Jahre 82 von den Marianern ermordet –, auch eine recht präzise Datierung des Sieges der neuen Jurisprudenz¹³⁸. Alles deutet darauf hin, daß er sich in dem ersten Jahrzehnt vollzogen hat, das dem Tod des Mucius folgte. Dem entspricht auch, daß man das gescheiterte Projekt des Pompejus am ehesten mit seinem ersten Konsulat im Jahre 70 verbinden möchte. Es paßt gut zu dem damals die Politik des Pompejus prägenden Bestreben, nach Möglichkeit zwischen den nicht zuletzt durch den gewaltsamen Tod des Mucius symbolisierten Gegensätzen zwischen Sullanern und Marianern, Optimaten und Popularen, Senat und Ritterstand zu vermitteln, wie es insbesondere auch in der aus dem Jahre 70 stammenden, von Pompejus unterstützten *lex Aurelia* über die Zusammensetzung des die Geschworenen stellenden *album iudicum* zum Ausdruck kommt¹³⁹.

Dem heutigen Juristen fällt die Analogie zum berühmten Kodifikationsstreit zu Beginn des 19. Jahrhunderts ins Auge. Sie besteht mutatis mutandis tatsächlich. Der klassischen Jurisprudenz ließ ihre Überzeugung, daß die *lex publica* nicht anders als die anderen Rechtsinstitute des *ius gentium* eine Einrichtung der menschlichen *ratio* war, eine gesetzliche Fixierung des reinen *ius gentium* sinnlos erscheinen. Hinzu kamen die besonderen Schwierigkeiten aus dem Prinzip der handgreiflichen Wortlautgeltung. Allzu leicht konnte der Buchstabe die dem Denken so klaren Strukturen des *ius gentium* verfehlen. Savignys Argument, daß eine Kodifikation der im (von professionellen Juristen betreuten) Volksgeist rechtskulturell verwirklichten Geltungsweise des Rechts nichts Entscheidendes hinzuzufügen vermag, entspricht im Kern der klassischen Argumentation, allerdings mit dem folgenreichen Unterschied, daß Savignys Volksgeist an ein vorklassisch umgeprägtes *ius gentium* anknüpft, das zu einer objektiven, in den Verhältnissen wirkenden Kraft hypostasiert worden war¹⁴⁰. Beide Jurisprudenzen, die klassische wie diejenige der historischen Rechtsschule, beschränkten die Gesetzgebung folgerichtig auf Sonderfragen, die positiver Regelung bedürftig sind.

schworenenhof wegen Gewalttaten (*quaestio de vi*) ein, vor dem später die Catilinarier angeklagt wurden.

¹³⁸ Vgl. die näheren Nachweise in Gesetz und Sprache (oben Anm. 1) 225 ff., 231 ff.

¹³⁹ Vgl. meine Geschworenenvfassung (1970) 55.

¹⁴⁰ Zu Savignys Gewohnheitsrechts- oder Volksgeistlehre gleich noch u. S. 116 ff.; zur hypostasierenden Umprägung des *ius gentium*-Begriffes oben Anm. 135 und u. S. 98 f.

7. Das Verhältnis der technischen Regelbildung (*mos maiorum*) zur Gewohnheit des Rechts (*consuetudo*) im klassischen Gewohnheitsrecht

Es gibt noch eine weitere instruktive Mitteilung, die sich so nur in der von Isidor bewahrten und gleich zweimal mitgeteilten Tradition findet, nämlich die tautologisch scheinende, aber offenbar restriktiv gemeinte Formulierung, daß das Gewohnheitsrecht eine lange Übung darstellt, die als solche ausschließlich aus der Gewohnheit herausgezogen ist. *Mos autem longa consuetudo est, de moribus tracta tantundem* (II 10, 2; V 3, 3). Das *tantundem* bezieht sich offenbar auf die in der Praxis wahrgenommene Regel. Der Satz sagt daher: Die Regel gilt in dem Umfang, in dem sie in der rechtlichen Praxis wahrgenommen worden ist.

Der Sinn dieser Bemerkung ist offenbar, daß der *mos maiorum* nach streng klassischer Lehre aufgrund der Feststellung einer entsprechenden allgemein akzeptierten Praxis formuliert wurde, also aufgrund der Beobachtung, daß etwas seit längerem aus Gewohnheit geschieht oder, wie Aristoteles es einmal definiert hat, daß man etwas tut, weil es bisher schon häufig getan worden ist¹⁴¹. Es stellt sich die Frage, wer diejenigen waren, die in dieser Weise Verhalten beobachteten, auswerteten und gegebenenfalls aus ihm eine Regel herauszogen.

Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. Nach dem ursprünglichen System des klassischen Rechts konnte die Entscheidung, ob in einer sozialen Praxis eine Regel des *mos maiorum* wahrnehmbar sei, theoretisch und praktisch nur bei den Juristen liegen. Es waren ja die Juristen, welche die *ratio iuris* handhabten. Folglich war es ihre Aufgabe zu entscheiden, ob und wo sich eine Regel als *mos maiorum* gebildet hatte.

Die Ursprungsfrage des *mos maiorum* läßt sich aber noch weiter zuspitzen. Damit unter Menschen eine Gewohnheit beginnt, die sich auf eine Regel bringen läßt, muß jemand damit anfangen. Diese Feststellung führt auf das Problem, wer sozial die Macht hatte, ein Verhalten zu beginnen, das durch Nachahmung zur allgemeinen Gewohnheit werden kann.

Der Antike war das Phänomen, das man heute landläufig die Bürgermeistertheorie nennt (Gewohnheiten erzeugt derjenige, auf den geblickt wird) oder in den reichlich respektlosen Spruch vom Pfarrer Nolte kleidet¹⁴², durchaus bekannt. Varro stellt in einer Schrift über die *mores* treffend fest, daß irgend jemand durch sein Urteil den Anstoß dazu geben muß, damit sich (für ihn selbst oder für andere) etwas entwickelt, das sich als Gewohnheit bezeichnen läßt.

Macrobius, Saturnalia III 8, 9

Varro *de moribus* morem dicit esse in iudicio animi, quem sequi debeat consuetudo.

(Varro sagt in seiner Schrift über die Sitte, daß die Sitte [das Gewohnheitsrecht] in einem Urteil eines Verstandes besteht, dem [damit Gewohnheit entsteht] die Übung folgen muß.)

¹⁴¹ Aristoteles, Rhet. 1369b: ἔθει δὲ ὅσα διὰ τὸ πολλάκις πεποιηκέναι ποιούσιν (Aus Gewohnheit handelt man, wenn man etwas tut, weil es häufig getan worden ist.)

¹⁴² Man sagt bekanntlich: „Das kann man halten wie der Pfarrer Aßmann; der macht es wie der Pfarrer Nolte; der machte, was er wollte.“

In den Fragen der Praxis des Rechts, also dort, wo in einer von der Gerichtsbarkeit anzuerkennenden Weise über Geltung und Nichtgeltung, über Gebote und Verbote entschieden wird, können in Rom diejenigen, auf die im Sinne dieser Gewohnheitstheorie geblickt wird, nur die Juristen sein. Es muß also, wenn sich im Rechtsleben Gewohnheitsrecht bilden soll, der Anstoß von den Juristen kommen.

Diese Tatsache läßt sich an dem Beispiel, auf das wir uns in dieser Untersuchung im Bereich des *ius humanum* beschränken müssen, sehr gut zeigen. Wenn der Kaiser Caracalla oder sein Kanzleijurist sagt:

Kaiser Antoninus Caracalla bei Ulpian 32 ad Sabinum D 24,1,3 pr

„Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt“

(Unsere Vorfahren haben Schenkungen unter Ehegatten verboten)

dann können diese *maiores* nur Juristen gewesen sein. Nur ein Jurist hatte in Rom die Möglichkeit, eine Schenkung unter Verwendung der Kategorie des *mos maiorum* mit Wirkung der Nichtigkeit für verboten zu erklären. Und nur die übrigen Juristen hatten die Möglichkeit, sich dieser Entscheidung in ihrer Praxis anzuschließen und damit den betreffenden *mos maiorum* als solchen anzuerkennen. Von diesem Vorgang der Anerkennung spricht Ulpian in bezug auf die gleiche Regel in der folgenden Stelle.

Ulpian 32 ad Sabinum D 24,1,1

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent.

(Durch Gewohnheitsrecht ist bei uns anerkannt, daß Schenkungen unter Ehegatten nicht gelten.)

Der von Ulpian eingenommene Standpunkt des „wir“ zielt dabei naturgemäß zunächst auf die Juristen und erst in zweiter Linie auf das von der juristischen Praxis betroffene Publikum. Der damit berührte Unterschied zwischen der Formulierung und Anerkennung der Regel des *mos maiorum* durch die Juristen einerseits und ihrer Beachtung in der „Gewohnheit des Rechts“ durch die Rechtsbetroffenen andererseits läßt sich in der klassischen Terminologie noch näher nachweisen.

Zuvor ist aber noch hervorzuheben, daß sich in dem Fall des Ehegattenschenkungsverbotes die Tatsache, daß Formulierung und Anerkennung des im *mos maiorum* eingeordneten Rechtssatzes durch die Juristen erfolgt, noch aus einem selbständigen Grund ergibt, der exemplarischen Charakter hat.

Die vorklassischen Juristen haben nämlich den Grundsatz, daß Ehegatten einander nicht schenken können, ganz anders, nämlich naturrechtlich begründet: In der Ehe, die für diese Juristen eine vollkommene Lebens- und Gütergemeinschaft darstellt, konnten die Eheleute nicht schenken, weil es in ihrem Verhältnis zueinander die Kategorie des den anderen ausschließenden Eigenvermögens nicht gab. Da eine Schenkung voraussetzt, daß der Schenker den Beschenkten bereichert, die Ehe aber im naturrechtlichen Verständnis bereits alle Güter vergemeinschaftet hat, und zwar ohne Vorbehaltsgut, fehlt es im Verhältnis der Eheleute an einer Grundvoraussetzung der Schenkung, der Möglichkeit einer Bereicherung des einen durch den anderen. Im relativen Naturrechtskommunismus der Ehe ist für eine Schenkung, die strikte Eigentumsabgrenzungen voraussetzt und erstrebt,

kein Raum. Die Ehe ist nach vorklassischem Recht eine vollkommene *societas* und daher (im Innenverhältnis der Ehegatten) eine eigentumslose, ausschließlich auf vollkommener Nutzungsgemeinschaft beruhende Gesellschaftsform¹⁴³. In diesen Zusammenhang gehört auch die berühmte *praesumptio Muciana*, welche im Rahmen des schönen vorklassischen Eheideals die Vermutung aufstellte, daß Geschenke in der Hand einer Ehefrau im Zweifel von ihrem Ehemann herrühren und daher, da unwirksam zugewandt, ihm gehören¹⁴⁴.

Das klassisch skeptische Menschenbild konnte eine so hochgestimmte Argumentation nicht gelten lassen. In klassischer Sicht wurde die Ehe zu einer von einem soziobiologischen *ius naturale* unterfangenen Konsensstruktur zwischen Bürgern verschiedenen Geschlechts, deren Wirkung darin bestand, den Eheleuten einen (weitere gleichzeitige Ehen ausschließenden) Status zu verleihen und die geborenen Kinder ehelich zu machen. Weitere Wirkungen hatte die Ehe nicht. Die bisher geübte Praxis der vorklassischen Jurisprudenz, Schenkungen unter Ehegatten als unwirksam zu behandeln, konnte die klassische Jurisprudenz nur als Praxis gelten lassen, für die sich mehr als Zweckmäßigkeitsgründe nicht anführen ließen. Die klassischen Juristen reduzierten daher das vorgefundene Ehegattenschenkungsverbot nach dem Prinzip: *Mos autem longa consuetudo est, de moribus tracta tantundem* auf die Praktizierung der Nichtigkeit, und gaben der auf diese Weise formalisierten Regel eine ganz nüchterne und, wie gegenwärtige Erfahrungen lehren, durchaus Lebenserfahrung beweisende Motivierung: Ohne Schenkungsverbot bestünde die Gefahr, daß ein Ehepartner den anderen durch Drohung, ihn andernfalls zu verlassen oder nicht zurückzukehren, in Gestalt von Veröhnungsgeschenken um bedeutende Vermögenswerte brächte, und sogar die Besorgnis – dies eine etwas dramatisierende Zuspitzung –, daß die Ehefrauen sich,

¹⁴³ Vgl. *Schlei*, (oben Anm. 3) 23 ff., 33 ff. Es ist im Prinzip die gleiche naturrechtliche Argumentation, die unter der Herrschaft des naturrechtlichen Diebstahlstatbestands, der das naturrechtliche als Nutzungszuständigkeit definierte Vermögen schützte (vgl. Gesetz und Sprache [oben Anm. 1.] 225 ff.), auch den Diebstahl unter Ehegatten ausschloß, während ihn die klassische Gegenmeinung als ungeschriebenen positiven, die Ehe schützenden Rechtssatz und damit, wie wir ergänzen dürfen, als *mos maiorum* einordnete. Vgl. *Paulus* 7 ad Sabinum D 25,2,1, wo der (nach Auflösung einer früh erkannten Überlieferungsstörung auf Sabinus und Cassius zurückgeführte) naturrechtliche Grundsatz lautet: *quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret*. An die naturrechtliche Art dieser gesellschaftlichen „Eigentümstellung“ knüpft die sabinianische Rechtsschule an, wenn sie die Schenkung an die Ehefrau nach der Scheidung an dem naturrechtlichen Gesichtspunkt des „*locupletiolem fieri*“ mißt. Vgl. *Javolen* 13 epistularum D 24,1,50; *Julian* 5 ex Minicio D 24,1,39 und das (mit Auflösung der Ehe eingreifende) naturrechtliche Bereicherungsverbot *Pomponius* 21 ad Sabinum D 12,5,14 und 9 ex variis lectionibus D 50,17,206. Das vermögensrechtliche *consortium* der Ehegatten (*Modestin* 1 regularum D 23,2,1) entsprach dem der vorklassischen Brudergesellschaft (*Gaius* III 154a), die in der späteren naturrechtlich inspirierten *societas omnium bonorum* fortlebt (*Paulus* 32 ad edictum D 17,2,1,1).

¹⁴⁴ Vgl. Mucius-Zitat bei *Pomponius* 5 ad Quintum Mucium D 24,1,51 und die Kaiserkonstitution von 229 n. Chr. CJ 5,46,6,1, die ganz richtig von einem Rechtssatz der *veteres iuris auctores* spricht.

statt in Ruhe Kinder aufzuziehen, nur noch auf das Spiel verlegten, sich das Verbleiben in der Ehe mit Schenkungen bezahlen zu lassen¹⁴⁵.

Dieses Beispiel ist zugleich, wie schon bemerkt, exemplarisch. Es war die eigentliche Aufgabe der spezifisch jurisprudentiellen Rechtsquellenkategorie des *mos maiorum*, den vorklassischen Regeln, deren naturrechtlich-spekulative Begründung nicht mehr trug, deren Anwendung aber auch unter den neuen Vorzeichen für wohltätig gehalten wurde, eine neue Grundlage zu geben. Von den zahlreichen weiteren Beispielen des Privatrechts, die dasselbe bezeugen, haben wir bereits einige gestreift¹⁴⁶. Das kann hier vorerst genügen, da wir weiter unten noch das große Beispiel des klassischen *ius divinum* erörtern werden, durch das die vorklassische Religionslehre, die sich auf das in der Natur unmittelbar wahrnehmbare Wirken der Götter berief, vollständig auf das skeptische *mos maiorum* umgestellt wurde.

Nur diese Genese des klassischen *mos maiorum* macht verständlich, wie es möglich war, in der Rechtspraxis zahlreiche Sätze angewendet zu finden, die sich in einer Weise technisch-jurisprudentiell ausformulieren ließen, die den geschriebenen Gesetzesnormen an Prägnanz nicht nur gleichkamen, sondern sie in der Regel überboten. Die Grundlage dieses (neuformulierten) Gewohnheitsrechts fand sich eben nicht, wie man unbefangener- oder naiverweise erwarten würde, im Rechtshandeln des Volkes selbst, sondern in den Normen einer älteren Rechtswissenschaft, die sich, als sie an der Herrschaft war, mit ihren naturrechtlichen Prämissen durchzusetzen gewußt hatte.

Wir halten also fest, daß der *mos maiorum* der klassischen *ratio iuris* (vgl. Cicero, part. ort. 37, 130) eine von den professionellen Juristen gehandhabte Kategorie der klassischen Rechtskunst war. Wir müssen uns freilich noch mit einem möglichen Einwand auseinandersetzen. Cicero sagt in seiner Schrift *de inventione* an einer Stelle, in der mit dem Wort *consuetudo* nach dem Zusammenhang unzweifelhaft der *mos maiorum* gemeint ist, daß die Regeln des Gewohnheitsrechts von dem Willen aller gebilligt sein müssen.

Cicero, *de inventione* II 22, 67

Consuetudine autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobatur

(Aufgrund Gewohnheit hält man für Recht, was aufgrund des Willens aller ohne Gesetz das Alter bekräftigt hat.)

Wie ist das zu verstehen? Danach hätten also doch nicht die Juristen, sondern die Rechtsbetroffenen über die Geltung der Rechtssätze entschieden. Der Wider-

¹⁴⁵ So im wesentlichen übereinstimmend *Ulpian* 32 ad Sabinum D 24,1,1; *Paulus* 7 ad Sabinum D 24,1,2 und die von *Ulpian* D 24,1,3 an der gleichen Stelle des Sabinus-Kommentars zitierte Konstitution seines Kaisers Caracalla.

¹⁴⁶ Erwähnt haben wir als weitere Regeln, die von einer naturrechtlichen Begründung auf *mos maiorum* umgestellt worden sind, den Ausschluß der Verfolgung eines während der Ehe begangenen Diebstahls (oben Anm. 143), die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter einer Bank (oben S. 70) und den Ausschluß der weiblichen Deszendenten von der Intestaterbfolge jenseits des Kreises der *consanguineae* (oben Anm. 134).

spruch ist indes nur scheinbar. Er verschwindet durch die Unterscheidung zwischen den das Recht technisch bearbeitenden und professionell verantwortenden Juristen und den nach dem Recht lebenden Bürgern.

Cicero nimmt in der zitierten Stelle das partikuläre Gewohnheitsrecht von der Seite der allgemeinen *consuetudo*, der „Gewohnheit des Rechts“, in den Blick und nicht als technisches *mos maiorum* von der Seite der juristischen Formulierung. Er definiert das Gewohnheitsrecht von der Seite des Normadressaten, der Bürger.

Tatsächlich finden wir bestätigt, daß die klassische Theorie auf diese Weise zwei Aspekte des Gewohnheitsrechts terminologisch unterscheidet. In der *ratio iuris* wechselt nämlich Cicero ganz ersichtlich zwischen eben diesen beiden Aspekten. In der ersten Erwähnung nennt Cicero das Gewohnheitsrecht als schriftloses Recht neben dem *ius gentium* und nennt es *mos maiorum*. Hier geht um die technischen Rechtsquellenkategorien der Jurisprudenz.

Cicero, *Partitiones oratoriae* 37, 130

propria legis ... quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur
(die besonderen Normtatbestände ... die ohne Schrift entweder nach den Figuren des allgemeinen Zivilisationsrechts oder nach den Vorschriften des partikulären Gewohnheitsrechts in Geltung stehen)

In der alsbald anschließenden zweiten Erwähnung, in der die Reihenfolge des Vorkommens der beiden Rechtsquellen mit Rücksicht auf den in der Antike beliebten Chiasmus umgekehrt ist, geht es um die Geltungsweise der beiden Rechtsquellen im menschlichen Zusammenleben.

Quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur. (Die Normen, die nicht schriftlich abgefaßt sind, gelten entweder allgemein kraft der Gewohnheit des Rechts oder speziell aufgrund der Übereinkunft der Menschen und gleichsam aufgrund vernünftigen Konsenses.)

Die in der zweiten Stelle genannte *consuetudo* ist die Gewohnheit des Rechts in ihrer Anwendung auf den *mos maiorum*. Man muß bei dieser Anwendung des Wortes gewissermaßen ein „nur“ mitdenken. Die Bürger des jeweiligen Gemeinwesens fügen als Normadressaten dem rechtstechnisch formulierten *mos maiorum* einzig und allein die allgemeine Normbefolgung hinzu. Dagegen beruht das *ius gentium*, das um nichts weniger Inhalt der „Gewohnheit des Rechts“ ist, wie Cicero ausspricht, zusätzlich auf der „Zusammen- und Übereinkunft der Menschen“ zur Rechtsordnung, das kraft der allen Menschen gemeinsamen Naturanlage zum Recht möglich ist und daher infolge der Vernunftfähigkeit aller Menschen auf einem universalen Quasikonsens aufbaut.

Als Ergebnis können wir festhalten, daß der *mos maiorum* von Juristen formuliert, aber in seiner Geltung wie alles Recht auf die Beachtung durch die Bürger zurückgeführt wird. Der Jurist formuliert, die Rechtsbetroffenen folgen. Darin drückt sich zum Teil die typisch skeptische Überzeugung aus, daß Gedanken, auch wenn sie soziale Geltung erlangen, letztlich aus einem individuellen menschlichen Intellekt stammen müssen. Freilich kommt noch das Altersefordernis hinzu, das verlangt, daß die auf die Rechtsregel des *mos maiorum* gebrachte Praxis

der Juristen schon vorher als beobachtbar vorhanden gewesen sein muß. Es bedarf gesonderter Würdigung.

8. Die althergebrachte Regelanwendung als formaler Geltungsgrund des *mos maiorum* und die Zwecke der Regeln

Das Alterserfordernis, das Prinzip, daß die auf den Begriff gebrachte Praxis vorgefunden sein muß, verleiht der Kategorie des *mos maiorum* die formale Strenge, die ihm Eintritt in die klassische *ratio iuris* verschafft. Denn durch dieses Erfordernis werden die Regeln des *mos maiorum* der individuellen Willkür entzogen.

Das Altersprinzip, das die Anerkennung der Regel als Recht und das Leben nach ihr als einen Tatbestand der Vergangenheit fordert, bündigt das Gewohnheitsrecht. Es schließt es aus, daß ein Jurist eine plötzlich auftretende Volksmeinung zur Rechtsquelle erklärt oder gar mit der Erklärung auftritt, ihm sei plötzlich ein neuer Gewohnheitsrechtssatz eingefallen. Es begründet vielmehr umgekehrt die Vermutung, daß der Zweck, dem die Regel des *mos maiorum* dient, einem objektiv empfundenen Bedürfnis des Bürgerverbandes entspricht.

Der für die Rationalität entscheidende Altersfaktor ist nachdrücklich dokumentiert. Der Auctor ad Herennium spricht vom *ius quod ... usitatum est*¹⁴⁷, Cicero spricht in seiner Jugendschrift von einem (II 22, 67) *ius, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit* und von (II 54, 162) *ius quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit*, in den *Partitiones oratoriae* (37, 310) von *consuetudo*, in seiner *Topik* (23, 90) von *pars moris vetustate firmata*, in einem noch näher zu behandelnden großen Fragment spricht Julian (84 digestorum D 1, 3, 32) von *inveterata consuetudo*, Ulpian seinerseits von *diuturna consuetudo*¹⁴⁸, Hermogenian von *longa consuetudo*¹⁴⁹ und Isidors Quelle schließlich teils von *(ex) vetustate probata consuetudo* (II 10, 1; V 3, 2) und teils ebenfalls von *longa consuetudo* (II 10, 2; V 3, 3).

Der Wille der Vorfahren, der in dem Wort *mos* enthalten ist – der Ausdruck *morem gerere alicui* heißt bekanntlich ‚jemandem gehorchen, willfahren‘ und wird in diesem Sinne auch von den Juristen gebraucht¹⁵⁰, – ist in dem Ausdruck

¹⁴⁷ Auctor ad Herennium II 13, 19.

¹⁴⁸ Ulpian 1 de officio proconsulis D 1,3,33: *Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet*.

¹⁴⁹ Hermogenian 1 iuris epitomarum D 1,3 35: *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iure servantur*.

¹⁵⁰ Paul 13 Sab. D 6,1,71: *Quod si ... actor ... iurare non vult, ... mos ei gerendus est*; Ulpian 19 ad edictum D 10,2,16 pr ... *si volent heredes a communione ... discedere, morem eis gerat* (sc. iudex); Julian 8 digestorum D 10,2,51,1 *ex causa utrique nostrum mos gerendus est* (sc. a praetore); Ulpian 2 de officio consulis D 22,3,14 *opinor morem ei geri probandi se ingenuam* (a consule). Diese juristischen Wendungen folgen altem Sprachgebrauch. Vgl. *Plautus*, *Bacchides* 459 *opsequens oboediensque est mori atque imperio patris*; *Mostellaria* 120 *nam amator meretricis mores sibi emit auro et purpura*.

mos maiorum notwendig der Wille von Verstorbenen¹⁵¹. Diesem vergangenen Willen der Vorfahren werden auch, wie wir gesehen haben, die in den Quellen genannten Motive der Rechtssetzung zugeordnet¹⁵².

Diese Motive geben Rechtfertigungen, die auf Zweckmäßigkeiten verweisen, nicht auf unmittelbar einsichtige Wahrheiten. So wurde die Zurücksetzung der Frau im Erbrecht nach klassischer Auffassung anders als nach vorklassischer Ansicht nicht auf unmittelbar einsichtige Gründe, also auf die Geschlechtsunterschiede selbst, sondern auf Zweckmäßigkeitsgründe zurückgeführt, nämlich auf die damalige Rollenverteilung der Geschlechter und die hohe Belastung der Männer durch die Kosten der ihnen vorbehaltenen öffentlichen Ämter¹⁵³.

In klassischer Sprache wird diese Art Begründung unter die Kategorie der *necessitas* gefaßt. Diese als Rechtsbildungsfaktor anerkannte *necessitas*¹⁵⁴ ist keine

¹⁵¹ Das Wort *maiores* bezeichnet, wenn es ohne nähere Bestimmung verwendet wird, einfach die Vorfahren (Javolen *epistularum* D 38,2,36 *praedia ... in quibus maiorum patroni sepulchra sint*), in Zusammenstellung mit den spezielleren Ausdrücken für Aszendenten wie Vater oder Großvater bezeichnet es relativ die weiteren Aszendenten (vgl. *Alfenus* 1 *epitomarum* D 48,22,3 *non enim haec patrem, sed maiores eius eis dedisse*; Paulus *libro singulari de gradibus et adfinibus et de nominibus eorum* D 38,10,10,7 *Parentes usque ad tritavum apud Romanos proprio vocabulo nominantur: ultiores qui non habent speciale nomen maiores appellantur*). Der Versuch der vorklassischen Juristen, den Ausdruck *parens* auf die Aszendenten bis einschließlich den *tritavus* (Aszendent des 6. Grades) zu beziehen und erst darüber hinaus die *maiores* beginnen zu lassen, hat sich nicht durchgesetzt. Vgl. *Ulpian* 5 *ad edictum* D 2,4,4,2 *quidam parentem usque ad tritavum appellari aiunt, superiores maiores dici: hoc veteres existimasse Pomponius refert; sed Gaius Cassius omnes in infinitum parentes dicit, quod et honestius est et merito optinuit*. In der klassischen Sprache, in der auch der Ausdruck *mos maiorum* einen technischen Wert erhält, ist *maior* ein relativer Begriff. Daher kann Cicero auch die Jurisprudenz seines Lehrers Q. Mucius, welcher der Generation seines eigenen Vaters angehörte, in Übereinstimmung mit der Terminologie seiner Zeit die der *maiores* nennen (vgl. Cicero, *de officiis* III 17, 69ff.). Das paßt zu dem technischen Begriff des *mos maiorum* besonders gut, da sein Hauptzweck ja darin bestand, den Regeln der Jurisprudenz der *maiores*, an denen man festhalten wollte, ohne ihre naturrechtliche Rechtfertigung übernehmen zu können, eine neue Grundlage zu geben.

¹⁵² Vgl. oben Anm. 143 und 145.

¹⁵³ Vgl. zu der erbrechtlichen Regelung selbst meine Bemerkungen in Behrends, Knütel, Kupisch, Seiler, *Institutionen* (21996) 284 f. Das Motiv, warum es „vorteilhafter erschien, daß die Erbschaften in der Regel Männern zuflossen“ (Inst. 3,2,3) ergibt sich, wenn man sieht, daß den Frauen nach klassischer Lehre wiederum gewohnheitsrechtlich – und nicht etwa wegen angeblich geschlechtsspezifisch gegebener, geringerer Befähigung – die kostspieligen, öffentlichen Ämter verschlossen waren (Paul 17 *ad edictum* D 5,1,13,2: *moribus ... non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur*; Paulus 30 *ad edictum* D 16,1,1,1; *Ulpian* 1 *ad Sabinum* D 50,17,2 pr; vgl. auch Gaius I 190).

¹⁵⁴ Vgl. die Quellen unten Anm. 157 und Modestin 1 *regularum* D 1,3,40: *Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*. Die aller Wahrscheinlichkeit nach nicht originelle, sondern tralatizische Trichotomie Modestins bezieht sich in ihrem ersten Teil mit dem *ius quod consensus fecit* ersichtlich auf das in der *ratio iuris* auf den *quasi consensus* zurückgeführte *ius gentium* (Cicero, *Part. orat.* 37, 130), in dem letzten Teil mit *consuetudo quae firmavit* auf die das Recht generell stärkende „Gewohnheit des Rechts“. Für das *ius quod necessitas constituit* bleibt das *ius proprium*, das aus Zweckmäßigkeitsgründen entweder durch den *mos maiorum* oder eine *lex publica* eingeführte positive Recht.

zwingende Notwendigkeit, sondern nur eine relative, zweckabhängige Notwendigkeit. Es ist die Notwendigkeit, die durch einen zweckmäßigen Zustand, den man erhalten oder erreichen will, bestimmt wird. So verhält es sich mit der *necessitas* der *impensae necessariae*, die z. B. für ein Grundstück nicht nur Erhaltungs- und Sicherungsaufwendungen, sondern auch investitive Aufwendungen umfassen¹⁵⁵. Kennzeichnenderweise spricht Cicero auch von der *necessitas*, wenn er sich Zweckmäßigkeitsentscheidungen vor Augen ruft, wie sie einst vom historischen Gründer Roms getroffen worden sind, und sie in ihrer Konkretheit von den idealen Konstruktionen Platons absetzt¹⁵⁶. Der Ausdruck dürfte daher zum alten klassischen Bestand gehören.

Die Motive sind nicht Teil des Rechts. Geltung haben nur der Text des Gesetzes oder die ausformulierte Regel des *mos maiorum*. Folgerichtig heißt es später zur Abwehr analoger Anwendungen solcher Motive, daß mit den Rechtssetzungen der *necessitas* nicht argumentiert werden dürfe. Sie seien auf ihren Geltungskreis beschränkt und einer ausdehnenden Interpretation nicht fähig¹⁵⁷. Die Regeln des *mos maiorum* werden damit, was ihre Geltung angeht, streng auf die Tatsache der in der Vergangenheit beobachtbaren Anwendung zurückgeführt. Da die Rechtfertigung aus (oft durchaus einsehbaren) Zwecken nicht die Geltung der Regeln trägt, stehen sie damit im Ergebnis Rechtssetzungen gleich, die infolge eines Irrtums gewohnheitsrechtlich zur Geltung gelangt sind¹⁵⁸.

9. Die gesetzessgleiche Geltungskraft des *mos maiorum*

Die Tatsache, daß im klassischen System sowohl das schriftliche Gesetz als auch der *mos maiorum* den Bedürfnissen der Bürgerschaft entsprechend Recht einführen konnten, rief die Notwendigkeit hervor, das Verhältnis zwischen den beiden Rechtsquellen untereinander zu bestimmen. Da beide Rechtsquellen in der *ratio*

¹⁵⁵ Ulpian 36 ad Sabinum D 25,1,1,3. Die *necessitas impendendi* wird nicht nur bejaht für Instandsetzungsarbeiten an einem baufälligen Grundstück, sondern auch für die das Grundstücksufer sichernde Molen und für die Neuanlage einer Mühle oder eines Kornspeichers auf einem Gutsbetrieb.

¹⁵⁶ Cicero, de re publica II 11, 22. Laelius lobt im Dialog die konkrete Perspektive des Scipio: illa de urbis situ revoces ad rationem quae a Romulo casu aut necessitate facta sunt, et disputas non vaganti oratione, sed defixa in una re publica. (Jene Tatsachen über die Lage der Stadt Rom bezieht du auf Gründe, die von Romulus zufällig oder aus Zweckmäßigkeitsbetrachtungen verwirklicht worden sind, und erörterst sie nicht in schweifender Rede, sondern konzentriert auf ein und dasselbe Gemeinwesen.) Das Gegenbild ist der platonische Sokrates, der einen Idealstaat entwirft, der dem gewöhnlichen Leben der Menschen widerspricht (a vita hominum abhorrentem et a moribus) und eine freie Erfindung darstellt (ut facit apud Platonem Socrates, ipse fingere).

¹⁵⁷ Paul 70 (?) ad edictum D 50,17,162: Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi. (Mit Hilfe von Regeln, die um einer zweckhaften Notwendigkeit willen anerkannt sind, darf man nicht rechtsfortbildend argumentieren.)

¹⁵⁸ Vgl. Celsus 23 digestorum D 1,3,39: Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.

iuris selbständig verzeichnet sind (Cicero, part. orat. 37, 130), überrascht es nicht zu erfahren, daß ihr Verhältnis zueinander das der grundsätzlichen Gleichrangigkeit war.

Hermogenian 1 *iuris epitomarum* D 1,3,35

Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur.

(Aber auch die Rechtsregeln [ea iura¹⁵⁹], die durch lange Gewohnheit bekräftigt oder viele Jahre lang beachtet worden sind, werden gleichsam als stillschweigende Übereinkunft der Bürger¹⁶⁰ nicht weniger als diejenigen beachtet, die schriftlich abgefaßt worden sind.)

Zwar wird dem Gewohnheitsrecht gegenüber dem Gesetz ein gewisser Vorrang zugesprochen, weil es der Schriftform nicht bedarf.

Paulus 7 ad Sabinum D 1,3,36

Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.

(Vielmehr hat dieses Recht eine große Geltungskraft, weil es in dem Maß anerkannt worden ist, daß es nicht nötig war, es in schriftliche Form zu fassen.)

Aber dieses Argument gibt gegenüber dem klassischen, die *ratio iuris* prägenden Unterschied zwischen *ius scriptum* und *ius non scriptum* nichts Neues, sondern reproduziert ihn nur mit anderen Worten. Allenfalls kann man hinter ihm noch das Selbstbewußtsein der Juristen spüren, denen ja nicht verborgen geblieben sein kann, daß in der Sache sie es waren, welche die Regeln des klassischen Gewohnheitsrechts formulierten und in der Praxis zur Geltung brachten.

Die derogierende Kraft des Gewohnheitsrechts, wie wir sie in dem berühmten, gleich noch gesondert zu besprechenden Julianfragment ausgesprochen finden, ist eine einfache Folge der Gleichrangigkeit.

Julian 84 digestorum D 1,3,32,1

... rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

(Völlig zutreffend ist auch das anerkannt worden, daß die Gesetze nicht nur durch die Entscheidung des Gesetzgebers, sondern auch durch den stillschweigenden Konsens aller im Wege des allgemeinen Nichtgebrauchs außer Kraft gesetzt werden können.)

Es ist einfach eine Anwendung des klassischen (in der offener argumentierenden vorklassischen Tradition nicht geltenden) Satzes: *lex posterior derogat legi priori*¹⁶¹.

¹⁵⁹ Eine typische klassische Bedeutung. Vgl. einerseits Gaius I 47 *iura eius legis* (die Regeln oder Vorschriften dieses Gesetzes) und die Belege bei Heumann, Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts s.v. *ius* 1 a), andererseits Cicero, de inventione II 22, 67f. *quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem; ... iura legitima*.

¹⁶⁰ Diese Begründung des Gewohnheitsrechts ist nicht mehr rein klassisch, sondern setzt bereits Julians Willenstheorie voraus. Zu ihr gleich u. S. 95 ff.

¹⁶¹ Vgl. Gesetz und Sprache (oben Anm. 1) 158 ff.

10. Der *mos maiorum* als Recht der *ratio iuris* ohne Anteil
an der universalen *ratio*

Der Umstand, daß der *mos maiorum* klassisch definiert wird als *longa consuetudo, de moribus tracta tantundem*, als Quelle von Rechtsregeln, die lediglich aus der Tatsache ihrer langen Beachtung in der Praxis gewonnen werden, sichert ihr einen Platz in der *ratio iuris*, macht aber zugleich deutlich, daß diese Regeln, mögen sie auch regelmäßig Zwecke verfolgen, keinen Anteil an der universalen, aus der inneren Struktur seiner Institute folgenden Systemrationalität des *ius gentium* haben. Diese Eigenschaft des *mos maiorum*, die negativ gesehen ein Mangel an aufweisbarer innerer Rationalität ist, positiv gewendet dagegen die Fähigkeit, auch ohne von menschlicher Beobachtung aufweisbare, innere Rationalität zu gelten, erklärt die beherrschende Stellung des *mos maiorum* im klassischen *ius divinum*, wie wir weiter unten sehen werden, sie ist aber auch die Grundlage seiner systematischen Sonderstellung im *ius humanum*.

Justinian läßt in zwei aufeinanderfolgenden Fragmenten des einschlägigen Titels D 1,3 *DE LEGIBUS SENATUSQUE CONSULTIS ET LONGA CONSUETUDINE* zwei in etwa zeitgenössische hochklassische Schulhäupter der konkurrierenden Rechtsschulen, Julian, den Vorsteher der von ihm im klassischen Sinn reformierten sabinianischen Rechtsschule, und Neraz, den Vorsteher der prokulianischen, von Hause aus klassisch denkenden Rechtsschule, mit der übereinstimmenden und daher ersichtlich tralatizischen Aussage zu Wort kommen, daß es verfehlt und gefährlich wäre, den *mos maiorum* auf eine rationale Geltungsgrundlage zurückzuführen. Denn wer dies versuche, würde seine Geltung gefährden.

Julian 55 dig D 1,3,20

Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.

(Nicht für alles, was die Vorfahren festgesetzt haben, kann ein innerer Grund angegeben werden.)

Neratius 6 membranarum D 1,3,21

et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.

(Und daher soll man die inneren Gründe der Regeln nicht erforschen. Ansonsten würde vieles von dem, was gewiß ist, umgestoßen werden.)

In diesen Äußerungen, deren einstiger Kontext nicht mehr erkennbar ist¹⁶², aber auf den auch angesichts ihrer Allgemeinheit verzichtet werden kann, hat das Wort *ratio* den technischen Sinn eines universal einsehbaren Geltungsgrundes. Es sei verfehlt – dies die übereinstimmende Aussage der beiden Fragmente –, für eine Regel des von den *maiores* festgesetzten Rechts eine solche unmittelbar einsichtige Vernunftgrundlage nachweisen zu wollen. Dieser Versuch würde scheitern und die Geltung der Regel in Frage stellen. Es ist dies in der Anwendung auf das *ius humanum* mutatis mutandis die gleiche Argumentation, die wir mit gleicher Be-

¹⁶² Vgl. Lenel, Palingenesia I, Sp. 461 und Sp. 771.

wußtheit für das insgesamt aus Regeln des *mos maiorum* zusammengesetzte *ius divinum* finden werden.

Man versteht diese auf das klassische Rechtssystem bezogene Aussage am besten anhand eines Beispiels. Die vom *mos maiorum* bestimmte Ausschließung der Frau von öffentlichen Ämtern würde auf einem allgemeinen einsehbaren Grund beruhen, wenn sie sich auf einen geschlechtsspezifischen Mangel des Urteilsvermögens berufen könnte. Das ist aber nach klassischer Auffassung gerade nicht der Fall (vgl. oben Anm. 153).

Die partikulären Zwecke, die man für diese und andere Regeln des *mos maiorum* anführen kann, begründen keine innere Rationalität. Zwecke haben als Bestimmungsgründe menschlichen Handelns keine Konstanz. Man kann ihnen zustimmen oder sie bestreiten, man kann ihnen folgen oder sie fallen lassen, man kann sie wohl tätig finden oder nicht. Da ihnen die Konstanz fehlt, können sie nach klassischer Auffassung nicht Gegenstand einer Erkenntnis sein, die ihnen einen Platz in den Ursachen einer wissenschaftlichen *ars* oder der exakt beschriebenen Natur sichern könnte¹⁶³. Ihnen fehlt mit anderen Worten die Eigenschaft, die sie zu dem Gegenstand einer Erkenntnis im skeptischen Sinne machen könnte, da sich ihnen gegenüber das nach der akademischen Skepsis die höchste Erkenntnisstufe verleihende Urteil „wahrscheinlich“, „unwidersprochen“, „allseitig geprüft“ gar nicht bilden kann (vgl. oben Anm. 30).

Das ist bei den Figuren und Grundlagen des klassischen *ius gentium* anders. So lassen sich etwa Figuren wie – ich beschränke mich auf Beispiele des klassischen Edikts – die Personengesamtheit (*universitas*) in Gestalt der Bürgerschaft (*civitas*) eines Munizipium oder eines mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten Vereins, die Personen gleicher Art zu einer Einheit verbinden¹⁶⁴, oder Übereinkünfte (*conventiones*) und Kontrakte, welche eine Person mit einer anderen verbinden¹⁶⁵, oder Besitz und Eigentum, die eine Person mit einer Sache¹⁶⁶, oder Servituten, die Sachen mit Sachen verbinden¹⁶⁷, alle dauerhaft vor das geistige Auge rufen und als geistige Figuren der konstanten Rechtswirklichkeit in den Status einer hohen, allseitig geprüften und unwidersprochenen Wahrscheinlichkeit erheben.

Die gleiche Konstanz gilt aber auch für die dem menschlichen Instinkt eingepflanzten Verhaltensdispositionen, wie sie im soziobiologischen *ius naturale* enthalten sind, und für die kulturellen Haltungen, die *initia iuris*, von denen wir in dieser Untersuchung für das *ius humanum* die *fides humana* (o. S. 59) und für das

¹⁶³ Vgl. die für die skeptische Wissenschaftslehre grundlegende Äußerung Cicero, *Topica* 16, 63: *Omnium autem causarum in aliis inest constantia, in aliis non inest. In natura et in arte constantia est, in ceteris nulla*. Die inkonstanten Gründe, die nach klassischer Auffassung der Wissenschaft nicht fähig sind, stammen, wie Cicero weiter ausführt, teils aus dem freien, von verschiedenen Zwecken beherrschten Willen des Menschen, teils aus der göttlichen Sphäre der *fortuna*. Vgl. dazu noch unten S. 111.

¹⁶⁴ Vgl. Lenel, *Edictum perpetuum* 97 ff., 100 f.

¹⁶⁵ Vgl. Lenel, *Edictum perpetuum* 64 f., 231 ff., 188 ff.

¹⁶⁶ Vgl. Lenel, *Edictum perpetuum* 461 ff., 169, 185 f.

¹⁶⁷ Vgl. Lenel, *Edictum perpetuum* 191 ff.

ius divinum die *religio* (u. S. 105 ff.) kennengelernt haben bzw. noch näher kennenlernen werden.

Zwar bleibt der theoretische Blick auch gegenüber dem Phänomen des *mos maiorum* nicht ohne Gegenstand. Nur ist es hier die beobachtbare, langandauernde Beachtung der rechtlichen Regel selbst, welche nach der klassischen Theorie die Feststellung der *longa consuetudo, de moribus tracta tantundem* erlaubt.

Das Gesamtergebnis ist eine differenzierte, von Wertungen nicht freie Positionierung des Gewohnheitsrechts. Das klassische System erkennt mit der Aufnahme der Kategorie des *mos maiorum* an, daß der Mensch nicht nur nach allgemeinen und universalen Wahrheiten leben will und kann, also nicht nur nach den rationalen Strukturen des *ius gentium* sowie den sie tragenden und das *ius gentium* zum *ius commune* vervollständigenden Regeln des *ius naturale* und den kontrollierenden und ergänzenden Regeln der *naturalis aequitas*, sondern daß er für die Ordnung seines Lebens auch solcher Rechtsregeln bedarf, die lediglich für notwendig gehaltenen Zwecken seines engeren Bürgerverbandes entspringen.

Die auf diese Weise zugelassenen Rechtsregeln, die entweder aufgrund *mos maiorum* oder kraft einer *lex publica* in Kraft gesetzt werden, geben jedem staatlich organisierten Volk die Möglichkeit, besondere Zwecke in der Rechtsordnung zu verwirklichen, aber nach klassischer Auffassung doch nur im Rahmen der auf dem Gleichheitssatz aufbauenden *ratio iuris* und mit dem deutlichen, aus diesem System folgenden Hinweis, daß Zwecke, die durch tatsächlich praktizierte Rechtsregeln oder durch den Buchstaben des Gesetzes verwirklicht worden sind, auch wenn sie sich als wohltätig erweisen sollten, nicht die gleiche Dignität haben, wie die universal einsehbaren Grundlagen des klassischen Systems.

11. Der hochklassische *mos maiorum* – ein Erzeugnis des Volkswillens

Die klassische Rechtslehre hatte ein hochdifferenziertes Bild des Rechts, in dem alle Rechtsregeln auf eine von der menschlichen Vernunft getragene, ordnende Weltwahrnehmung zurückgeführt wurden. Dieser menschlichen, letztlich immer auf Vorstellungsinhalte individueller Menschen zurückgehenden Vernunft entspringen die Rechtsformen für Personen und Sachen, die rechtserheblichen Eigenschaften dieser Personen und Sachen einschließlich der zwischen ihnen bestehenden Strukturen, die das *ius gentium*, sowie die Gesetzestexte und die Regeln der gewohnheitsrechtlichen Praxis, die das *ius proprium* erzeugen.

Objektive Quellprinzipien, die das Recht ohne den Durchgang durch eine individuelle menschliche Vernunft schaffen, kennt das klassische Recht nicht. Das ändert sich im hochklassischen Recht, und zwar infolge des Kompromisses, den Julian durch seine Reform seiner, der sabinianischen Schule, zwischen dem klassisch-institutionellen und dem vorklassisch-prinzipiellen Rechtsdenken herstellt.

Der wichtigste Kunstgriff dieses Kompromisses war die Annahme produktiver Willensprinzipien. Im Gewohnheitsrecht führte das zur Annahme eines das Recht setzenden produktiven Volkswillens. Das bezeugt das folgende hochklassische Fragment, das die bekanntesten Äußerungen eines römischen Juristen zum Ge-

wohnheitsrecht darstellt. In der interpolationistischen Phase der Romanistik und ihren Ausläufern war es verbreitet, die Echtheit seiner Sätze mehr oder weniger radikal anzuzweifeln. Nicht weil sich die Aussage des Fragments in der genannten Weise von der klassischen Lehre entfernt hatte, sondern weil es Theorie enthielt und nach den spätrömisch-freirechtlichen Überzeugungen der Interpolationistik die römischen Juristen der Theorie nicht bedurften. Durch Abstammung und angeborene Genialität zu Repräsentanten ihres Volkes berufen, waren sie angeblich befähigt, ohne Theorie das Richtige wahrzunehmen und in der Praxis umzusetzen. Äußerungen zur Theorie galten daher als dem klassischen Geist fremd. Solcherlei Dinge waren byzantinisch oder nachklassisch und mußten, um das wahre Römertum freizulegen, aus den Quellen ausgekratzt werden¹⁶⁸.

Was Julian hier, von einem besonderen Gegenstand¹⁶⁹ ins Allgemeine exkurrierend ausführt, entspricht zunächst in der äußeren Terminologie ganz der im Vorstehenden betrachteten klassischen Lehre.

Julian 84 digestorum D 1,3,32

pr. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. 1. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declarat an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

(In den Fällen, in denen wir nicht nach geschriebenem Recht leben, müssen wir beachten, was durch Gewohnheitsrecht eingeführt worden ist. Fehlt für den Fall eine solche [unmittelbar anwendbare] Norm, dann ist die Norm zu beachten, die dem Fall nahesteht und ihm angemessen ist. Und wenn sich auch eine solche Norm nicht ergibt, dann muß das Gewohnheitsrecht beachtet werden, das in der Stadt Rom gilt¹⁷⁰. Althergebrachte Gewohnheit wird nicht

¹⁶⁸ Vgl. Kaser, in: SZ 59 (1939) 54 mit zahlreichen Nachweisen. Kennzeichnend das dort ausgesprochene Verwertungsverbot gegenüber der Tradition der philosophischen Rhetorik (S. 95 ff.).

¹⁶⁹ Es geht vermutlich um – durch Gewohnheitsrecht – ergänzte Normen, nach denen Bürgern von der Verwaltung ihrer Munizipien und gegebenenfalls auch in Rom selbst Befreiung von *munera* gewährt wurde. Vgl. Lenel, Palingenesia Iuris Civilis I Sp. 480: [Ad legem Papianam 15] [De vacatione et excusatione munerum]. Für den Inhalt des Rechts verweist Lenel auf Callistrat 1 cognitionum D 50,2,11 und Ulpian 3 opinionum D 50,5,2 pr. Die Zuschreibung ist nach Kontext und Inhalt plausibel. Zu ihr paßt vor allem, daß die zuständigen Stellen in Rom (und damit mittelbar auch die hier beratend tätigen hauptstädtischen Juristen) zum Modell des in den Munizipien des Reichs geübten Rechts erhoben werden.

¹⁷⁰ Vgl. Constitutio ‚Deo auctore‘ § 10. Über die Frage, was von dem Recht der erhaltenen Juristenschriften nicht der *desuetudo* verfallen sei, sollte nach dem Gesetz Justinians entweder die Praxis der Gerichte (*quae iudiciorum frequentissimus ordo exercuit*) oder in Anknüpfung an die obige Ansicht Julians das Rechtsleben der – mittlerweile zwei – Hauptstädte des Reichs entscheiden: (*quae ... longa consuetudo huius almae urbis comprobavit, secundum Salvii Juliani scripturam, quae indicat debere omnes civitates consuetudinem Romae sequi, quae caput est orbis terrarum, non ipsam alias civitates. Romam autem intellegendum est non solum veterem, sed etiam regiam nostram, quae deo propitio cum melioribus condita est au-*

zu Unrecht wie ein Gesetz beachtet, und es ist das Recht, von dem man sagt, daß es durch Gewohnheitsrecht eingeführt worden ist. Denn wenn die [eigentlichen] Gesetze uns aus keinem anderen Grund verpflichten, als daß sie aufgrund einer Entscheidung des Volkes anerkannt worden sind, dann verpflichtet zu recht auch alles das, was das Volk ohne alle schriftliche Form gebilligt hat. Denn was macht es aus, ob das Volk seinen Willen durch förmliche Abstimmung kundtut oder unmittelbar in Sachverhalten und Taten? Daher ist sehr zu recht auch anerkannt, daß Gesetze nicht nur durch förmliche Abstimmung des Gesetzgebers, sondern auch in stillschweigendem Konsens durch Nichtgebrauch außer Kraft gesetzt werden können.)

Die grundsätzlich gleichrangige Stellung des *mos maiorum* als *ius non scriptum* neben dem *ius scriptum* der Gesetze entspricht ebenso wie seine Rückführung auf die *inveterata consuetudo* ganz dem spätrepublikanischen, in der philosophischen Rhetorik vorbereiteten System. Auch der Doppelausdruck *mores et consuetudo* kann als Reminiszenz der klassischen Unterscheidung zwischen fachjuristischen Sätzen des *mos maiorum* und der sie aufnehmenden allgemeinen Gewohnheit des Rechts gelten. Für beides sei stellvertretend auf die große *ratio iuris* (Cicero, part. orat. 37, 129) verwiesen.

Nicht klassisch, sondern neuartig ist dagegen die zentrale Bedeutung, die dem Volkswillen bei der Erzeugung von Gewohnheits- und Gesetzesrecht beigelegt wird. Die beiden hierhergehörenden Kernsätze sind nicht klassisch. Weder die Aussage, daß das Gesetz eine schriftliche „Willenserklärung“ des Volkes über die Geltung von Rechtssätzen ist, noch die Feststellung, daß das Gewohnheitsrecht eine nichtschriftliche, *rebus ipsis et factis* erfolgende, also gewissermaßen konkludente „Willenserklärung“ des Volkes über die Geltung von Rechtssätzen ist, ist mit den klassischen Grundsätzen vereinbar.

Die Aussagen sind vielmehr spezifisch hochklassisch, nämlich sabinianisch beeinflusst. Nach klassischem Denken war das Volk eine *universitas*, d. h. eine Gesamtheit von Personen mit gleichen Eigenschaften, die als solche, als eine Struktur von gleichen Elementen, zwar Gegenstand wissenschaftlicher Vergewisserung sein konnte, aber als etwas bloß Gedachtes zu jeglicher Willensbildung unfähig war¹⁷¹. In der Rechtswirklichkeit konnte diese Personengesamtheit wie andere nur dadurch eine Rolle spielen, daß auf sie als eine sozial konstante Struktur in einer vom öffentlichen Recht oder vom privaten in präzisen Einzelheiten geregelten Weise Rechtswirkungen bezogen wurden; ihr, wie Sabinus es tat, einen rechtserheblichen Willen beizulegen, war unmöglich¹⁷².

guriis.) Bemerkenswert ist, daß Justinian nicht mehr ausdrücklich zwischen *ius gentium* und *mos maiorum* differenziert, sondern die Fortgeltung der Aussagen der klassischen Literatur generell der „Gewohnheit des Rechts“ an den Gerichten und den beiden Hauptstädten unterordnet. Das nimmt das bis heute fortwirkende Verschwinden dieses Unterschieds in der Historischen Rechtsschule vorweg. Vgl. dazu u. S. 132f.

¹⁷¹ Die klassische *universitas* kann als reines Gedankending weder besitzen noch konsentieren noch einen dolosen Vorsatz fassen. Vgl. Ulpian 11 ad edictum D 4,3,15,1; Paulus 54 ad edictum D 41,2,1,22. Die prägnante Theorie geht auf den Urheber des klassischen Edikts zurück. Vgl. die folgende Anm.

¹⁷² Nach den Regeln des *ius publicum* und *ius privatum* und nach dem klassischen Edikt, das nach der Rubrik für die *municipes* (der *universi* der Stadtgemeinden) eine eigene Rubrik für

Als Ergebnis des julianischen Kompromisses kam es zu einer Art „Belebung“ oder „Beseelung“ des klassischen Rechtssystems. Die von Julian vorgenommene Fusion zwischen dem klassischen Realismus, der die Welt aus den Einheiten und Strukturen aufbaute, und dem vorklassischen Spiritualismus, dessen Rechtslehre auf objektiv wahrnehmbaren Rechtsprinzipien aufbaute, führte dazu, daß das partikulare Recht auf den „Volkswillen“ zurückgeführt wurde, wie wir es schon in dem obigen Fragment gesehen haben, das universale Recht auf eine objektivierte *naturalis ratio*, die letztlich als ein in der Natur wirkender göttlicher Wille erscheint. In dem Lehrbuch, das als unmittelbare Folge der Tat Julians in seiner Schule erschien, dem Institutionenlehrbuch des Gaius, wird das sehr schön deutlich.

Gaius I 1

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur (D 1,1,9 = Inst. 1,2,1). nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.

(Alle Völker, die von [geschriebenen, staatlichen] Gesetzen und ungeschriebenen Rechtsgewohnheiten beherrscht werden¹⁷³, leben teils nach ihrem eigenen Recht, teils nach dem Recht aller Menschen. Denn was ein jedes Volk sich selbst als Recht setzt, das ist ihm als besonderes Recht zu eigen und wird bürgerliches Recht [im engeren Sinne] genannt, als das eigentümliche Recht der Bürgerschaft. Was dagegen die natürliche Vernunft unter allen Menschen eingeführt hat, das wird bei allen Völkern in gleicher Weise beachtet und wird Völkergemeinrecht [und bürgerliches Recht im weiteren Sinne] genannt, da nach dem Recht alle Völkerstämme der Menschheit leben. Daher lebt das römische Volk teils nach seinem eigenen Recht, teils nach dem gemeinsamen Recht aller Menschen.)

Für die Rechtserzeugung gibt es nur noch zwei Rechtsquellen, das handelnde Volk oder die handelnde *naturalis ratio*. Entweder hat das Volk sich selber partikulares, nur für seine Glieder geltendes Recht gesetzt (*populus sibi ipse ius consti-*

die *universitas* hatte. Vgl. Lenel, Edictum perpetuum (31927) 100. Daß diese hochgezüchtete Theorie, welche (letztlich der antiken Atomlehre folgend) nicht nur körperliche Sachen, sondern auch unkörperliche Personengesamtheiten wie das Volk auf kleinste, selbst nicht mehr teilbare Bestandteile zurückführt (vgl. den Servius-Schüler *Alfenus* 6 digestorum D 5,1,76), in der Hochzeit der Interpolationistik für interpoliert gehalten wurde, versteht sich von selbst. Zur Gegenansicht des Sabinus, der das Volk in der Gesetzgebung als rechtserheblich wollend ansieht, Inst. 4,3,15.

¹⁷³ So meint die Eingangswendung *legibus et moribus*, welche die Regeln des geschriebenen Rechts von denen des ungeschriebenen Rechts trennt, einfach formelhaft den Rechtszustand, in dem zivilisierte Völker leben, die als solche teils dem allgemein menschlichen, teils dem individuell gewollten Recht folgen. Zutreffend Siegfried Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I (1899) 3, Anm. 5. Daher bezeichnet die Formel *suis moribus legibusque uti* in der gleichen Zeit die rechtliche Autonomie einer Gemeinde: Gellius XVI 13,4: *Hadrianus ... mirari se ostendit, quod ... municipia antiqua ... cum suis moribus legibusque uti possent, in ius coloniarum mutari gestiverint.* § 6 *Municipes ... sunt cives Romani ex municipiis, legibus suis et suo iure utentes.*

tuit) oder die allgemeine Vernunft hat universales, für alle Menschen geltendes Recht begründet (*naturalis ratio inter omnes homines [ius gentium] constituit*).

Es wird durch diesen Text sehr deutlich, was Julians Kompromiß bewirkt hat. An die Stelle des vorklassisch-spekulativen, in der altsabinianischen Schule bewahrten Gegensatzes von solidarischem Naturrecht und striktem Bürgerlichen Recht¹⁷⁴ trat unter dem Einfluß der klassischen, weit realistischeren Begrifflichkeit, aber unter Aufopferung ihrer für den kulturanthropologischen Rechtsaufbau grundlegenden Unterscheidung zwischen soziobiologischem *ius naturale* und zivilisatorischem *ius gentium*, ein wieder stärker spirituell gedachter Gegensatz zwischen dem partikularen Recht eines jeden Volkes und eines von der *naturalis ratio* geschaffenen *ius gentium*, das Gaius *ius omnium hominum commune* nennt. Dementsprechend nennt Gaius in seinem Lehrbuch zahlreiche Beispiele des – im Sinne des Julianischen Kompromisses erörterten, fortentwickelten und entsprechend auslegungsfähigen – *ius gentium*¹⁷⁵, ebenso Beispiele für das von *mos maiorum* und Gesetzen erzeugte *ius proprium*¹⁷⁶.

Im Ergebnis wurde die hochdifferenzierte Lehre des klassischen Gewohnheitsrechts nicht unerheblich vereinfacht oder verschliffen. Am Alterserfordernis der *inveterata consuetudo* hält zwar Julian noch fest. Aber wenn das Volk zu einem willensfähigen Organismus, das seinen Willen statt in Abstimmungen, wie Julian (84 digestorum D 1,3,32,1) sagt, auch *rebus ipsis et factis* äußern kann, wird der Gedanke des Alterserfordernisses sehr geschwächt. Der Vergleich läßt fraglich werden, warum der Tatbestand, durch den das Volk einen Gewohnheitsrechtswillen sichtbar macht, notwendig umso viel länger zurückliegen muß als der Wille, der ein Gesetz in Kraft setzt. Die Möglichkeit einer mißbräuchlichen Auslegung zeichnet sich ab. Zugleich ist der Einfluß der Prinzipatsverfassung, in der die Rechtssetzungsgewalt des Prinzipats auf einen in freier Gesetzesauslegung ge-

¹⁷⁴ Vgl. die letztlich auf den kommentierten Sabinus zurückgehenden Definitionen in Paulus 14 ad Sabinum D 1,1,11 von dem *ius naturale quod semper aequum ac bonum est* und dem eigennützigen *ius civile*, das *omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est* mit dem entsprechenden Dualismus *ius gentium* – *ius civile* der vorklassischen Jurisprudenz Cicero, de officiis III 17, 69.

¹⁷⁵ Vgl. etwa die zahlreichen Beispiele im Vertragsrecht bei Gaius III 89 ff. (93, 133, 154). Servius Sulpicius, der Schöpfer des klassischen Institutionensystems, wird genannt, seine Meinungen aber mit Hilfe vorklassischer Argumente zurückgewiesen. Vgl. Gaius III 156, 179. Für Einzelheiten sei insbesondere auf die in Anm. 1 zitierten Untersuchungen zum Mandatsvertrag verwiesen.

¹⁷⁶ Der Unterschied zwischen gesetzlichem und gewohnheitsrechtlichem Sonderrecht wird besonders deutlich in der Behandlung der Legisaktionen. Zum ersten etwa Gaius IV 11, zum zweiten Gaius IV 27 *Introductum est* (sc. die *legis actio per pignoris capionem moribus rei militaris*). Von den eindeutig spezifisch römischen Regeln der Universalsukzession im Fall der Arrogation oder der Manus-Ehe sagt Gaius (III 82) *iure (quod) consensu* (sc. *populi*) *receptum est, introductae*. Die Terminologie ist ersichtlich weicher geworden. Ähnlich formuliert die von den Institutionen Justinians verwendete Quelle (Inst. 1,2,9): *diuturni mores consensu utentium* (!) *comprobat legem imitantur*, die nach geäußerten Vermutungen auf Ulpian's Institutionen zurückgeht (Zocco Rosa, Institutionum Palingenesia I [1908] 67 f.), aber auch auf die *Res cottidianae sive aurea* des Gaius zurückgehen könnte.

fundenen Auftrag des Volkes zurückgeführt wird, das die eigene Rechtssetzungsgewalt dem Kaiser zur Ausübung überträgt, unverkennbar¹⁷⁷.

Die Fesseln, in welche die klassische Begrifflichkeit den *mos maiorum* gelegt hat, sind sehr gelockert. Insbesondere die prägnante Unterscheidung zwischen juristischer Erzeugung und der allgemeinen Annahme durch die „Gewohnheit des Rechts“ der Bürger ist nicht mehr sichtbar.

12. Exkurs: Die Quelle des Isidor

Die beiden in den vorstehenden Abschnitten für den spätrepublikanischen Kodifikationsstreit und für die Definition des Gewohnheitsrechts ausgewerteten Isidor-Fragmente sind so wertvoll, daß eine kurze Vergewisserung über ihre mögliche Quelle gerechtfertigt erscheint. Kübler vermutete als unmittelbare Quelle eine in Spanien nach Abfassung des Codex Theodosianus verfaßte Vorlage¹⁷⁸. Fragt man weiter nach der Quelle dieser Vorlage, so wird man angesichts der starken inhaltlichen Übereinstimmungen zunächst an Ulpian Institutionen denken, zumal da dieses Werk in der Spätantike auch sonst, z.B. von Boethius in seinem Kommentar zu Ciceros Topica, benutzt worden ist¹⁷⁹. Die Definition des *ius publicum* ist so gut wie identisch (oben Anm. 123). Ferner ist die für Ulpian kennzeichnende dreigliedrige Rechtsquellenlehre des Privatrechts immerhin noch deutlich erkennbar, da Isidor ein *proprium ius civile* (Isidor V, 5) von einem in zwei Elemente zerlegten *ius naturale* (V 4, 1) unterscheidet, das, da es neben einem instinktgetragenen Naturrecht auch ein rechtsethisches, durch den Hinterlegungsvertrag veranschaulichtes Naturrecht¹⁸⁰ umfaßt, mit dem von Ulpian bewahrten *ius commune* identifiziert werden kann. Es bleibt freilich die Frage, wem man die auffälligen Verschiebungen innerhalb der drei Kategorien *ius civile*, *ius gentium* und *ius naturale* zuschreiben soll. Sie beeindrucken durch ihre gedankliche Kontinuität. Wenn durch sie der Begriff des *ius gentium* auf das Völkerrecht beschränkt wird, so folgt das einem von Anfang an vorhandenen und deutlich abgrenzbaren Teilinhalt des klassischen Begriffs. Und wenn damit im gleichen Zuge der Begriff des *ius gentium* seinen das Privatrecht ordnenden Teilinhalt an das *ius*

¹⁷⁷ Ulpian 1 inst D 1,4,1 pr *lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*. Vgl. die gesetzliche Grundlage bei Mommsen, Römisches Staatsrecht II, 2 (31887) 909.

¹⁷⁸ Vgl. den Nachweis bei Manitius, (oben Anm. 127) 63, Anm. 5.

¹⁷⁹ Vgl. Wieacker, Textstufen römischer Juristen (1960) 212f.

¹⁸⁰ Der Sache nach ist damit auf das klassische *ius gentium* verwiesen. Die Rückgabe des *depositum* war im klassischen Edikt zunächst eine Pflicht der *naturalis aequitas*, die allein vom Prätor durch eine *formula in factum concepta* sanktioniert wird, aber zugleich schon früh kraft einer bekannten Formeldublette eine Pflicht des *ius gentium*, die ein *initium a natura ductum* überformt. Spätestens seit hochklassischer Zeit werden beide Pflichten dem *ius gentium* untergeordnet, nicht nur die (ursprünglich vorklassische und daher im Edikt an zweiter Stelle stehende) Formel, welche die Klausel *ex bona fide* hat und in *ius* konzipiert war, sondern auch die strenge klassische, im Edikt an erster Stelle stehende und eigentlich in *factum* (nicht in *ius*) konzipierte Formel. Vgl. Lenel, Edictum perpetuum (31927) 288ff.

naturale abgibt, so ergibt sich dadurch ein Begriff, der in seiner Binnengliederung dem *ius commune* bei Ulpian entspricht. Die von Kübler vermutete spanische Zwischenquelle ist als Urheberin dieser beachtlichen Begriffsarbeit eher unwahrscheinlich.

Vielmehr verdient eine weitere Quelle ernsthafte Erwägung, nämlich die von Boethius ebenfalls zitierten Institutionen des Paulus¹⁸¹. Während Ulpian gerade auch in seinen Institutionen den Schlußpunkt der für ihn vor allem von Celsus repräsentierten Tradition der die klassische Lehre von Anfang an hochhaltenden Schule des Proculus repräsentiert – dies erklärt die bei ihm auffallende reine Bewahrung der dreigliedrigen Rechtsquellenlehre –, repräsentiert sein zeitgenössischer Rivale Paulus die Fortsetzung der Tradition Julians. Und es war Julian, der dadurch, daß er die klassische Begrifflichkeit in seine Schule rezipiert, aber zugleich an der traditionellen, aus der vorklassischen Jurisprudenz stammenden prinzipiellen und höheren Herkunft des Rechts festgehalten hatte, den Anstoß dazu gab, daß der Bedeutungsumfang der Ausdrücke *ius naturale* und *ius gentium* verschmolz und neu bestimmt werden mußte. Diese Möglichkeit würde bedeuten, daß sich die von Isidor übernommene Neufassung der Begrifflichkeit bei Paulus oder in seinem Umkreis vorbereitet hätte. Die beiden Möglichkeiten schließen einander auch nicht aus, da sich die von Isidor verwertete Tradition bei der Quellen bedient haben kann.

Schließlich kommt für das, was Isidor über das spätrepublikanische Rechtssystem zu berichten weiß, auch eine nicht-juristische Quelle in Betracht. Da Isidor im fünften Buch Cicero mit einer Einteilung der Strafen in acht *genera* zitiert (V 27, 4) und die Einordnung der Rechtsquellenlehre nicht nur im Buch V DE LEGIBUS ET TEMPORIBUS, sondern auch im Buch II DE RHETORICA ET DIALECTICA ein Bewußtsein davon verrät, daß das klassische Rechtssystem mit seiner differenzierten Begrifflichkeit einen spezifischen Bezug zur Dialektik hat, und zwar zu einer Dialektik, die den Akzent nicht auf die logischen Schlußformen, sondern auf die Begriffsbildung legt (Cicero, Brutus 42, 153), ist es nicht gänzlich ausgeschlossen, daß die von Isidor ausgeschriebene Quelle Kenntnis von der verlorenen Cicero-Schrift *De iure civili in artem redigendo* hatte, in der Cicero von einer Aufgabe handelt, von deren Notwendigkeit jeder Zögling der philosophischen Rhetorik der späten römischen Republik überzeugt sein mußte und deren Erfüllung den Ruhm seines Freundes und Studienkollegen Servius Sulpicius Rufus begründen sollte¹⁸².

¹⁸¹ Wieacker, Textstufen römischer Juristen (1960) 150; vgl. Lenel, Palingenesia iuris civilis II, Sp. 1114.

¹⁸² Vgl. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts (21912) 85 mit Anm. 12.

III.

*Ius divinum und religio in der klassischen ratio iuris**1. Das klassische ius divinum als mos maiorum im Dienste der natürlichen Religion*

Die klassische Kategorie des *mos maiorum*, welche die Geltung von Geboten und Verboten unmittelbar in der althergebrachten Praktizierung der entsprechenden Rechtsregeln findet, hat im *ius divinum* des klassischen Systems ein Gebiet gefunden, in dem sie allein herrscht. Denn ein religiöses *ius gentium*, einen Grundbestand von universalen Rechtsnormen für die Religion, hat die skeptische Weltbetrachtung nicht wahrnehmen können. Ausgehend von der großen Unterscheidung zwischen (körperweltlich gegebener) Natur und (gedanklicher) Norm, hat sie wohl im *ius humanum* der *aequitas*, also im Verhältnis zwischen den Menschen, allgemeingültige Formen und Strukturen beobachten können, nicht aber im Verhältnis zwischen dem Menschlichen und dem Göttlichen. In der von Cicero überlieferten, klassisch gewordenen *ratio iuris* zeigt sich das in einer deutlichen Asymmetrie.

Der Unterschied zwischen dem zwischenmenschlichen Recht und dem das Verhältnis der Menschen zu dem Göttlichen ordnenden Recht wird gleich zu Anfang als grundlegender Gegensatz eingeführt und auch für beide Bereiche der Unterschied zwischen beobachtbarer Natur und gedanklicher Norm durchgeführt.

Cicero, *Partitiones oratoriae* 37,129

... iuris est omnis ratio nobis explicanda [sc./cf. *ibid.* 40, 139] e media illa nostra Academia]. Quod et dividitur in duas primas partis, naturam atque legem, et utriusque generis vis in *divinum* et humanum ius est distributa; quorum aequitatis est unum, alterum *religionis*.

(... das gesamte Rechtssystem müssen wir entfalten [das mitten aus unserer, der dritten, Akademie stammt]. Es wird einerseits in zwei Teile geteilt, Natur und Norm, andererseits wird die Bedeutung beider Kategorien [von Natur und Norm] auf das göttliche¹⁸³ und das menschliche Recht verteilt; das eine gehört [mit der Unterscheidung Natur/Norm] unter den Begriff der Gleichheit der Regel, das andere [mit der gleichen Unterscheidung] unter den Begriff der Religion.)

Aber nur für das menschliche Recht folgt dann in dem auf den zurückliegenden Seiten bereits interpretierten (und hier daher nicht mehr wiederzugebenden) weiteren Text die Aufschlüsselung nach Normarten. Das erklärt sich daraus, daß, wie wir gleich näher sehen werden, das skeptische Denken auf dem Gebiet des *ius divinum* lediglich *mos maiorum* oder bei genauer Betrachtung, da Regelungen durch Gesetze gelegentlich vorkommen (vgl. unten Anm. 184), nur von Gewohnheit oder Gesetz geschaffenes *ius proprium* für möglich hielt.

¹⁸³ Die Aufzählung verfährt jeweils nach dem assoziativen Kunstprinzip des Chiasmus und nennt daher, anknüpfend an die *lex*, erst das *ius divinum*, dann das *ius humanum*, um dann die Folge mit der Reihung *aequitas* – *religio* umzudrehen.

Die Tatsache, daß Religion und Recht, *ius divinum* und *ius humanum*, in der klassischen *ratio iuris* in paralleler Weise als Ordnungsaufgaben eines Gemeinwesens erscheinen, entspricht der Realität der antiken Polis, der unsere Trennung von Staat und Kirche fremd ist. Auch in Ulpians Institutionen erscheint das Recht, das die *sacra* und die *sacerdotes* ordnet, als ein grundlegender Bestandteil des *ius publicum* eines Gemeinwesens¹⁸⁴.

Den grundlegenden Gegensatz zwischen Natur und Norm, in dessen Rahmen im menschlichen Recht die Normseite *institutio aequitatis* oder *aequitas constituta* (Einrichtung der Gleichheit vor der Rechtsregel) oder mit dem in den Edikt-kommentaren vorkommenden Terminus *aequitas civilis* (*bürgerliche Rechtsgleichheit*) heißt, gibt es auch in dem das Verhältnis zum Göttlichen betreffenden Recht. Man kann daher von *religio civilis* sprechen. Dieser erschließbare Ausdruck wird durch den verwandten Ausdruck *theologia civilis*, den der jüngere Zeitgenosse Ciceros, Varro, als einen gebräuchlichen Systembegriff mitteilt, bestätigt¹⁸⁵. Beide Ausdrücke, Religion der Bürgerschaft wie Götterlehre der Bürgerschaft, machen deutlich, daß die Regeln, die sie meinen, nicht der universalen, wissenschaftlich analysierbaren Natur angehören, sondern allein der jeweiligen Bürgerschaft eigen sind. Für das skeptische Denken gilt das in besonderer Schärfe: Da das *ius divinum* ein Rechtsverhältnis ordnet, dessen Gegenüber der wissenschaftlichen Beobachtung entzogen ist, kann dieses Rechtsgebiet universale Ordnungen und Strukturen, wie sie dem aus *ius naturale* und *ius gentium* zusammengesetzten *ius commune* eigen sind, nicht kennen, sondern nur im wesentlichen aus *mos maiorum* gebildetes *ius proprium* enthalten.

Formen der Verehrung des Göttlichen, die Anspruch auf allgemeine Geltung haben könnten, sind unmöglich. Sie würden voraussetzen, daß der Mensch im Verhältnis zum Göttlichen zu Wahrnehmungen fähig wäre, die den körperweltlich-strukturellen Einsichten vergleichbar wären, wie sie der Mensch nach dieser Lehrtradition im Bereich des Rechts machen kann, z.B. wenn er sich die vom *ius commune*, vom Zusammenwirken von *ius naturale* und *ius gentium*, bestimmte Struktur der Ehe oder der Übereignung (*translatio cum iusta causa*) vor Augen führt oder die Kontraktsfigur des konsensualen Geldkaufs, der durch die Übereinkunft

¹⁸⁴ Ulpian 1 institutionum D 1,1,1,2. Die religiösen Riten und Priestertümer sind damit in skeptischer Tradition als Institutionen des Gemeinwesens eingeordnet. Vgl. auch Wissowa, Religion und Kultus der Römer (21912) 380f. Zu bemerken ist, daß bei den entsprechenden Regelungen gelegentlich auch Gesetze eine Rolle spielen konnten. Man denke an die durch Gesetz erfolgte Einführung der Wahl der Pontifizes durch 17 (aus den 35 zuvor ausgelosten) Tribus. Mommsen, Röm. Staatsrecht II, 1 (1887) 27, Anm. 3.

¹⁸⁵ Augustinus, de civitate dei 6,5 zu den *tria genera theologiae*: Ait (Varro): *Mythicon appellat, quo maxime utuntur poetae, physicon quo philosophi, civile quo populi*, wobei die erstgenannte Gattung lateinisch *fabulosa*, die zweite *naturalis* genannt werde. Der Zusammenhang im Text wird durch die Unterscheidung der bürgerlichen Theologie von der auf universale Einsichten gerichteten philosophischen Theologie bestätigt. Die Folgen dieser Entgegensetzung sind aber sehr verschieden, je nachdem, wieviel der wissenschaftlichen Theologie zugetraut wird. Vgl. dazu die Bemerkungen zur entsprechenden Dreiteilung bei dem vor-klassischen Juristen Q. Mucius Scaevola pontifex maximus unten Anm. 190.

zwischen zwei Personen über einen Austausch einer Quantität Geldes und etwa einer körperlichen Sache in Geltung gesetzt wird. Solche körperweltlich radizierten Strukturen erlauben für die skeptische Akademie Wahrscheinlichkeitsurteile der höchstmöglichen Wahrheitsstufe (vgl. oben Anm. 30). Sie sind ordnende Schöpfungen des Menschen, *instituta* in diesem Sinn. Dergleichen ist in der Religion nach der Überzeugung der skeptischen Akademie nicht möglich. Auf der Naturseite der Religion sieht die Skepsis vielmehr allein den Menschen mit einer ihm keimhaft eingepflanzten religiösen Disposition.

Cicero, de inventione II 22,65

Initium ... eius (sc. iuris) ab natura ductum videtur; ... ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem (!), pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.

(Der Ursprung des Rechts ist ersichtlich von der Natur abgeleitet. ... Und von Natur aus gilt als Recht, was uns nicht bloße Meinung, sondern eine gewisse angeborene Kraft einpflanzt, wie Religion (!), Achtung vor Nahestehenden, Dankbarkeit, Vergeltung, Respekt, Wahrhaftigkeit.)

In der Parallelstelle, die, wie gesehen, dem *genus deliberativum* der „beratenden und erörternden Rede“ gilt, beschreibt Cicero diese religiöse Naturanlage als Tendenz zur Verehrung einer gewissen höheren Natur, die durch den religiösen Kult gestärkt wird, und gibt, wenn man das folgende Fragment mit den oben S. 58 interpretierten Gesamttext vergleicht, zugleich deutlich zu erkennen, daß für das *ius divinum* der Unterschied zwischen *ius gentium* und *mos maiorum*, der für das *ius humanum* so wichtig ist, nicht vorhanden ist, vielmehr nur das zweite gilt.

Cicero, de inventione II 53, 160

Eius (sc. iuris) initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. 61 Naturae ius est quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis inest, ut religionem ... Religio est, quae superioris cuiusdam naturae, quam divinam vocant, curam caerimoniamque affert ... 54, 162 Consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem ...

(Die Anfänge des Rechts gehen von der Natur des Menschen aus; einige Rechtsregeln sind daraufhin nach dem [reinen] Prinzip der Nützlichkeit zum Gegenstand der Gewohnheit des Rechts geworden [= *ius gentium*]; weiter hat die Furcht vor den Gesetzen und die Religion Verhältnisse, die sowohl von der Natur ausgegangen als auch von der Gewohnheit gebilligt worden sind, in Geltung gesetzt. 61 Von Natur aus gilt als Recht, was nicht bloße Meinung erzeugt, sondern eine gewisse in der Natur des Menschen enthaltene Kraft eingepflanzt hat, wie die Religion ... Religion ist, was Sorge und rituelle Verehrung für eine gewisse höhere Natur, die wir die göttliche nennen, hervorbringt. ... 54, 162 Recht aufgrund Gewohnheit ist entweder, was die Übung als etwas, was im ersten Ansatz von der Natur herrührt, genährt und größer gemacht hat, wie die Religion ...)

Als Ergebnis wissenschaftlicher Naturbetrachtung ergibt sich für die Skepsis folglich in der Religion lediglich das *initium religionis a natura profectum*, die *religio naturalis*, das Gefühl des Menschen, höhere, in ihrem Wirken menschlicher Einsicht entzogene Mächte über sich zu haben, denen er ausgeliefert ist, und das daraus entstehende Bedürfnis, diese Mächte zu verehren und womöglich zu beeinflussen.

Ethisch betrachtet ist dann diesem Bedürfnis folgend die nach den Regeln des Gemeinwesens praktizierte Religion, wie Cicero in den *Partitiones oratoriae* sagt, die Verwirklichung der Gerechtigkeit gegenüber den Göttern¹⁸⁶.

2. Die natürliche Religion: die Verehrung des Unbegreiflichen jenseits der verstandenen menschlichen Welt

Die *religio naturalis*, das Bedürfnis, die Götter als Mächte des Schicksals zu verehren, hat für die Skeptiker ihre Quelle in den Grenzen der Erkennbarkeit und Berechenbarkeit der Welt. Soweit die Welt erkennbar und berechenbar ist, weil sie von konstanten Ursachen beherrscht wird, wird sie von seinem Standpunkt aus verständlich und in gewissen Grenzen sogar beherrschbar, so daß der Mensch sich ihrer zu seinen Zwecken bedienen kann. Dieser Blick auf eine berechenbare und in Grenzen beherrschbare Welt gilt im Bereich des *ius humanum*. Hier steht der Mensch mit seinem Wissen auf eigenen Füßen und ordnet die Welt nach eigener Einsicht, nicht dagegen im *ius divinum*.

Die Sphäre des Göttlichen fällt für die Skeptiker mit derjenigen der Fortuna zusammen. Gegenüber den unberechenbaren Mächten, die über Glück und Unglück entscheiden, gibt es kein Mittel, sondern nur die Möglichkeit, die dort anscheinend frei wirkenden Kräfte zu verehren. Dem *pontifex* Cotta, der in Ciceros Schrift über das Wesen der Götter nicht ohne historische Berechtigung den Part der akademischen Skepsis wahrnimmt¹⁸⁷, werden die Worte geliehen (Cicero, de natura deorum III 36, 88): *iudicium hoc omnium mortalium est, fortunam a deo petendam, a se ipso sumendam esse sapientiam. (Dies ist das Urteil aller Sterblichen, sein Glück muß man von Gott erbitten, Einsicht aus eigenen Kräften gewinnen.)*

Die Religion beginnt folgeweise genau dort, wo die menschliche Einsicht (*sapientia*) endet. Die menschliche Einsicht gelangt an ihre Grenze, einmal dort, wo sie den Lauf der Natur weder beherrschen noch auch nur verstehen kann, zum anderen dort, wo die menschlichen Verhältnisse nicht mehr durch die Künste der

¹⁸⁶ Cicero, *partitiones oratoriae* 22, 78 *iustitia ... erga deos religio*. Parallel gestellt wird dort, typisch für das relationale Denken unter anderem, die *pietas* als Gerechtigkeit [*adversus*] *parentes* sowie die *fides* als Gerechtigkeit in Kreditverhältnissen (*creditis in rebus*). Wissowa, *Religion und Kultus der Römer* (21912) 380, Anm. 4 zitiert die Stelle, nimmt sie aber für „die Römer“ in Anspruch und versäumt es ganz, ihre Herkunft aus der akademischen Skepsis herauszustellen.

¹⁸⁷ Vgl. die Informationen bei Klebs, in: RE (1896) s.v. Aurelius 96 Sp. 2482 ff. Cotta, dessen Nachfolger als *pontifex* Caesar wurde, zählt als Redner zu den bedeutendsten seiner Generation und schloß sich in seinem Redestil im Besonderen an Licinius Crassus an (vgl. oben Anm. 16). Weiteres sei wörtlich zitiert: „Wie er philosophisch der neueren Akademie angehörte (Cicero, *deor. nat.* II 1, 147), die überall das Für und Wider abzuwägen liebte, so wußte Cotta durch allseitige Beleuchtung seines jeweiligen Themas die Richter zu überzeugen. Er hielt sich streng an die Sache (*haeret in causa*) und mied alle Abschweifungen (de or. III 31). Er sprach frei und ungezwungen, alles Überschwängliche lag ihm fern, seine Rede machte den Eindruck gesunder Nüchternheit (*nihil sine siccum ac sanum*). Sein Ausdruck war rein, treffend und bei aller Einfachheit sorgfältig gefeilt“.

Zivilisation, vor allem des Rechts, in eine stabile Ordnung gebracht werden können. Die Kenntnis der Kräfte der Natur und die Ordnungen der Zivilisationen machen die Welt zu einer Welt der Menschen.

Der Kernsatz lautet, daß die Natur dort, wo sie nachweislich von konstanten Ursachenverläufen beherrscht ist, nicht göttlich ist, sondern, insoweit von Menschen verstanden, zu einer menschlichen Welt geworden ist. Die erkannte Natur bewegt sich für den Skeptiker nach eigenen, den Gegenständen der Natur innewohnenden Naturkräften.

Hier liegt der entscheidende Differenzpunkt zum stoischen Pantheismus, der die vorklassische Jurisprudenz und vor allem auch die vorklassische Religionslehre beherrscht hat. Denn die gesamte Naturlehre der Stoa beruht auf dem Grundsatz, daß alles in der Welt von göttlichen, Wirkungen erzeugenden Kräften hervorgerufen werde.

Wenn daher der letzte der großen vorklassischen Juristen Q. Mucius Scaevola pontifex maximus, der wie viele seiner Vorgänger neben seiner Rolle als führender Jurist zugleich der höchste Amtsträger in Fragen der Religion war, in einer uns von Augustinus (aus Varro¹⁸⁸) zitierten Stelle die Götter der Philosophen von den Göttern unterscheidet, die von den verantwortlichen Männern des Gemeinwesens gelehrt werden, dann meint er mit dieser Unterscheidung, deren stoische Herkunft feststeht¹⁸⁹, keineswegs, daß beide Bereiche miteinander nichts zu tun hätten. Die Götter sind für Mucius philosophisch gesehen die in der Wirklichkeit vorhandenen Kräfte, die den Menschen erfassen und leiten und die als göttliche Naturprinzipien den Menschen zu der seiner höheren Natur entsprechenden Lebensweise hinführen¹⁹⁰. Es ist methodisch die gleiche philosophische Überzeu-

¹⁸⁸ Daß Augustinus, de civitate dei IV 27 diese Nachricht nicht aus erster Hand, sondern aus seiner Hauptquelle in diesen Fragen geschöpft hat, hält Zeller, Philosophie der Griechen III,1 (21923) 586, Anm. 5 mit Recht für gewiß. Vgl. dazu noch unten Anm. 192.

¹⁸⁹ Vgl. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I (1988) 549; Wissowa, Religion und Kultus der Römer (21912) 68; Latte, Römische Religionsgeschichte (1960) 277.

¹⁹⁰ Vgl. Augustinus, de civitate dei IV, 27. Augustinus berichtet, Mucius habe die von den Philosophen herausgestellten Wahrheiten, daß Herkules, Aeskulap, Castor und Pollux keine Götter, sondern Menschen gewesen seien und daß ferner überhaupt die Götterstandbilder der Gemeinwesen keine wahren Abbilder seien, weil der wahre Gott weder Geschlecht noch Alter noch bestimmte Körperglieder gehabt habe, nicht bestritten, aber für schädlich erklärt, weil es die Götter, die von den für die Religion verantwortlichen Staatsmännern gelehrt würden (*genus deorum a principibus civitatis traditum*) gefährde; deswegen seien sie nach Mucius trotz ihrer Wahrheit vor dem Volk geheimzuhalten: *Haec pontifex nosse populos non vult: nam falsa esse non putat. Expedire igitur existimat falli in religione civitates*. Die Schlußfolgerung des Augustinus (*Also hielt er es in der Religion für nützlich, die Gemeinwesen zu täuschen*) darf nicht so verstanden werden, als sei es Mucius um das Täuschen an sich gegangen. Es ging ihm und den stoisch gebildeten Pontifizes, für die er sprach, um die wahre Religion, wie sie sie sahen: Die tradierten Kultformen sollten trotz der nicht unberechtigten Kritik im Staatskult gewahrt werden, um den nicht philosophisch gebildeten Menschen einen ihnen gemäßen Zugang zur Religion zu ermöglichen und um zu verhindern, daß mit den gestürzten Götterbildern auch die Glaubenssubstanz verlorengehe, die aus der wahren Religion in sie eingeflossen war. Aus dieser Überzeugung von einer inneren Verbindung der wahren und der bürgerlichen Religion (vgl. zu diesem Argument unten Anm. 192) erklärt sich auch das von

gung, kraft der Mucius in seiner Rechtslehre an die große Kraft des die menschlichen Verhältnisse durchströmenden Vertrauensprinzips der *bona fides* glaubt. Auch diese Naturkraft ist göttlich und von der in Rom als Göttin verehrten Fides (vgl. unten Anm. 200) nicht prinzipiell verschieden¹⁹¹. Die Götter des Gemeindeglaubens sind von den wahren Göttern nicht getrennt, sondern versinnlichte äußere Formen von ihnen. Wenn sie auf diese Weise zwar kein wahres Abbild geben, eröffnen sie doch dem nicht philosophisch gebildeten Bürger den Zugang zur Wahrheit und gewähren damit den wahren göttlichen Kräften Einfluß auf ihn. Varro, der als Anhänger der zu seiner Lebenszeit von dem stoisierenden Antiochos von Askalon geprägten alten Akademie dem Denken des von ihm zitierten Mucius nahestand, spricht diese Zusammenhänge in aller Klarheit aus, wenn er sagt, daß die Theologie der Bürgerschaft von der philosophischen Theologie getrennt sei, sondern eine temperierte Form der philosophischen Theologie darstelle¹⁹². Es handelt sich bei der Dreiteilung der Theologie in eine bürgerlich-staatliche, eine philosophisch-natürliche und eine dichterisch-mythische denn auch nicht, wie man gemeint hat, um eine späte rationalistische Abweichung von der traditionellen Lehre der Stoa, sondern um altes Schulgut, das Mucius schon als Überzeugung der führenden Pontifices Roms vorfand¹⁹³.

den Skeptikern kritisierte Bestreben der stoisch geprägten Pontifizes, die Vielfalt der Göttergestalten als äußere Erscheinungen von wahren Naturprinzipien zu deuten (vgl. im Text), durch die hindurch trotz ihrer Zufälligkeit der Zugang zu den wahren pantheistischen Naturprinzipien möglich ist. Bei diesem hermeneutischen Vorgehen spielt die spezifisch stoische Unterscheidung zwischen sinnfälliger Erscheinung (*species*) und dem hinter der Erscheinung wahrnehmbaren Prinzip (*genus*), dessen Handhabung durch Q. Mucius ich nachgewiesen habe (vgl. meine ‚Wissenschaftslehre‘ [oben Anm. 1], 286 ff.), eine entscheidende Rolle.

¹⁹¹ Cicero, de officiis III 17, 70. Die Göttlichkeit der Rechtsprinzipien ist generell. Denn wenn die objektive, das Gerechtigkeitsvertrauen aller Menschen schützende *bona fides* die beherrschende göttliche Naturkraft des naturrechtlichen *ius gentium* darstellt, so beruhen nach stoischer Auffassung auch die Verbesonderungen im vorklassischen *ius civile* (vgl. zu dem Dualismus der älteren Jurisprudenz Cicero, de off. III 17, 69) letztlich wiederum auf göttlichen Kräften, die die einzelnen Menschen oder die von ihnen geschaffenen Gemeinschaften beseelen.

¹⁹² Augustinus, de civitate dei VI 6: *cum memoratus auctor (sc. Varro) civilem theologian a fabulosa et naturali tertiam quandam sui generis distinguere conaretur, magis eam ex utraque temperatam quam ab utraque separatam intellegi voluit. Ait enim, ea quae scribunt poetae, minus esse quam ut populi sequi debeant; quae autem philosophi, plus quam ut ea vulgum scrutari expediat. Und als wörtlich gekennzeichnetes Zitat aus Varro: „maior societas debet esse nobis cum philosophis quam cum poetis.“* Es gibt also für dieses Denken eine innere Verbindung zwischen philosophischer und bürgerlicher Religion, und nicht einmal zwischen der dichterischen und der philosophischen Religion fehlt sie ganz. Wir dürfen davon ausgehen, daß das, was Varro hier berichtet, im wesentlichen mit der Auffassung übereinstimmt, die er bei dem von ihm ausgewerten (vgl. oben Anm. 190) Mucius vorgefunden hatte. Zur philosophischen Prägung Varros durch die alte Akademie Hellfr. Dahlmann, Varro, in: RE Suppl. 6 (1935) s. v. M. Terentius Varro Sp. 1174.

¹⁹³ Zeller, (oben Anm. 183) 586, der die Göttertrichotomie Panaitios zuschreibt, weist selbst darauf hin, daß sie in der Überlieferung als gemeinstoische Lehre auftritt (a.a.O. 587, Anm. 3; 326, Anm. 3), und Latte, der die Zuschreibung teilt, bemerkt zutreffend, daß sie ganz unbe-

Gegen diesen Glauben an in allen Erscheinungen der Natur wahrnehmbare göttliche Kräfte, der in Ciceros Dialog über die Götter von Q. Lucilius Balbus vertreten wird¹⁹⁴, richten sich die Argumente des Skeptikers Cotta. So seien konstante Abläufe nicht Göttern, sondern der Natur zuzuschreiben.

Cicero, de natura deorum III 9, 24 – 10, 25

sed non omnia, Balbe, quae cursus certos et constantis habent ea deo potius tribuenda sunt quam naturae ... vide quaeso, si omnis motus omniaque quae certis temporibus ordinem suum conservant divina dicimus, ne tertianas quoque febres et quartanas divinas esse dicendum sit, quarum reversione et motu quid potest esse constantius. sed omnium talium rerum ratione reddenda est: quod vos cum facere non potestis, tamquam in aram confugitis ad deum.

(Nicht alles, Balbus, was einen bestimmten und beständigen Verlauf hat, ist darum eher einer Gottheit als der Natur zuzuschreiben. ... Gib bitte acht, daß wir, wenn wir jede Bewegung und alles, was sonst nach bestimmten Zeiten seine Ordnung bewahrt, göttlich nennen, dann nicht auch die alle drei oder vier Tage wiederkehrenden Malariaanfälle göttlich nennen müssen, deren Konstanz in Wiederkehr und Verlauf nicht überboten werden kann. Aber für alle diese Dinge muß man Gründe angeben. Weil ihr das nicht könnt, flieht ihr wie zu einem Altar zu einer Gottheit.)

Die Skeptiker leugnen nicht die in der Natur wahrnehmbaren Konstanten. Sie sind jedoch der (die Moderne vorwegnehmenden) Überzeugung, daß das, was menschliche Wissenschaft erfassen kann, gerade darum nicht göttlich, sondern natürlich ist.

Cicero, de natura deorum III 11, 28

Itaque illa mihi placebat oratio de convenientia consensuque naturae, quam quasi cognatione continuatam conspirare dicebas, illud non probabam, quod negabas id accidere potuisse, nisi ea uno divino spiritu contineretur. illa vero cohaeret et permanet naturae viribus, non deorum, estque in ea iste quasi consensus, quam συνπάθειαν Graeci vocant; sed ea, quo sua sponte maior est eo minus divina ratione fieri existimanda est.

(Mir gefiel daher jene Rede über die wohlgeordnete Harmonie der Natur, von der du [sc. der Stoiker Balbus] sagtest, daß sie, in ihren Teilen gewissermaßen durch Verwandtschaft zusammenhängend, in einem einheitlichen Geist wirke, während ich dir nicht zustimmen konnte, wenn du behauptetest, daß das nur möglich sei, wenn die Natur von einem göttlichen Geist zusammengehalten werde. Zusammenhang und Dauer der Natur folgt vielmehr aus ihren eigenen Kräften, nicht aus denen der Götter, und es gibt in ihr selbst diese Harmonie, welche die Griechen „Sympathie“ nennen. Je stärker diese aber aus eigener Kraft hervortritt, um so weniger ist anzunehmen, daß sie kraft göttlicher Vernunft vorhanden ist.)

glaubigt ist; vgl. (oben Anm. 189) 277, Anm. 2: Der Name [sc. des Panaitios] steht freilich nirgends.). Es ist denn auch ganz unrichtig, wenn Zeller, 586 Mucius einen „Schüler des Panaitios“ nennt. Der stoische Philosoph, der wirklich auf Mucius Einfluß hatte, und zwar über seinen Vater P. Mucius pontifex maximus, war Antipater von Tarsos, der in der Stoa eine neue bedeutende, das Naturrecht stärkende Strömung eröffnet hatte. Und dieser Einfluß trennte die beiden Mucii, Vater wie Sohn, vom liberalen Scipionenkreis, zu dem Panaitios gehörte und der Jurist Tiberius, der ausdrücklich als Hörer des Panaitios genannt wird (Pomponius Isg sg D 1,2,2,40). Vgl. zu diesen Zusammenhängen meine Abhandlung „Tiberius Gracchus“ (oben Anm. 1) 25 ff., 51 ff.

¹⁹⁴ Näher zu diesem vor allem als kenntnisreicher Anhänger der Stoa bekannten Freund Ciceros Münzer, in: RE (1927) s.v. Lucilius 20 Sp. 1640.

Wenn die Stoiker überall dort, wo die Natur sich *physica constantique ratione* (III 39, 92) (*nach beständigen Naturprinzipien*) bewegt, das Wirken eines göttlichen Geistes wahrzunehmen meinen, machen ihnen die Skeptiker folgerichtig den Vorwurf, nicht zwischen der Natur und dem menschlichen Denken zu unterscheiden.

Cicero, *de natura deorum* III 10, 26

quid inter naturam et rationem intersit, non distinguitur

(*Der Unterschied zwischen Natur und menschlichem Denken wird nicht wahrgenommen*).

Aus dem menschlichen Denken, das die Natur versteht, darf kein der Natur immanentes, dem Menschen erkennbares, lebendiges Prinzip gemacht werden. Aus der Gesetzmäßigkeit der Natur, die sie dem Menschen verständlich macht, schließt der Skeptiker nur, daß sie sich aus der Perspektive der menschlichen Wahrnehmung ordnet. Diese Seite der Natur ist ihm daher folgerichtig nicht göttlich, sondern menschlich. Das Göttliche manifestiert sich in dem, was über dem menschlichen Verständnis ist. Das Göttliche steht als eine freie willkürliche Macht außerhalb der festen Ordnungen der Natur.

3. Die menschliche Freiheit und das Schicksal

In dem Verhältnis des Menschen zu den berechenbaren Ordnungen der Natur und den geordneten Formen der menschlichen Zivilisation wiederholt sich für die akademische Skepsis auf menschlicher Stufe etwas, was dem Verhältnis des Göttlichen zur geordneten Natur analog ist.

Die natürliche menschliche Freiheit, welche die Skeptiker in den inneren Willensbewegungen finden, die sich selbst Ursachen sind und mit denen der Mensch neue Ursachenketten anstößt¹⁹⁵, steht diesen Ordnungen unabhängig gegenüber. Der Mensch ist selbst, soweit er ein Naturwesen ist, zwar von der Natur beherrscht und ihren Gesetzen unterworfen. Im übrigen aber lebt er, insoweit er bewußt und frei ist, in der Natur und in den von ihm geschaffenen Ordnungen der Zivilisation mit der Fähigkeit, sich beider zu bedienen. In dem Maß, in dem er in der Natur und in der Zivilisation beherrschbare Kausalverläufe nachweist, kann er seine Freiheit vermehren. In dem Sinne sagt Cicero an einer Stelle seiner im skeptisch-akademischen Geist geschriebenen *Topica*, daß es nur in der Natur und der „Kunst“ (d. h. in den Ordnungen, die den Regeln erzeugenden menschlichen Tä-

¹⁹⁵ Vgl. Cicero, *de fato* 11, 25 *ad animorum motus voluntarios non est requirenda externa causa; motus enim voluntarius eam naturam in se ipse continet, ut sit in nostra potestate nobisque pareat, nec id sine causa, eius rei enim causa ipsa natura est*. Die Natur, die einen in unserer Macht liegenden und uns gehorchenden Willen beweist, ist die menschliche Natur. Dazu vorzüglich klärend *Alfons Weische*, Cicero und die neue Akademie (1975) 49 f. „In der Philosophie der Neuen Akademie hat ... die eigentliche Entdeckung des Willens für das abendländische Denken stattgefunden.“ Und man kann hinzufügen, daß das römische Recht für lange Zeit der Hauptvermittler dieses Gedankens einer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit empirisch beobachtbaren Freiheit des Menschen, einer Freiheit nach menschlichem Maß, gewesen ist. Siehe dazu näher zuletzt „Die Person oder die Sache“ (oben Anm. 1) 49 ff.

tigkeiten entstammen), beständige Ursachen gebe, auf deren Wirkung man sich verlassen könne, weil sie Konstanz hätten.

Cicero, Topica 16,63

Omnium autem causarum in aliis inest constantia, in aliis non inest. In natura et arte constantia est, in ceteris nulla. (*Von den Ursachen aber wohnt den einen Konstanz inne, den anderen nicht. In der Natur und den Formen der „Kunst“ ist Beständigkeit, in den übrigen nicht.*)

Aus dem hier vorausgesetzten Bemühen, dem Menschen die Konstanz der Ursachenverläufe, wo sie in Natur und „Kunst“ vorhanden sind, zur Vermehrung seiner Freiheit und Verantwortung vor Augen zu rücken, stammt nicht nur die klassische, dem *ius commune* angehörige Übereignungslehre, die eine *traditio cum iusta causa* verlangt und damit eine die Verfügungswirkung auslösende *causa* einer *ars* voraussetzt, sondern auch die rationale, die lex Aquilia ergänzende Haftung für *causam praestare*, wo der die deliktische Verantwortlichkeit klärende Begriff der *causa* der Natur angehört¹⁹⁶.

Den Bereich, der keine Beständigkeit aufweist, teilen sich die Götter und die Menschen. Unberechenbar ist das Schicksal, das die Sphäre der Götter repräsentiert, aber auch die menschliche Willkür. Im Unterschied zum göttlichen Wirken ist die menschliche Willkür jedoch prinzipiell verständlich, da menschlich nachvollziehbar.

Topica 17, 63

... earum causarum quae non sunt constantes aliae sunt perspicuae, aliae latent. Perspicuae sunt quae appetitionem animi iudiciumque tangunt; latent quae subiectae sunt fortunae. Cum enim nihil sine causa fiat, hoc ipsum est fortunae eventus, <qui (ins. Madwig)> obscura causa et latenter efficitur.

(*Von den Ursachen, die nicht beständig sind, sind die einen durchsichtig, die anderen verborgen. Durchsichtig sind diejenigen, welche Begehren und Urteil eines Bewußtseins berühren. Verborgen sind diejenigen, die dem Schicksal unterliegen. Da nämlich nichts ohne Grund geschieht, kennzeichnet eben das eine Wirkung des Schicksals, daß sie aus einem unbekannten Grund und aus dem Verborgenen eintritt.*)

Ursachen, die auf menschliches Begehren und menschliches Urteil zurückgehen, sind, da spontan gesetzt, zwar unbeständig, aber man kann sie grundsätzlich, falls man alle Voraussetzungen kennt, verstehen. Unbeständig und zugleich undurchsichtig und unerforschlich ist dagegen, was die Fortuna verhängt. Was sie lenkt, „wissen die Götter“.

Auf das unbeständige und unerforschliche Wirken der Fortuna antwortet nach der skeptischen Kulturtheorie die Religion, auf menschliche, in ihren Gründen grundsätzlich nachvollziehbare Willkür antworten die Formen und Werte der Zivilisation, insbesondere die des Rechts.

Die menschliche Freiheit wird dadurch nicht aufgehoben, sondern teils erweitert, teils in Schranken gehalten. Soweit die natürliche Freiheit wirkt, bleibt der Mensch den von Mitmenschen ausgehenden Zufällen unterworfen.

¹⁹⁶ Vgl. meine Untersuchung ‚Iusta causa traditionis‘ (oben Anm. 1) 70ff.

„*Casus et natura in nobis dominatur*“, „Wir sind dem – von der Willkür der Götter und der Menschen herkommenden – Zufall¹⁹⁷ und der – sich nach ihren Gesetzen bewegenden – Natur unterworfen“, schreibt Servius, der Gründer der klassischen Jurisprudenz aus dem Geist der skeptischen Akademie seinem Freund Cicero, dem glänzendsten Schüler dieser Philosophie. Anlaß war ein Todesfall: Ein gemeinsamer Freund war nach einem Essen den Messerstichen eines privaten Feindes erlegen. Dieser Mensch hatte plötzlich zugestochen, und nach schweren Verletzungen hatte die Natur ihren Lauf genommen. Da sich der Vorfall in Athen zutrug, veranlaßte Servius, der bei dem Vorfall zugegen war und als Proconsul der Provinz Achaia seinen Willen durchsetzen konnte, daß der gemeinsame Freund auf dem Gelände der Akademie, in seinen Worten „der vornehmsten Lehranstalt des Erdkreises“ bestattet wurde und die Athener ihm dort ein Marmordenkmal errichteten¹⁹⁸.

Die anderen Menschen und die Götter stellen aus der Sicht des Einzelnen die unüberwindlichen Grenzen seiner Freiheit dar. Was sie tun, muß er grundsätzlich hinnehmen. Aber es gibt den einen entscheidenden Unterschied. Mit den anderen Menschen kann er immerhin versuchen, sich zu arrangieren oder sich gegen sie zu wehren. Gegenüber den Göttern bleibt ihm nur die Verehrung.

4. Der traditionalistische Professionalismus eines der skeptischen Philosophie anhängenden pontifex und das Bekenntnis zum *mos maiorum*

Da die prüfende und analysierende Beobachtung über die Götter nichts Gewisses ausmachen kann, folgt ihre Verehrung tradierten Formen. Daß die Religion auf diese Weise in besonderem Maße eine Stätte der Tradition und der Wahrung über-

¹⁹⁷ Der *casus fortuitus*, der eine *vis* erzeugt, *cui resisti non potest*, kann, wie eine ausdrücklich mit Servius Sulpicius in Beziehung gesetzte Überlieferung lehrt, ebenso gut von Menschen stammen wie von einem Zusammenhang ausgehen, der auf unberechenbares göttliches Wirken deutet (vgl. Servius bei *Ulpian* 32 ad edictum D 19,2,15,2 und bei *Ulpian* 81 ad edictum D 39,2,24,4 *violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam*). Auf Servius dürfte daher auch der Sache nach die Formel von dem maior casus *cui humana infirmitas resisti non potest* zurückgehen. Vgl. *Gaius* 2 <rerum cottidianarum sive> aureorum D 44,7,1,4.

¹⁹⁸ Cicero, ad familiares 4, 12 *SERVIUS CICERONI SAL. PLUR* (Brief vom 31. März 45 aus Athen): *Etsi scio non iucundissimum me nuntium vobis allaturum: tamen, quoniam casus et natura in nobis dominatur, visum est faciendum, quoquo modo res se haberet, vos certiores facere. Casus et natura* folgen hier einander mit Grund unmittelbar, als rasche Tat und als Todesfolge. *Casus* ist der unberechenbare Zufall. Aus der Sicht des ihn erleidenden Menschen ist er auch dann unberechenbar, wenn er wie hier von einem Menschen ausging. Die *natura* ist der Bereich, dessen konstante Abläufe unerbittlich gelten und auf menschliche Wünsche keine Rücksicht nehmen. M. Marcellus, aus hochadliger Familie, war nach dem Essen plötzlich von einem P. Magius Cilo mit dem Dolche angefallen worden und am Unterleib und hinter dem Ohr am Kopf verletzt worden. Kurz vor Tagesanbruch verstarb er. Zur Bestattung vgl. ebenda § 3: *nos in nobilissimo orbis terrarum gymnasio Academiae locum delegimus ibique eum combussimus: posteaque curavimus, ut eidem Athenienses in eodem loco monumentum ei marmoreum faciendum locarent*. Zur Staatshalterschaft, die Servius Caesar verdankte, vgl. Kübler, in: RE (1931) s.v. Sulpicius 95, Sp. 856.

kommener Formen und Riten darstellte, war in spätrepublikanischer Zeit auch dem allgemeinen Bewußtsein gegenwärtig.

Festus ep. ed. Lindsay 146 (ex Verrio Flacco)

Mos est [institutum] paltrium, id est memoria veterum pertinens maxime ad religiones (caerim) oniasque antiquorum. (*Das Gewohnheitsrecht ist eine Einrichtung der Vorfäter, d. h. eine Überlieferung der Alten, die sich insbesondere auf die religiösen Riten und kultischen Zeremonien der Alten bezieht.*)

Nicht minder deutlich sind die professionellen Äußerungen, die Cicero dem in seinem Dialog über das Wesen der Götter auftretenden und wie er selbst der skeptischen Akademie anhängenden pontifex C. Aurelius Cotta in den Mund legt.

Cicero, de natura deorum III 2, 5

... me et Cottam esse et pontificem: quod eo credo valebat, ut opiniones, quas a maioribus accepimus de dis immortalibus, sacra caerimoniasque religionesque defenderem. ego vero eas defendam semper semperque defendi, nec me ex ea opinione, quam a maioribus accepi de cultu deorum immortalium, ullius umquam oratio aut docti aut indocti movebit. sed cum de religione agitur, Ti. Coruncanium P. Scipionem P. Scaevolam pontifices maximos, non Zenonem aut Cleanthem aut Chrysippum sequor, ...

(*Ich bin Cotta und Staatspriester. Das hat sich, wie ich meine, dahin ausgewirkt, daß ich die Überzeugungen, die ich von meinen Vorfahren über die unsterblichen Götter entgegengenommen habe, und die [in ihnen begründeten] Opfer, Riten und religiösen Verbote verteidigen werde. Ich werde sie immer verteidigen und habe sie immer verteidigt, und es wird mich an dieser Überzeugung, die ich von den Vorfahren über die Verehrung der unsterblichen Götter entgegengenommen habe, niemandes Rede jemals irre machen, sei er gelehrt oder ungelehrt. Vielmehr werde ich, wenn es um die Religion geht, den höchsten Staatspriestern Tiberius Coruncanius, P. Scipio [Nasica Corculum] und P. [Mucius] Scaevola folgen, nicht [den stoischen Philosophen] Zeno oder Cleanthes oder Chrysipp.*)

Folgerichtig nennt Cotta das *ius pontificium* in einem Atem mit dem technischen aus der *ratio iuris* bekannten (Cicero, part. orat. 30, 137) Terminus des *mos maiorum*.

Cicero, de natura deorum III 17, 43

Quando enim me in hunc locum deduxit oratio, docebo meliora me didicisse de colendis diis immortalibus iure pontificio et more maiorum capedunculis his, quas Numa nobis reliquit, de quibus in illa aureola oratiuncula dicit Laelius, quam rationibus Stoicorum. (*Da mich das Gespräch auf diesen Punkt gebracht hat, möchte ich darlegen, daß ich über die Art, wie man die unsterblichen Götter nach dem Pontifikalrecht und dem Gewohnheitsrecht der Vorfahren verehrt, aus den bescheidenen Opfergeräten des Numa [des zweiten Königs Roms, der nach der legendären Tradition die Religion geordnet hat], über die Laelius in jener kleinen guldernen Rede spricht, mehr gelernt habe als aus den Argumenten der Stoiker.*)

Cotta unterscheidet von seinem professionellen Blickwinkel aus scharf zwischen dem Standpunkt des Priesters, der die Religion kraft seiner Amtsstellung vertritt, und der freien Meinung des Philosophen. Als Priester folge er allein dem *mos maiorum*, wie er ihn aus der Tradition seines Priesterkollegiums kennengelernt habe. Die Persönlichkeiten, die er nennt, Coruncanius (Consul 280), Nasica (Consul 165) und P. Mucius (Consul 133), sind nicht zufällig alles Vorsteher der Priesterschaft, die als solche zugleich bedeutende vorklassische Juristen

waren¹⁹⁹ und deren Auffassungen von Recht und Religion in der Tat tiefgreifend von stoischen Vorstellungen geprägt waren²⁰⁰.

Cotta berührt es nicht, daß die stoischen Beweise der Existenz der Götter in seinen Augen gescheitert sind, denn er gründet die Religion nicht auf die *ratio*, sondern auf den *mos maiorum*. Gewiß könne er sich auf den Standpunkt des Philosophen stellen. Dann müsse er zeigen, daß die Gründe, die Balbus, der im Dialog den Part des Stoikers vertritt, nicht überzeugen. Als Pontifex und Staatsmann aber glaube er den Vorfahren auch ohne Gründe.

Cicero, de natura deorum III 2, 6

a te (sc. Balbe) enim philosopho rationem accipere debeo religionis, maioribus autem nostris etiam nulla ratione reddita credere (*von dir Balbus, als Philosophen darf ich Gründe für die Religion erwarten, unseren Vorfahren aber auch glauben, ohne daß Gründe gegeben werden.*)

Nur auf diese Weise sei eine sichere Geltung des Kultus zu gewährleisten. Umgekehrt würde jeder Versuch, die Religion auf einsichtige Gründe zurückzuführen, ihre Geltung gefährden, da die zahllosen, von den Stoikern zusammengetragenen Argumente die ihnen beigelegte Evidenz in Wahrheit nicht hätten. Die sich hier zeigende Grenze menschlicher Wahrnehmung habe die skeptische Vernunft (*ratio*) dazu bestimmt, die Regeln der Religion allein auf die Tradition der Vorfahren zu gründen.

¹⁹⁹ Vgl. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I (1988) 527, 535, 547.

²⁰⁰ Für das Recht Cicero, de officiis III 17, 69f.; für die Religion die abstrakten Tugendpersonifikationen oder Wertbegriffe (vgl. Wissowa, [oben Anm. 188] 327f.; Latte, [oben Anm. 188] 233), die ohne den starken stoischen Einfluß, wie wir ihn für das Recht wahrnehmen, ganz unerklärlich bliebe. Die Logik der Kulte ist ganz stoisch. Vgl. Cicero, de legibus II 10, 28: Bene vero quod Mens, Pietas, Virtus, Fides consecrantur humanae, quarum omnium Romae dedicata publice templa sunt, ut illas qui habeant – habent autem omnes boni – deos ipsos in animis suis conlatos putent. (*Wohlgetan vollends, daß die menschlichen Fähigkeiten des Verstandes, der Ehrerbietung, der Tugend und der Treue, für die wir alle in Rom von Staats wegen geweihte Tempel sehen, zu Göttern erhoben worden sind, auf daß jene, die sie haben – alle „Guten“ haben sie –, glauben können, daß wirkliche Götter in ihre Seelen eingepflanzt worden sind.*) Siehe auch Cicero, de natura deorum II 23, 60f. Er läßt dort Balbus mitteilen, daß die Vorfahren solchen Tugendkräften deswegen Tempel geweiht hätten (*a maioribus nostris constitutae nominataeque sunt*), weil sie überzeugt waren, daß alles, was den Menschen großen Nutzen bringt, von göttlicher Güte herrühre. Daher sei die Tugendkraft der Fides zum Gott erhoben worden (*ipsa vis nominetur deus, ut Fides*). Die Parallele zur *magna vis* der *bona fides* des Mucius (Cicero, de off. III 17, 70) und den *causae efficientes*, die die vor-klassischen Juristen in den Wertbegriffen der Schriftformeln fanden (Cicero, Topica 17, 66f.), ist schlagend. Daß diese Zusammenhänge bisher kaum hervorgehoben worden sind, zeigt, daß die bisherige römische Religionsgeschichte die gleichen Schwierigkeiten hatte wie die römische Rechtsgeschichte, Rezeptionen griechischer Gedanken, die wirklich in das Innere der Vorstellungen führender Römer der Republik vorgedrungen sind, anzuerkennen. Vgl. dazu die Ausführungen zur Historischen Rechtsschule u. S. 116ff. Der „Kult von Wertbegriffen“ beginnt im 3. Jh.; der Tempel der Fides wird um 250 v. Chr. gegründet. Vgl. Latte, 233ff., 237.

Cicero, de natura deorum III 4, 9–10

quia non confidebas tam esse id perspicuum quam tu velis, propterea multis argumentis deos esse docere voluisti. mihi enim unum sat erat, ita nobis maioris nostros tradidisse. sed tu auctoritates contemnis, ratione pugnas; 10 patere igitur rationem meam cum tua ratione contendere. (*Weil du nicht das Vertrauen hattest, daß es so durchsichtig sei, wie du möchtest, deswegen wolltest du mit vielen Beweisgründen dartun, daß es Götter gibt. Mir genügte das eine: So haben es uns unsere Vorfahren überliefert. Aber du verachtetest die Tradition, und kämpfst mit Gründen. Dann dulde auch, daß meine Gründe mit deinen Gründen in Wettstreit treten.*)

Wir haben hier das gleiche Argument vor uns, das wir schon für den *mos maiorum* des *ius humanum* kennengelernt hatten. Dort stimmten die hochklassischen Juristen überein, daß man nach Gründen für das, was die Vorfahren selbst als Recht festgesetzt haben, nicht suchen dürfe, da andernfalls viel von dem, was sicher sei, umstürzen würde (vgl. oben S. 93). Dahinter steht dort wie hier das skeptische Wissenschaftsverständnis. Wissenschaftsfähige Aussagen im Sinne hoher geprüfter Wahrscheinlichkeit (vgl. oben Anm. 30) sind möglich in bezug auf beobachtbare Gegenstände der Körperwelt, in bezug auf die ihnen zukommenden Eigenschaften und die zwischen ihnen bestehenden Strukturen. Daher sind die Aussagen über die Anlagen des Menschen für Religion und Recht wissenschaftlich möglich, ebenso über seine Fähigkeiten, für Bedürfnisse wie die Verehrung des Göttlichen oder für ihm nützlich scheinende Zwecke, wie für die Aufgabenteilung der Geschlechter im Gemeinwesen, normative Regeln für ein in beobachtbarer Weise wiederkehrendes Verhalten zu fixieren. Nicht wissenschaftsfähig ist dagegen, was sich nur denken, aber in keiner Weise beobachten läßt.

Ziel war eine Grenzziehung der Wissenschaft. Der skeptischen Kritik ging es daher nicht darum, die Existenz der Götter zu widerlegen – denn damit würde der skeptische Philosoph ganz unphilosophisch nur in negativer Weise die Grenzen seines Urteilsvermögens überschreiten – sondern darum, durch den Aufweis, daß die Stoiker über die Götter nichts Gültiges vorzubringen vermögen, falsche Gewißheiten zu beseitigen.

Cicero, de natura deorum III 17, 44

Haec Carneades aiebat, non ut deos tolleretur, – quid enim philosopho minus conveniens –, sed ut Stoicos nihil de dis explicare convinceret; (*Das pflegte Carneades nicht zu sagen, um die Götter zu leugnen – was stünde einem Philosophen weniger an –, sondern um erfolgreich darzutun, daß die Stoiker über die Götter nichts Klärendes zu sagen vermögen.*)

Die Religion würde dadurch nicht Schaden nehmen, sondern im Gegenteil sicherer werden, da durch den Pantheismus, der alles religiös zu erklären und überall Götter wahrzunehmen vermöchte, das Gebiet der Religion seinen wahren, jenseits des Wißbaren liegenden Ort verliere.

Cicero, de natura deorum III 23,60

quibus intellegis resistendum esse, ne perturbentur religiones; vestri autem non modo haec non refellunt verum etiam confirmant interpretando quorsum quidque pertineat. (*Du siehst ein, daß man solchen Dingen [den Auswüchsen der Mythologie] Widerstand entgegensetzen muß, damit die Kulte nicht verwirrt werden. Eure Leute [sc. die Stoiker] widerlegen dergleichen aber nicht nur nicht, sondern bekräftigen es noch, in dem sie erklären, auf welche angebliche Wahrheit sich ein jedes [dieser zahllosen Mythologeme] bezieht.*)

Der methodische Wandel, für den Cotta als *pontifex* eintritt, ist sehr klar. An die Stelle der durch Interpretationen hergestellten Beziehung zwischen den spekulativen Wahrheiten der von der Stoa geprägten philosophischen Götterlehre und den Göttern des Staatskults (vgl. oben Anm. 200) tritt die Haltung, die in der Religion als mit hinreichender Gewißheit erkennbar nur das religiöse Bedürfnis des Menschen gelten läßt und im übrigen die Geltung der Religion allein auf die traditionelle Übung ihrer Riten legt. Es ist die gleiche Methode der Geltungsetzung, die im Recht die Geltung der von den Juristen vordem spekulativ begründeten Rechtssätze aus der bloßen Praxis herleitete. Die ältere Jurisprudenz wurde in diesen Bereichen auf den in der dauernden Praxis erkennbaren Willen reduziert, die betreffende Regel zu beachten. Insofern steckt in dem in der klassischen Jurisprudenz technisch gewordenen Ausdruck *mos maiorum* tatsächlich ein Hinweis auf die Jurisprudenz der *maiores*.

Die Rede Cottas endet denn auch mit der Bekräftigung, daß er als skeptischer *pontifex* kein Leugner der Religion sei; er sei nur jemand, der die Grenzen des Wissens deutlich machen wolle.

Cicero, de natura deorum III 39, 93

Haec fere dicere habui de natura deorum, non ut eam tollerem, sed ut intellexeretis, quam esset obscura et quam difficiles explicatus haberet. (*Dies etwa wollte ich über die Natur der Götter sagen, nicht um sie zu leugnen, sondern damit ihr begreift, wie dunkel sie ist, und wie schwierig zu erklären.*)

Es ist letztlich die Position des großen Sophisten Protagoras, die mit den Pflichten eines verantwortlichen Staatspriesters in Einklang gebracht ist. Von ihm sind die Worte überliefert:

„Was die Götter betrifft, so kann ich weder sagen, daß sie sind, noch daß sie nicht sind. Denn vieles hindert hier die Erkenntnis – sowohl die Dunkelheit des Gegenstandes wie die Kürze des menschlichen Lebens.“²⁰¹

Die in dieser Haltung zum Ausdruck kommende Selbstbescheidung und Selbstbeschränkung des Wissens ist dem heutigen Denken, das vergangene Exzesse scheinbarer Gewißheiten nicht vergessen kann, wieder nahe. Als Beleg dafür sei Horst Dreiers Kommentierung der Gottesanrufung der Grundgesetz-Präambel in dem von ihm herausgegebenen Grundgesetzkommentar (Mohr-Siebeck 1996) angeführt. Die Präambel lautet:

Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, ... hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben.

Der Kommentar dazu führt aus:

Rz. 15

„Richtig verstanden, erweist sich der Gottesbezug der Präambel als eine Art von *Demutsformel*. Nicht um eine transzendente Überhöhung der Verfassung als zumindest mittelbar gott-

²⁰¹ Passend zitiert als Motto der einführenden Erläuterungen in der schönen, von Wolfgang Gerlach und Karl Bayer besorgten zweisprachigen Ausgabe von Cicero, Vom Wesen der Götter (De natura deorum) (Tusculum-Bücher 1978) 553.

gegebener Text oder auch nur ihre legitimierende überpositive Verankerung geht es, sondern um die Betonung der Weltlichkeit und damit der Immanenz, vor allem der Endlichkeit und Fehlbarkeit auch einer demokratischen Verfassungsordnung. Daß es sich beim Staat um eine diesseitige, niemals perfekte Ordnung handelt, die keinen absoluten Wahrheitsgehalt für sich beanspruchen kann, daß der Staat „*Menschenwerk*“ und als solches fehlerhaft ist – dies zu betonen gab die historische Situation im Jahre 1949 ebenso Anlaß wie die des Jahres 1990. Totalitären Staatsmodellen jedweder Provenienz wird durch die Präambel eine Absage erteilt. So ruft der Gottesbezug vor allem die „Begrenztheit der positiven Verfassungsgebung“ wie die Relativität aller staatlichen Macht in Erinnerung, ohne sich an bestimmte Inhalte überpositiver, metaphysischer, natur- oder vernunftrechtlicher Lehren zu binden oder von deren Nimbus zehren zu wollen.“

Diese Worte entsprechen dem Geist der von der akademischen Skepsis weitergeführten griechischen Aufklärung. Die Anerkennung einer unerforschlichen Sphäre, derer sich legitimerweise die Religion annimmt, konstituiert das *ius humanum* als Sphäre menschlicher Tätigkeit und Verantwortung.

IV.

Das Gewohnheitsrecht der Historischen Rechtsschule, die Behandlung Ciceros durch Puchta und ein Blick auf die moderne „Gewohnheit des Rechts“

1. Das Gewohnheitsrecht bei Savigny

Savigny ist als der Begründer einer seitdem niemals wirklich abgerissenen neuen Tradition für das deutsche Recht und über die von ihm ausgehende Pandektistik auch weit darüber hinaus der Schlüssel für den Einfluß des römischen Rechts auf die Moderne.

Für Savigny ist das Gewohnheitsrecht die „Gewohnheit des Rechts“, gelebt und verwirklicht im „Volksgeist“ einer Nation und betreut durch die Juristen. Dieses Gewohnheitsrecht hat, ähnlich wie die klassische, das Recht stärkende *consuetudo* im allgemeinsten Sinn, nicht die Funktion, die Regeln des Rechts zu erzeugen, sondern nur diejenige, sie sichtbar und wirksam zu machen. Wie Savigny in § 12 „Gewohnheitsrecht“ des Systems klar ausspricht, ist die „Gewohnheit“ „das Kennzeichen des positiven Rechts“, nicht ihr „Entstehungsgrund“ (System I S. 35)²⁰².

²⁰² Die verbreitete Annahme, die das Recht aus der Gewohnheit selbst entstehen lasse, hat nach Savigny nur insofern eine teilweise Berechtigung, als bei Regeln, bei deren näherer Fassung innerhalb bestimmter Extreme eine gewisse Willkür nicht fehle, z. B. bei Verjährungsvorschriften, die Gewohnheit ein „mitwirkender Entstehungsgrund“ sei (I S. 36 f.). Den klassischen Begriff des *mos maiorum*, dessen Regeln zwar jeweils auf einen Zweck zurückgeführt werden, denen aber ihrer Natur nach die Begründbarkeit durch allgemein einsehbare Strukturen fehlt, nimmt Savigny nicht wahr. Im Index zum System fehlt das Stichwort *mos maiorum*.

Die Herkunft des Rechts, das sich in der Gewohnheit zeigt, wird dadurch freilich für Savigny zur großen Frage. Die klassisch-skeptische Antwort einer Unterweisung der Menschen durch Einzelne, die ihrer Zeit voraus sind, war nicht die Antwort Savignys. Zwar war es dem Inhalt nach im wesentlichen das römische Recht, das für Savigny in der Gewohnheit des Rechts sichtbar wurde. Aber mit dem Hinweis allein auf das römische Recht hätte Savigny noch keine Antwort auf die Frage nach der Entstehung des Rechts gegeben. Eine neuere Publikation zum Gewohnheitsrecht meint, es sei sogar nur ein Zufall, daß Savigny seine Rechtslehre am römischen Recht verdeutlicht habe. Dieser Zufall hänge damit zusammen, daß Savigny die Programmschrift der Historischen Schule „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ ursprünglich als Einleitung der „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“ geschrieben habe²⁰³. Dieser Einfall ist aber so verfehlt, wie nur irgend möglich. Das römische Recht ist für die Historische Rechtsschule schlechterdings unersetzlich. Nur die eigentümliche Geschichte des römischen Rechts hat Savigny die Antwort ermöglicht, die er schließlich gab. Nur sie erlaubte es ihm, in sich den Glauben auszubilden, daß das positive Recht, das sich in der Geschichtlichkeit zeigte, „eine unsichtbare Entstehung“ habe, daß der „in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist, der das positive Recht erzeugt, ... nicht zufällig, sondern nothwendig, ein und dasselbe Recht ist“ (System I S. 14) und daß das „Gefühl innerer Nothwendigkeit“, von der diese Vorstellung des „positiven Rechts“ begleitet werde, „sich am bestimmtesten aus(spricht) in der bestimmten uralten Behauptung eines göttlichen Ursprungs des Rechts oder der Gesetze“. Savignys supranaturalistische, d. h. offenbarungsgläubige Rechtslehre setzte in der Tat voraus, daß Gott den Völkern und unter ihnen aus geheimnisvollen Gründen dem römischen Volk in besonderer, es auszeichnender Weise von Anbeginn an die Prinzipien von Recht und Staat offenbart habe²⁰⁴. Der „allgemeine Menscheng Geist“ „offenbart“ sich im Recht dem „einzelnen Volk“, und zwar auf „individuelle Weise“ (System I S. 20 f.), und wird dadurch notwendig zum „Volksgeist“. Daher muß für Savigny „jedes Volk, sobald es als solches erscheint, sogleich als Staat erscheinen, wie auch dieser gestaltet sein möge“; und daher ist es für Savigny auch undenkbar, daß in dem Leben der Völker „eine Zeit vor Erfindung des Staates vorkäme, worin das Privatrecht diese unvollkommene [d. h. noch nicht durch staatliche Gerichte gewährleistete] Natur hätte (Naturzustand)“ (I S. 23). Der Staat ist die „leibliche Gestalt der geistigen Volksgemeinschaft“; seine Erzeugung auch eine „Rechts-erzeugung“, ja „die höchste Stufe der Rechtserzeugung überhaupt“. Seine Entstehung wird wie die des Privatrechts „in eine höhere Nothwendigkeit“ gesetzt (I S. 22); er verleiht dem Privatrecht „durch Aufstellung des Richteramts“ „Leben und Wirklichkeit“.

²⁰³ Theodor Böhler, Rechtsquellenlehre. Band I Gewohnheitsrecht, Enquête, Kodifikation (1977) 26.

²⁰⁴ Vgl. meine Untersuchung „Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F. C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts“, in: Römisches Recht in der europäischen Tradition, Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstag von Franz Wieacker (1985) 257–321.

An die Stelle des klassischen Redners, der die Menschen zur gesitteten Lebensform hinführt und auch sofort Gerichte ins Leben ruft, ist in Savignys Vision ein das Gleiche leistendes, unsichtbares, göttliches Wirken getreten. Wenn Savigny das *ius gentium* der römischen Quellen als einen Begriff bezeichnet, der „aus der Erfahrung geschöpft ist“ (I S. 110) und von ihm sagt, daß es ein „ganz positives, geschichtlich entstandenes und fortgebildetes Recht“ ist, dann muß man sich klar machen, daß die Worte „Erfahrung“, „geschichtlich“, „positiv“ ihren Sinn aus diesem supranaturalistischen Zusammenhang erhalten. Savigny selber stellt ihn für Rom unmißverständlich her, wenn er sagt, daß die Römer den Entstehungsgrund dieses Rechts „im Allgemeinen in der *naturalis ratio*, d.h. in dem der menschlichen Natur eingepflanzten gemeinsamen Rechtsbewußtsein (fanden), wovon wieder die Unveränderlichkeit dieses Rechts als eine nothwendige Folge angesehen wurde“; und er bekräftigt es, indem er in der Fußnote (p) „auf die allgemeineren Wurzeln dieser Ansicht“ verweist, d.h. auf die schon mitgeteilte, nach Savigny von allen Völkern gehegte Überzeugung von der unsichtbaren Entstehung des Rechts.

Unsichtbares göttliches Wirken hat für Savigny auch die weiteren Geschehnisse des Römischen Rechts bestimmt. Daß sich der Bereich des „*ius gentium*“ auf Kosten des besonderen „*ius civile*“ immer mehr erweiterte, war ein Werk „innerer Notwendigkeit“, so sehr, daß das justinianische Zeitalter „das höchste Lob“ empfängt, weil es „das allmähliche und stille Wirken jener Nothwendigkeit“ „richtig erkannt“ und „so“ – durch anpassende Interpolationen – „der Buchstabe des Rechts mit dem sehr veränderten Geist und Wesen desselben befriedigender ausgeglichen worden ist, als es von diesem Zeitalter erwartet werden durfte“ (I S. 113). Der „größte und merkwürdigste Act eines Gewohnheitsrechts“ war schließlich „die Reception des Römischen Rechts“ (System I, S. 78). Und auch in ihr, „in dieser großen Erscheinung eines allgemeinen Gewohnheitsrechts, in vielen Staaten gleichmäßig (wenngleich nicht zu derselben Zeit) vorkommend“, findet Savigny einen höheren Hinweis, der für das künftige Europa selbst in der heutigen säkular gewordenen Zeit eine gewisse Aktualität beanspruchen kann. Die Rezeption des römischen Rechts in so vielen Staaten zeige, daß „die neueren Nationen nicht in dem Maße wie die alten, zu einer abgeschlossenen Nationalität berufen waren, daß vielmehr der gemeinsame christliche Glaube um sie alle ein unsichtbares Band geschlungen hatte, ohne doch die nationale Eigenthümlichkeit aufzuheben“. Hier liege „der große Entwicklungsgang der neueren Zeit, deren letztes Ziel vor unsren Augen noch verborgen“ sei. (I S. 80).

Mit dieser Zukunftsvision macht Savigny deutlich, daß seine Rechtslehre, die einen vorstaatlichen und rechtlosen Zustand nicht zugeben will, keineswegs den nationalen Macht- und Kulturstaat im Auge hatte, dessen Bedeutung sich in seiner Epoche bereits deutlich abzeichnete und der denn auch die europäische Geschichte des 19. Jahrhunderts und die der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bestimmen sollte. Die Völker sind für ihn nicht die eigentlichen Träger des Geschichtssinns. Ein Staat, der wie Recht und Sprache die Völker von Anbeginn begleitet, ist ein geistiges Prinzip und wahrlich nicht geeignet, die verpflichtende

Idee nationaler Machtpolitik zu erzeugen. Wenn vielmehr Savigny wie der für ihn einflußreiche Montesquieu überzeugt war, daß die Regeln des Rechts, welche die menschlichen Verhältnisse ordnen, etwas mit der göttlichen Weisheit und dem Schöpfungssinn zu tun haben (*ont du rapport avec sa sagesse et sa prudence*)²⁰⁵, dann liegt dies für Savigny eindeutig darin, daß das Recht eine Ordnung schafft, die bei Rahmenbedingungen der Sozialverträglichkeit Freiheit ermöglicht, auf daß der Einzelne sich in diesem Leben bewähre oder nicht²⁰⁶.

Diese aufgeklärt christliche und zugleich mit der Übertragung christlicher Motive in die konkrete Geschichtlichkeit tief romantische Rechtslehre konnte dem römischen Recht eine Geltungsidee geben, die es nachhaltig getragen hat. Was sie nicht konnte, war, das römische Recht aus seinen wahren historischen Bedingungen erklären. Da die Historische Rechtsschule dem Recht eine supranaturalistische Herkunft zuschrieb, konnte sie der klassischen Rechtslehre, welche die Entstehung des Rechts auf menschliches Handeln in der Geschichte zurückführt, weder als Theorie Gerechtigkeit widerfahren lassen, noch die historische Tatsache anerkennen, daß diese Theorie die Grundlagen des praktisch geltenden, klassischen, römischen Rechts gelegt hat. Überall wo die Tradition der Historischen Rechtsschule fortwirkt, bleibt das Phänomen des römischen Rechts ein höheres Geheimnis, ein Mysterium fascinans, wie es ein für diesen Umstand sensibler spanischer Romanist vor nicht langer Zeit ausgesprochen hat²⁰⁷.

Für den klassischen, allein vom *ius naturale* beherrschten Naturzustand ist im Denken Savignys nach allem genauso wenig Platz wie für einen distinkten Übertritt in die *civitas*, der für das klassische Denken durch die entsprechende Rechtsfigur des *ius gentium* ermöglicht wird, und mit dem die Rechtsordnung beginnt. Vielmehr wendet sich Savigny in einem ausführlicheren Exkurs gegen die diese Vorstellung bekundende, dreigliedrige Rechtsquellenlehre, die Ulpian bewahrt hat (System I S. 413 ff.). Neben dem „reinen Rechtsbegriff“, der die Freiheit nach klaren Strukturen organisiert und dem *ius gentium* entspricht, und dem „gemischten Rechtsbegriff“, der die Sozialverträglichkeit der Rechtsordnung mit offenen Prinzipien durchsetzt (I S. 53 ff.), kennt Savigny nur den entweder notwendigen oder durch Durchsetzung des Richtigen zu überwindenden Buchstaben des Rechts. Die Kategorie des *mos maiorum* mit ihrer spezifischen Aussage, daß Regeln, die, weil ihrer Struktur nach nicht rational einsichtig, nur unter bestimmten eingeschränkten Bedingungen in Kraft treten, fehlt bei Savigny; der Index zum System führt das Wort nicht auf. Savigny erörtert nur das *ius singulare* (I S. 61 f.),

²⁰⁵ De l'esprit des lois. I 1: „Il y a donc une raison primitive; et les lois sont les rapports qui se trouvent entre elle et les différents êtres, et les rapports de ces divers êtres entre eux. Dieu a du rapport avec l'univers, comme créateur et comme conservateur: les lois selon lesquelles il a créé sont celles selon lesquelles il conserve. Il agit selon ces règles, parce qu'il les connaît; il les connaît parce qu'il les a faites; il les a faites, parce qu'elles ont du rapport avec sa sagesse et sa puissance.“

²⁰⁶ Vgl. noch einmal meinen Beitrag „Geschichte, Politik und Jurisprudenz“ (oben Anm. 204) 267 ff., 276 ff., 287 ff.

²⁰⁷ Juan Iglesias, Mysterium fascinans, in: Arte del Derecho, Escritos Romanísticos – Nuevas Miniaturas – Última Lección (1995) 47–53.

das in den klassischen Quellen gewissermaßen *mos maiorum* der kleinen Münze ist, nämlich anomalisches, aus Zweckmäßigkeit anerkanntes Juristenrecht.

Es ist aber immer wieder zu betonen, daß Savigny dem Humanismus seiner klassischen Quellen sehr nahe ist. Destinatar des Rechts ist auch für Savigny der einzelne Mensch. Zwar ist richtig, daß Savigny (System I S. 24) gelegentlich den Volksgeist als „Gesamtwillen“, als *volonté générale* deutet, und an einer Stelle auch gut rousseauisch und hegelisch sagt, daß (I 24) „die des Unrechts fähige individuelle Freiheit von dem Gesamtwillen gebunden und in ihm untergehend“ erscheint. Aber diese Anleihe beim objektiven Idealismus ist nicht in das Zentrum seines Denkens vorgedrungen. Der Kern seines Rechtssystems blieb die vom Recht ermöglichte Freiheit. Und diese Freiheit ist eine natürliche, keine idealistisch-normative, welche die natürliche Freiheit aufhebt. Als natürliche Freiheit ermöglicht sie, wie Savigny betont, eine Wahl zwischen Gut und Böse, zwischen Sittlich und Unsittlich (I S. 332). Hierin blieb Savigny konsequent. Seine Volksgeistlehre gilt den Entstehungs- und Geltungsbedingungen des Rechts, nicht dem Zweck, dem das Recht dient. Sein romantischer Glaube, daß Gott das Recht den Völkern offenbart, ändert nichts an seiner Überzeugung, daß das Recht der Freiheit des Einzelnen dient.

Die bedeutendste Folge der Volksgeistlehre war, daß mit ihr geltungstheoretisch ausnahmslos alles Recht zu Recht des Nationalstaates wurde. Das vom konkreten Volk gewollte Recht ist nicht mehr nur, wie noch bei Julian, das jeweils besondere Recht, das ein Volk kraft Gesetzes oder *mos maiorum* ins Leben ruft, sondern jeweils alles Recht. Die Historische Schule kennt kein kraft Universalität überall in gleicher Weise geltendes Recht mehr, sondern nur noch gleichwertiges, in den Völkern jeweils parallel geltendes Privatrecht. Diese Sicht gab bekanntlich dem Internationalen Privatrecht, wie Savigny noch selbst im berühmten 8. Band seines Systems auseinandersetzte, eine neue zentrale Bedeutung.

Solange die humanen, durch christlichen Individualismus unterfangenen Gehalte des römischen Rechts den verbindlichen Stoff der Gewohnheit des Rechts lieferten, hatte diese Nationalisierung des Rechts keine nachteiligen Folgen. In dem Maße aber, in dem sich die Rechtsquellenlehre säkularisierte, mußte sich auswirken, daß die Volksgeistlehre, soweit sie das *ius gentium* zum Inhalt des Volkswillens machte, die universalen Gehalte des Rechts nach ihrer Geltungsweise auf die Ebene des *ius proprium* der besonderen Gesetze und besonderen Gewohnheitsrechtssätze herabstufte. Damit wurde Regeln, um deren unverbrüchlicher Geltung willen überall Rechtsordnungen gegründet werden, der Vorrang höherer Rationalität entzogen. Darin lag für die Zukunft ein gefährliches Potential. Es zeigte sich, als völkische Staatsidee, omnipotenter Gesetzgebungsstaat und frei-rechtliche Bereitschaft, die Gewohnheit des Rechts auch ohne Gesetz nach den völkischen Staatszwecken zu ändern, aufeinandertrafen. Savigny konnte dies von seiner Grundanschauung nicht absehen. Sein Denken zielte nicht auf den nationalen Machtstaat, sondern auf individuelle, selbstverantwortliche Freiheit, die er sich mit großer Folgerichtigkeit auch in einem den Nationalstaat überwindenden Europa vorstellen konnte.

2. Puchtas Cicerobild oder „Wie kann man von Cicero trotz seines Philhellenismus etwas über Gewohnheitsrecht lernen?“

Puchta, der die Gewohnheitsrechtslehre Savignys in seiner berühmt gewordenen zweibändigen Monographie „Das Gewohnheitsrecht“ (Erster Theil [1828], Zweiter Theil [1837]) näher ausgeführt hatte und von Savigny vor dem Gewohnheitsrechtsparagrafen seines Systems (I [1840] S. 34) als der maßgebende Autor zitiert wurde, stand vor der nicht einfachen Aufgabe, die Ansprüche der romantischen Rechtsentstehungslehre Savignys, deren Grundsätze er sich ganz und gar angeeignet hatte, und der er bekanntlich sogar das (eigentlich hegelsche) Stichwort „Volksgeist“ geliefert hatte, mit den antiken Quellen in Einklang zu bringen. Cicero stellte ihn dabei vor eine besondere Schwierigkeit. Puchta verkannte nämlich nicht, daß die Rechtsquellenlehre, wie wir sie bei Cicero finden, den Schlüssel für das Verständnis der klassischen Quellen liefert. Nicht weniger klar jedoch war ihm, daß Cicero bei all diesen Texten von griechischen Quellen abhing. Das bedeutet nun aber für ihn nach den Prämissen der Volksgeistlehre eigentlich ein Verwertungsverbot. Ein dem römischen Volk offenbartes Recht kann nicht griechisch beeinflusst sein. Die Lage war für ihn recht zwiespältig: Cicero war eine wertvolle, aber zugleich tief verdächtige Quelle.

Puchta gelang es jedoch, sich das Recht zu bewahren, Cicero zu verwerten, ohne seinen Idealen untreu zu werden. Er erreichte das dadurch, daß er sozusagen den Stier bei den Hörnern packte und die Frage zu einem eigenen Thema machte. Er widmete Cicero ein eigenes Kapitel, das vierte des ersten Bandes (S. 44–56), das überschrieben ist „Cicero über das Gewohnheitsrecht“.

In diesem Kapitel wird nun Cicero zunächst wegen seiner Neigung zur griechischen Kultur auf das Schärfste kritisiert. Sie sei ebenso verderblich wie fruchtlos gewesen. Cicero habe durch sie nicht nur, man höre, die lateinische Sprache verdorben²⁰⁸; auch seine Liebe zur Philosophie sei unerwidert geblieben (S. 47), seine diesbezüglichen Schriften wenig wert, seine Rechtskenntnisse vollends fragmentarisch. Dann kommt aber eine gewisse Rehabilitierung. Trotz allem, trotz aller Verirrungen und Mängel, die er ihm vorwirft, läßt Puchta in Cicero doch noch den Römer gelten, ja beschwört in Cicero geradezu sein Römertum und stellt die These auf, daß in Ciceros Äußerungen zum Gewohnheitsrecht trotz aller griechischer Übermalung immer wieder einmal der echte Römergeist durchbreche. Auf diese Weise zerfällt Puchtas Cicero-Kapitel in zwei Teile. Es beginnt mit Invektiven:

Gewohnheitsrecht I S. 44: „So schwach er befunden werden mag, wo er auf sich verwiesen ist ...“ S. 45: „Die Argumente, womit er die juristischen Sätze unterstützt, häufig ganz schief angebracht...“ S. 46 „Seine Kenntnisse in der Jurispru-

²⁰⁸ Gewohnheitsrecht I, S. 46 *Was man von seiner Sprache bemerkt hat* [ich habe trotz Recherchen bei Altphilologen noch nicht herausfinden können, wen Puchta hier meint], *daß sie dem römischen Sprachgeiste zuwider, ja daß durch seinen Einfluß in dieser Hinsicht die römische Sprache verdorben worden ist, das gilt von seiner wis/47/senschaftlichen Tendenz überhaupt, nur daß ihm hier nicht, wie dort, eine bedeutende Einwirkung beschieden war.*

denz ... zu abgerissen und unvollständig ..., zu wenig eigentlich juristischen Sinn.“ S. 47 „Man muß vielmehr behaupten, daß auf dem griechisch-philosophischen Wege, den er einschlug, die Jurisprudenz Papinians²⁰⁹ nicht hätte entstehen können.“

Dann aber kommt das große „Dessenungeachtet“, das Cicero jedenfalls zum Teil seinem Volkstum zurückgibt. S. 47 „Dessenungeachtet ... war er doch ein Römer, und seine Ansichten, namentlich wo er es mit einheimischen Gegenständen zu thun hat, haben, wenn auch kein reines, so dennoch immerhin ein römisches Gepräge.“

Daher kann ihn ein – für wahres Römertum sensibler – Exeget entsprechend auswerten und mit den gewonnenen Ergebnissen die späteren Quellen, insbesondere die Überlieferung der klassischen Juristen, besser verstehen lernen. Bemerkenswerterweise sollte die hier formulierte These eines das römische Recht tragenden Volksgeistes, der selbst im gräzisierungstendenzen Cicero durchbrechen und von einem – für das Wirken des Volksgeistes sensiblen – Romanisten der Historischen Rechtsschule erkannt werden könne, in der Argumentationsstruktur der Interpolationistik verallgemeinert werden, die es sich ja gegenüber ihren Juristentexten zutraute, überall, wo es theoretisch und lehrhaft wurde, aus deswegen angeblich byzantinisch oder nachklassisch überkrusteten Texten das reine römische Recht herauslösen zu können. Für Puchta gab das Argument die Möglichkeit, in Ciceros Äußerung griechische Form und römische Substanz zu unterscheiden.

S. 48 „Deswegen halte ich die Kenntniß seiner Aeufferungen für eine sehr erspriessliche Vorbereitung zum Verständniß der Juristen, namentlich der Pandektenstellen über unseren Gegenstand, und vielleicht kann mit dieser Hülfe mancher Irrthum vermieden werden, der bey den Neueren darin seine Hauptquelle hat, daß sie immer wieder in ihren eigenen, modernen Ansichten befangen an die Betrachtung jener fragmentarischen Ueberlieferungen gegangen sind. Aus diesem Grund habe ich für dienlich erachtet, ehe ich auf die römischen Juristen übergehe, dieses Kapitel einzuschalten; es rechtfertigt sich aber auch aus dem bisherigen die einsame Stellung, welche ich hiermit Cicero's Ansichten gegeben habe.“

Die „einsame Stellung“, die Puchta Cicero in dem vierten Kapitel seines Gewohnheitsrechts gegeben hat, war eine Art Quarantäne. Aus dieser Quarantäne ließ Puchta nur heraus, was mit der ihn erfüllenden romantischen Lehre des Volksgeistes vereinbar schien. Auf diese Weise wachte Puchta darüber, daß nur das angeblich Römische in Cicero in die von ihm formulierte Gewohnheitsrechtstheorie übernommen werde und das übrige beiseite bleibe.

Ein auch nur annähernd historisch korrektes Bild über Ciceros Verhältnis zum Recht konnte auf diese Weise nicht entstehen. Kein Wort verlautet bei Puchta davon, daß Cicero sich sein Leben lang mit dem Recht beschäftigt hat, als Zögling

²⁰⁹ In Wahrheit ist gerade auch Papinians Jurisprudenz ohne den Formalismus und moralischen Anspruch, der aus der insbesondere von Cicero repräsentierten, philosophischen Rhetorik stammt, nicht zu verstehen. Vgl. meine Würdigung „Papinians Verweigerung oder die Moral eines Juristen“, in: *Mölk* (Hrsg.), *Literatur und Recht, Literarische Rechtsfälle von der Antike bis in die Gegenwart* (1996) 243–291, insbesondere 280 ff.

der philosophischen Rhetorik, die einen geistigen Schwerpunkt in ihrer auf die römischen Verhältnisse übertragenen Rechtslehre hatte, und als Schüler beider Mucii, des Augur und des Pontifex, und schließlich als Gerichtsredner, Staatsmann und Schriftsteller und nicht zuletzt auch als Mitschüler und Freund des Servius Sulpicus Rufus, des Reformators der römischen Rechtswissenschaft im Geist der akademischen Skepsis. Cicero, der auf diese Weise die bedeutendste innere Wende in der Geschichte der römischen Rechtswissenschaft erlebt und dokumentiert hat, wird vielmehr von Puchta als Zeuge der inneren Rechtsgeschichte Roms ausgeschaltet, mit Folgewirkungen bis auf den heutigen Tag. Das gilt nicht nur für die überaus scharfen Urteile über Ciceros Rechtsverständnis, wie sie sich bei einem so bedeutenden Rechtshistoriker wie Fritz Schulz finden²¹⁰, sondern auch für die zum Dogma gewordene Zurückhaltung gegenüber den Quellen der philosophischen Rhetorik. Die von Puchta damals vorgetragene Ansicht der Historischen Rechtsschule, daß die griechische Philosophie in den römischen Quellen und bei Cicero sich auf Äußerlichkeiten beschränke und den reinen römischen Kern nie berühre²¹¹, ist herrschende Meinung geblieben. Die Tatsache, daß die Rechtsquellenlehre der philosophischen Rhetorik auf die Praxis berechnet war und in den Kategorien der Juristen fortwirkt, hat gegen den übermächtigen, als solcher kaum noch reflektierten Einfluß der Grundannahmen der Historischen Rechtsschule nichts ausrichten können.

²¹⁰ Vgl. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (1961) 52 und Anm. 2. Schulz wirft Cicero völlige Fremdheit und Verständnislosigkeit gegenüber der höheren Rechtswissenschaft vor, ohne zu begründen, was denn das sei, was er da im Auge hat und bei Cicero so vollständig vermißt. Schulz meint vermutlich die spezifisch professionelle Rechtskunde. Kraft dieser Voreingenommenheit läßt er irrig S. 53 den Juristen Mucius Augur bei dem Redner das „saubere Hausgerät der Rechtskunde“ vermissen, obwohl Cicero, de oratore I 36, 165 mit der *supellex lauta*, die er bei dem gewöhnlichen Redner vermißt, die umfassende, kulturanthropologische, psychologische, historische, politische und rechtliche Bildung des philosophischen Redners meint, für die sein Gesprächspartner Crassus eintritt.

²¹¹ I S. 55 *Ueberhaupt ist es nirgends nothwendiger, als im Recht, mit der Annahme eines griechischen Ursprungs vorsichtig zu seyn, wiewohl auf die Ansichten der römischen Juristen über allgemeinere, der Speculation anheimfallende Gegenstände, so weit sie sich damit befassen, ein Einfluß, zwar nicht Cicero's, aber der griechischen Philosophen nicht geläugnet werden soll. Auch in der Form ihrer Untersuchungen und Argumentationen läßt sich oft nicht verkennen, daß die griechische Rhetorik zu dem Elementarunterricht ihrer Zeit gehörte. Aber jene allgemeineren Sätze und diese Form dürfen unser Urtheil über den eigentlichen Inhalt ihrer Jurisprudenz nicht bestimmen.* Als Beispiele nennt Puchta S. 56 den Gegensatz *ius civile- ius gentium*, der dem Unterschied bei Aristoteles, Rhetor. 1368b in *νόμος ἰδιος* und *νόμος κοινός*, „vollkommen zu entsprechen“ scheine und bemerkt dazu, es sei „nicht unwahrscheinlich, daß er auf die allgemeineren Äußerungen der Juristen über diesen Gegenstand einen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluß ausgeübt habe“, um sofort hinzuzufügen: *Wie offenbar falsch würde es aber seyn, ihn zur Quelle der römischen Einteilung zu machen.* Kennzeichnend für diesen Versuch, griechische Form und römische Substanz zu trennen, auch S. 60: *Ulpian theilt das Recht ein in geschriebenes und ungeschriebenes. Er beruft sich dabey auf die Griechen, und auch Cicero hat sie schon (Orat. partit. Cap. 37). Der Gedanke ist so einfach, und mit den römischen so übereinstimmend, daß man gar keine Abstammung anzunehmen braucht, welche auch Ulpian nicht geradezu behauptet.*

Kasers Aufsatz „Mores maiorum und Gewohnheitsrecht“ ist dafür in diesem Zusammenhang ein gutes Beispiel, da er Savignys Puchtas Gewohnheitsrechtstheorie zugrunde liegende Lehre, daß die Rechtseinrichtungen bei den Römern uranfänglich sind, immer wieder hervorhebt und daraus die „Grundverschiedenheit der Denkformen“ von Juristen und Rhetoren auch dort ableitet, wo sie von dem Gleichen sprechen²¹². Die darin begründete Haltung, daß man die Quellen der philosophischen Rhetorik grundsätzlich nicht ernst zu nehmen braucht, selbst da nicht, wo sie, wie bei Cicero, Aussagen über Fragen betrifft, die ihm auf das intimste vertraut sind, findet sich noch in den jüngsten Handbüchern und Monographien.

Was Puchta nun von Cicero, insoweit er ihn dem Römertum zurückgewonnen hat, für die Auswertung der gewohnheitsrechtlichen Quellen der Juristen lernt, ist der spezifisch klassische Blick auf das verwirklichte positive Recht. Puchta findet in Ciceros Darstellungen der Rechtsquellenlehre der philosophischen Rhetorik den zentralen Begriff der *consuetudo*, der „Gewohnheit des Rechts“²¹³, die das Recht im Rechtsleben wirklich macht, und faßt ihn als das „Organ, welches zum

²¹² Vgl. SZ 59 (1939) 57: *Am nächsten wird man ihrer [sc. der Römer] Anschauung kommen, wenn man annimmt, daß nicht die fortgesetzte Übung und Anwendung diese rechtlichen Grundgestalten geschaffen hat, sondern daß sie sie von Anbeginn zu den Lebens-/58/bedingungen ihres Volkes gerechnet haben, das sie in seiner Geburtsstunde mitgebracht hat und auf manche von ihnen nicht verzichten kann, ohne sich selbst aufzugeben.* Kaser bekämpft den Gedanken, daß die Römer ein rechtserzeugendes Gewohnheitsrecht gekannt hätten, ohne diese zu nennen, mit den Kategorien des Puchta'schen Gewohnheitsrechts, das nur eine Rechtserkenntnisquelle ist für die Regeln höherer Herkunft. Die Puchta'sche Lehre ist lediglich konkreter, säkularer und „völkischer“ gefaßt, hat aber dadurch von ihrem romantisch-spekulativen Stil nichts eingebüßt. Die „naturrechtliche Auffassung der Römer von dem Recht, das mit dem Volk geboren ist, und seine Regeln aus dem Wesen der im völkischen Leben zutage tretenden Erscheinungen empfängt“, begründe (S. 59), daß [der ganze folgende Satz im Original gesperrt], „die Aufgabe der Rechtswissenschaft wie der Rechtsanwendung ... sich darin [erschöpft], die Rechtssätze, die als solche von vornherein gelten, richtig zu erkennen.“ Ähnliche Urteile S. 56, 60, 61. An dieser Vorstellung einer unmittelbaren Wahrnehmbarkeit juristischer Wahrheiten hat Kaser sein Leben lang festgehalten. Vgl. dazu zuletzt abgewogen Horak, *Rechtshistorisches Journal* (1998) 285–302. Auf S. 95 heißt es dann bei Kaser vor Beginn der Durchmusterung vor allem einiger einschlägiger Cicero-Stellen: *Es kann nur immer wieder mit aller Schärfe unterstrichen werden, daß die Denkformen wie die Sprache der Rhetoren von der der Juristen grundverschieden sind, und daß darum ein Schluß /96/ von der Rhetorik auf die Anschauungen und Grundsätze des Rechts nicht zulässig ist.* Auch hier ist Cicero mit anderen rhetorischen Quellen wie bei Puchta in Quarantäne gestellt.

²¹³ Puchta, *Gewohnheitsrecht I*, S. 51 ff. zitiert in seiner von mir durch die näheren Ziffern ergänzten Zitierweise die folgenden, sämtlich spezifisch zur philosophischen, von der akademischen Skepsis geprägten Rhetorik gehörenden Quellen: Cicero, *de inventione* II 22 [65–68], 53 [159–161], 54 [162]; *Auctor ad Herennium* II 10 [14–15], 11 [16], 12 [17–18], 13 [19–20]; Cicero, *Topica* 2 [9], 5 [28], 23 [90]; *partitiones oratoriae* 37 [129–131]; *de oratore* II 27 [116]. Vgl. dazu die bezeichnenden Verwahrungen S. 51: *griechischem Ursprung darf man hievon das wenigste zuschreiben*, S. 55: *die Ausführung bey den Römern ist doch so eigenthümlich, daß ich keinen Anstand nehme, das für die gegenwärtigen Untersuchungen wesentliche daran den Römern zuzuschreiben, so daß die entsprechenden Stellen in den griechischen Mustern ihnen nur die Veranlassung und etwa auch die Anweisung geben, die Sache auf ihre Weise darzustellen.*

Recht hinzukommt“ (I S. 52), das die Prinzipien der freiheitlichen Rechtslehre der historischen Schule verwirklicht²¹⁴. Die wahre Rechtserzeugung geschieht bei Puchta folgerichtig unsichtbar im „Volksgeist“, in dem Medium, das durch das Volk, d. h. durch die es konstituierende Verwandtschaft seiner Glieder, gegeben ist²¹⁵. Die sich bei nüchterner, von romantischer Beseelung der Völker freier Analyse einstellende Ansicht, daß sich auch eine Kulturercheinung wie das Recht letztlich statt auf das Volk auf die Handlungen einzelner Menschen zurückführen lasse, wird von Puchta mit scharfen Worten verworfen. Sie sei „höchst oberflächlich und trivial“ und stehe auf einer Stufe mit der Behauptung, eine Handlung sei nicht aus dem Willen des Menschen hervorgegangen, sondern „Hand und Fuß“ des Menschen sei die wahre Quelle der Handlung²¹⁶.

Das auf diese Weise im gemeinsamen Rechtsbewußtsein in Geltung getretene Recht erscheint nach Puchta den Römern als etwas in der Wirklichkeit Gegebenes. Wenn sie daher das Recht klassifizieren, meinen sie nach Puchta, daß sie die „äußere Gestalt im Sinne hatten, worin es der unmittelbaren Anschauung entgegentrat“, und dies nicht etwa nur bei dem schriftlich verkörperten Gesetz, wo die Anschauung des Textes einen trivialen Aspekt darstellen würde, sondern in bezug

²¹⁴ Gewohnheitsrecht I, S. 51 *Ursprünglich ist das Recht ein mehr oder weniger dunkles Gefühl. Dieß geht über in ein Bewußtsein (voluntas), welches seine Sicherheit zunächst durch das Herkommen, nebst den diesem zugeschriebenen specielleren Organen, dann aber auch theilweise durch die Gesetzgebung erhält.* Vgl. damit S. 9: *Es giebt eine Form der Rechtentstehung, welche die unmittelbare genannt werden kann, insofern das Recht hier wirklich die nationale Ueberzeugung über die rechtliche Freiheit ist, diese also für sich und ohne ein künstliches Medium wirksam wird.* Das ist der Sache nach die Lehre Savignys. Vgl. dazu den zitierten Aufsatz „Geschichte, Politik und Jurisprudenz“ (oben Anm. 204).

²¹⁵ Wie bei Savigny geht bei Puchta, Gewohnheitsrecht I 136 f. mit Anm. 1, die Rechtserzeugung nicht aus vom Volk im staatsrechtlichen Sinne, in dem es Anteil an der gesetzgebenden Gewalt haben kann, sondern von dem „natürlichen“ Volke, das die Regierenden umfaßt. Vgl. S. 138: *Die Thätigkeit des Volkes im natürlichen Sinne kann also nur in einem unsichtbaren, durch seinen Begriff, nämlich jene Verwandtschaft selbst gegebenen Einfluß auf die ihm angehörigen Glieder bestehen;* S. 139: *Quelle dieser Ansichten [ist] nicht der Geist des Einzelnen, sondern der Volksgeist.*

²¹⁶ Gewohnheitsrecht I, S. 153 in Auseinandersetzung mit der (zutreffend als eine per analogiam relevante Kritik aufgefaßten) Äußerung W. v. Schlegels, der in einer Rezension zu den „Altdeutschen Wäldern“ der Brüder Grimm in den Heidelberger Jahrbüchern (1815) S. 723 geschrieben hatte: *Die Sage war allerdings das Gesamteigenthum der Zeiten und Völker, aber nicht so ihre gemeinsame Hervorbringung. Was man an Zeitaltern und Völkern rühmt, löset sich immer bey näherer Betrachtung in die Eigenschaften und Handlungen einzelner Menschen auf.* Puchtas organologische Sprache ist aufschlußreich. So wie der Mensch handelt, wenn sich seine Fortbewegungs- oder Greiforgane Fuß und Hand bewegen, so handelt nach seiner von Savigny übernommenen Überzeugung das Volk, wenn in ihm Menschen das Recht hervorbringen. Vgl. S. 155: *die Zusammenlebenden bilden ein organisches Ganzes, dessen Glieder sie sind, von dessen Geist sie also durchdrungen werden; sie haben dasselbe [sc. Rechtsbewußtseyn] als Glieder des Volks, und sofern sie solche sind.* In der für Puchta kennzeichnenden schöpfungsgeschichtlichen Perspektive entsteht Recht, so wie sich die mit Adam beginnende Familie „in ein Volk erweitert“. I S. 133 ff. (140). Wenn daher, wie zitiert, Puchta die „Gewohnheit des Rechts“ selbst als Organ bezeichnen kann (I S. 40 ff.), so ist für ihn der mit diesem Organ Handelnde Gott selbst, der als der Schöpfer der Welt das Zusammenleben freier Menschen zu seinen Zwecken will.

auf die auf unsichtbare Weise entstandenen Bildungen des Rechts²¹⁷. In diesen Äußerungen liegt, was die geistige Wahrnehmbarkeit der Bildungen des Rechts angeht, unbewußt die der akademischen Skepsis entsprechende und dadurch in den Quellen tatsächlich vorhandene und ihnen zu einem erheblichen Grade kongeniale Blickweise. Ein von dieser Tradition geprägter, für die moderne Romanistik repräsentativer Rechtshistoriker wie Kaser sagt später in der Sache nichts anderes, wenn er den römischen Juristen die Fähigkeit zuschreibt, die Rechtseinrichtungen kraft Intuition wahrzunehmen²¹⁸.

Durch das Gesagte tritt der Weg, auf dem das klassische römische Recht seine tiefgreifende romantische Umdeutung erfahren hat, deutlich vor Augen. Was bei Cicero und den klassischen Juristen eine skeptische, vom menschlichen Verstand herkommende Formgebung der menschlichen Verhältnisse war, wurde durch Puchta zu einer aus höheren Quellen stammenden und von dort her inspirierten geistigen Hervorbringung des römischen Volkes. Hatten die klassischen Juristen ihre Methode von der akademischen Skepsis gelernt, die in der philosophischen Rhetorik, in der sie zu Macht und Einfluß gekommen ist, eine den römischen Verhältnissen entsprechende Rechtstheorie ausgebildet hatte, so vindizierte Puchta das, was er bei Cicero gelten ließ und bei den Juristen wiederfand, dem mit der göttlichen Schöpfung in Beziehung gesetzten römischen Volksgeist.

Die Begriffsverschiebungen, welche diese Umdeutung bewirkte, waren für die beiden nichtschriftlichen klassischen Rechtsquellen erheblich. In beiden Fällen wurde die menschliche Tätigkeit zugunsten des supranaturalistisch gedeuteten Volksgeistes zurückgenommen. Im *ius gentium* betraf das die menschlichen analytischen, letztlich kulturanthropologischen Klärungen, im *mos maiorum* das Element der Freiheit der Zweckwahl.

Das *ius gentium* verlor in der *consuetudo*, der „Gewohnheit des Rechts“ Puchtas, kraft der das Recht jeweils in den Völkern aus einer höherer Sphäre kommend in Erscheinung tritt und als geistige Kraft die Freiheit ihrer Mitglieder organisiert, den zentralen Platz, den es im klassischen *ius humanum* als spezifisch menschheitliches, unter allen Menschen geltendes und unter ihnen Rechtsverhältnisse ordnendes Recht gehabt hat. Es wurde von Puchta zu einer empirischen Kategorie erklärt, unter der die Römer erst das Recht der fremden Völker im Unterschied zu dem eigenen Recht gefaßt hätten und dann im Wege eines (bedenkt man Puchtas

²¹⁷ Gewohnheitsrecht I, S. 49 unter Berufung auf Cicero und die späteren juristischen Quellen: *Wir sehen daraus, daß man das Gewohnheitsrecht und das promulgierte damals nicht auf die Art schied, wie wir es gewohnt sind, sondern daß die römischen Juristen, wenn sie die Quellen des Rechts bezeichneten, dabey die äußere Gestalt im Sinne hatten, worin es der unmittelbaren Anschauung entgegen trat.* Vgl. auch S. 52 zu Cicero, *de inventione* II 22, 65: *Consuetudo ist ihm ein Organ, welches zum Recht hinzukommt* und zu Cicero, *Topica* 23, 90, wo die dreifach gegliederte *institutio aequitatis* dargelegt wird: *Auch hier also erkennt Cicero durchaus keine directe Verschiedenheit zwischen promulgirtem und Gewohnheitsrecht an, sondern nur eine Verschiedenheit des äußeren Bestehens.*

²¹⁸ Vgl. „Zur Methode der römischen Rechtsfindung“ Göttingen (1962). Kasers Intuition ist Puchtas unmittelbare Anschauung. Dazu meinen Nachruf in dem Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen (1997) 288–295 und oben Anm. 212.

Prämissen, folgerichtigen) Erkenntnisprozesses fortschreitend die grundsätzliche Übereinstimmung aller dieser Rechte festgestellt hätten²¹⁹. Der für die Konstitution seiner Regeln grundlegende analytische Grundzug des klassischen *ius gentium* blieb Puchta durch dieses Deutungsmuster verschlossen. So konnte er auch nicht wahrnehmen, daß das klassische Rechtsdenken intellektuelle Sichtbarkeit im Sinne einer geistigen Wahrnehmbarkeit allein den Strukturen des *ius gentium* zuschrieb, da allein sie als Verhältnisse zwischen Menschen (z.B. *obligationes, universitates personarum*), als Verhältnisse zwischen Menschen und Sachen (*proprietas, proprietas pro parte pro individuo, ususfructus*) und als Verhältnisse zwischen Sachen (*servitutes, universitates rerum*) gefaßt werden konnten und daher geeignet waren, im Status von *res incorporales*, von gedachten Gegenständen, von Ordnungsformen des Gedankens, die Welt der *res corporales* zu ergänzen, die der Mensch mit seinen Händen ordnete.

Die klassische Kategorie des *mos maiorum*, dessen Regelungen diesen Rationalitätsgrad nicht haben und sich in ihrer Geltung auf das jeweilige Volk beschränken, entspricht zwar nach ihren Geltungsgrenzen der Volksgeistlehre, widerspricht ihr aber, da sie dem Verhalten der am Recht Beteiligten rechtserzeugende Kraft beilegt, umso entschiedener in ihrer Grundaussage. Puchta hat das in aller Klarheit gesehen. Diese Rechtsquelle, die in ihrer hochklassischen Fassung mit dem Willen des gesetzgeberisch tätigen Volkes in Beziehung gesetzt wurde, drohte, da ihrzufolge Recht nicht nur erkannt, sondern gesetzt wurde, nach seinem Urteil mit der Herrschaft des Faktischen²²⁰. In der Tat können ihre Regeln, da von menschlichem Wollen und Handeln erzeugt, einen Anspruch auf eine höhere Herkunft des Rechts nicht machen und daher auch kein legitimer Bestandteil der „Gewohnheit des Rechts“ sein. Der französische Rechtsvergleicher Édouard Lambert hat die daher rührende, nur auf den ersten Blick überraschende Haltung der historischen Rechtsschule, die sie ein dem empirischen Volkswillen willfahrendes Gewohnheitsrecht verwerfen läßt, in seiner großen methodischen Einleitung zur Rechtsvergleichung sehr gut ausgesprochen²²¹. Puchta hat sich folgerichtig alle Mühe gegeben, die Quellaussagen zum *mos maiorum* zu relativieren und mit dem freiheitssichernden Gewohnheitsrecht, wie er es begründete, in Einklang

²¹⁹ Vgl. Gewohnheitsrecht I, 34, 38 ff.; siehe auch Savigny, System I, 109 ff., 413 ff.

²²⁰ Vgl. Gewohnheitsrecht I, 164: *So wie man nämlich der Meinung war, das Gewohnheitsrecht sey ein Recht, welches durch Gewohnheit entstehe, so behauptete man, dadurch, daß die Gerichte häufig und ununterbrochen nach einer gewissen Norm verfahren oder entschieden, entstehe für sie die Verbindlichkeit, auch künftig diese Norm anzuerkennen ... Es kann nichts trostloseres geben, als eine solche Autorität, welche lediglich einem äußeren, von keinem Gedanken beseelten Factum beigelegt wird.*

²²¹ La fonction du droit civil comparé I (1903) 127 „L'idée maîtresse dont s'étaient inspirés les jurisconsultes romains dans leur tentative de justification rationnelle de l'existence de la coutume [d. h. die Idee des *mos maiorum*, welches das *ius proprium* erzeugt, in der hochklassischen Interpretation Julians], l'idée que le droit tirait exclusivement sa source de la volonté arbitraire du peuple, prenait, aux yeux des fondateurs de l'école historique, Puchta, Savigny, le caractère d'une grossière méconnaissance des lois les plus certaines de la nature.“

zu bringen²²². Der große vermittelnde Gedanke, der sich in der klassischen Kategorie des *mos maiorum* ausdrückt, daß nämlich in jeder Rechtsordnung Raum für besondere Regeln sein muß, die konkreten Zweckmäßigkeiten folgen, daß im Vergleich zu ihnen aber den universalen Regeln des *ius gentium*, die allen Menschen dienen, ein systematisch unaufgebbarer Vorrang zuwächst, blieb Puchta verschlossen.

3. Das Gewohnheitsrecht im modernen Staat – von Windscheid zur Moderne

Die bedeutende, auch tiefgreifende Umdeutungen überdauernde Wirkungsgeschichte der von Puchta näher ausgearbeiteten Gewohnheitsrechtstheorie der Historischen Schule beruhte auf der umfassenden Legitimation des positiv gegebenen Rechts durch seine Verankerung im Volksgeist. Zwar diente das Recht trotz dieser Verankerung bei Puchta wie bei Savigny der Freiheit des Individuums – nicht ohne Grund waren Puchta wie Savigny entschiedene Hegelgegner²²³ –, aber in der Volksgeistlehre lagen Potentiale, an die nur angeknüpft werden mußte, um dem Individuum seine Stellung im Zentrum des Rechts streitig zu machen.

Tatsächlich kam das Gewohnheitsrecht in der allgemeinen Bedeutung, die ihm Puchta gegeben hatte, in der Folgezeit immer stärker unter den Einfluß des Denkens, das, getragen von Grundmotiven der Philosophie Hegels, die sich immer stärker in Richtung der Lebensphilosophie naturalisierte, den Sinn der Geschichte nicht mehr in dem Leben des Einzelnen und seiner Bewährung sah, sondern im Wirken und in den Taten seines Volkes²²⁴. Daraus entstand die Tendenz, die leitenden Prinzipien, unter denen das staatlich organisierte Volk handelte, zum höchsten, alles rechtfertigenden Prinzip zu erheben. In der Gestalt des spezifisch neoromantischen, im hegelschen Sinne geistesgeschichtlich begründeten Historis-

²²² Die hochklassische Kardinalstelle *Julian* 84 digestorum D 1,3,32 will nach Puchta in Wahrheit keinen „Grund“ der Geltung des Gewohnheitsrechts angeben, sondern nur einen „Grad“ der Geltung begründen, d. h. einen, der dem Geltungsgrad der Gesetze gleichkommt. Vgl. Gewohnheitsrecht I S. 84 ff., 86. Im übrigen ist der *mos maiorum* das wenige, was von dem ursprünglichen Gewohnheitsrecht nicht in wissenschaftliche Form gebracht worden war (I S. 79 ff.; vgl. S. 53: *Mos ist nicht das aus der Volksüberzeugung hervorgegangene Recht selbst, sondern die Sitte/54/, die Form, in welcher es besteht.*) oder partikuläres Gewohnheitsrecht einzelner Gemeinden und Provinzen (I S. 71 ff.).

²²³ Sein wohlbegründetes Urteil über Hegel *Puchta*, Institutionen I (51856) 24: *beraubt uns der Freiheit* (näher dazu in meinem Beitrag in: *Bydlinski, Mayer-Maly*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts [1994] 1 ff., 24 ff.). Savigny dachte nicht anders und zog sich aus der Berliner Juristischen Fakultät zurück, als der Hegelianer Gans in sie hineingewählt wurde. Vgl. *Kleinbeyer-Schröder* (Hrsg.), Deutsche Juristen in fünf Jahrhunderten (41996) 477.

²²⁴ In dem Wort Hegels „Die Weltgeschichte ist das Weltgerichte“ (Rechtsphilosophie §§ 341 ff. [§ 340]) sind nicht mehr die einzelnen Menschen, sondern das einzelne Volk, das Epoche macht (§ 347), Gegenstand des Urteils. Die das Volk leitenden Individuen sind keine gewöhnlichen, sondern, da mit dem Weltgeist „identisch“ (§ 348), Verkörperungen des Volksgeistes im hegelschen Sinne. Zur weiteren Naturalisierung dieser Vorstellungen im Neuhegelianismus vgl. meinen Beitrag „Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken“, in: *Dreier-Sellert* (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“ (1989) 34–79, insbes. 52.

mus wurde diese Ansicht zur wohl stärksten kulturpolitischen Kraft des deutschen politischen Lebens vom deutschen Kaiserreich bis zum Zweiten Weltkrieg²²⁵. Die spezifisch juristische Freirechtsbewegung ist nichts anderes als die Anwendung dieses Denkens, das das Leben eines Volkes als geistig beseeltes organisches Ganzes aufzufassen und zu interpretieren vermag, auf die Praxis des Rechts²²⁶.

Der festgehaltene volkhaft-romantische Grundton erklärt, warum Puchta als Klassiker verehrt wurde, auch nachdem sich dieser tiefgreifende Wandel längst vollzogen hatte. Die maßgebende Darstellung der Allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus, die Nipperdey noch in zwei Auflagen nach dem Krieg fortgeführt hat, bekundet beispielsweise diese Verehrung vor dem Hintergrund einer den Volkswillen in das Zentrum rückenden Gewohnheitsrechtstheorie und stellt auch ganz richtig den Gesichtspunkt der Geistesgeschichte heraus²²⁷.

Die Wendung in der juristischen Gewohnheitsrechtslehre hatte sich schon in der Mitte des vergangenen Jahrhunderts vollzogen. Es war kein Geringerer als Bernhard Windscheid, der sie in seinem unmittelbar zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch hinführenden Pandektenwerk, einem zentralen Werk der Rechtswissenschaft der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, ausspricht, und zwar mit einer Schärfe und Bedenkenlosigkeit, die vom Grundsätzlichen her nicht mehr überboten werden konnte. In Sachen des allgemeinen Gewohnheitsrechts wird die „Vernunft der Völker“ – und alsbald präzisierend ausdrücklich auch „die schlechte Vernunft“ der Völker – zum „Maß aller Dinge“ erhoben. Dies geschieht schon in der 1. Auflage 1862. Die später hinzugesetzte Fußnote spricht nur in radikaler Form aus, was in der Grundaussage bereits enthalten war²²⁸.

²²⁵ Der im hegelschen Sinne als Weltgeschichte des „Geistes“ konzipierte „Historismus“ galt seinen enthusiastischen Anhängern als der zweite große Aufbruch des deutschen Geistes nach der Reformation. Vgl. Carlo Antoni, *La lotta contra la ragione* (Biblioteca Germanica, Firenze 1942, Nachdruck 1962) 11, 24 und Friedrich Meinecke, *Weltbürger und Nationalstaat* (1915); *Die Entstehung des Historismus I und II* (1936).

²²⁶ Vgl. dazu näher meinen schon zitierten Beitrag (oben Anm. 224 a.E.) „Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken“.

²²⁷ Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches I (1959) § 38 S. 263 *Die Dogmengeschichte des Gewohnheitsrechts, namentlich die ihm gewidmete Arbeit der historischen Rechtsschule und der gemeinrechtlichen Wissenschaft, ist geisteswissenschaftlich von hohem Wert*. Im Literaturnachweis heißt es heraushebend (S. 263 Anm. 5) ... *An der Spitze steht Puchtas großartiges ‚Gewohnheitsrecht‘*. Großartig ist, was fortdauernd besticht. Und das war in der Epoche des Werkes von Enneccerus, das zuerst im Jahre 1902 erschienen ist (das Zitat findet sich seit 13. Aufl., 1931, § 35 III 2 (S. 107) Fn. 3), die Lehre, daß Recht ein prägendes, daher im Leben selbst wirkendes Prinzip der Volkskultur ist. Vgl. dazu noch unten Anm. 238.

²²⁸ Die Fußnote 1a findet sich schon in der 5. Auflage, 1879. Und von Anfang an wird von Windscheid der Vorbehalt der Rationabilitas, daß also *der Inhalt der Uebung kein unvernünftiger sein dürfte* [im Sinne nicht bloßer Unzweckmäßigkeit, sondern eines Widerstreits mit den Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung] auf particuläre Gewohnheiten beschränkt. Vgl. § 16 Anm. 5 sämtlicher Auflagen: *Ein allgemeines Gewohnheitsrecht ... enthält, wie auch immer sein Inhalt beschaffen sein mag, jedenfalls die Vernunft dieses Volkes, und daher sein Recht*. Diese Lehre wurde auch von dem einflußreichen Lehrbuch des Allge-

Windscheid, Pandekten I § 15, 9. Aufl. (1906), S. 76

Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht, welches, ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, tatsächlich geübt wird. /S. 77/ In der Übung tritt hervor die Überzeugung der Übenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Überzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts. Denn die /78/ letzte Quelle alles positiven Rechts ist die Vernunft der Völker; wie für den einzelnen, so ist für die Völker in letzter Instanz ihre Vernunft das Maß aller Dinge¹².

¹²Das ist deswegen nicht weniger wahr, weil die Vernunft, wie der einzelnen, so der Völker im gegebenen Fall eine schlechte Vernunft sein kann.

Es war ein langer Weg, der bis zu diesen Worten geführt hat. Windscheid unterläßt es nicht, an den Anfang des Weges zu erinnern, an dessen Ende an Stelle des klassischen Rechts, das dem Menschen dient und dessen Darstellung das windscheidsche Pandektenwerk eigentlich zur Aufgabe hatte, ein Recht getreten ist, das dem jeweiligen Volk dient. Denn es hat eine klare Pointe, wenn er in seiner Äußerung den berühmten Ausspruch des Protagoras vom Menschen als dem Maß aller Dinge auf das Volk ummünzt. Denn so wie die Wendung der platonischen Akademie zur Skepsis eine Hinwendung der Schule Platons zu dessen großen, durch einen eigenen Dialog gewürdigten Antipoden Protagoras war, so war auch das *ius humanum* der akademischen Skepsis von protagoräischem Geist geprägt. Es war ein Recht, das nach menschlichem Maß und aufgrund menschlichen Beobachtens und Urteilens formuliert war und auf Schlußfolgerungen aus Bereichen, die dem menschlichen Wissen unzugänglich sind, verzichtet hatte. Gegen romantische Irrationalismen war diese skeptisch prüfende Haltung gefeit.

Von Windscheids Bekenntnis kann man das nicht sagen. Wenn nicht mehr der Mensch und seine Existenzbedingungen das Maß aller Dinge im Recht sind, sondern das geschichtlich im Staat zur Handlungsfähigkeit gelangte Volk, und zwar unter bewußter Abstreifung jeglicher Bindung an die Vernunft, dann ist grundsätzlich alles möglich. Die Ersetzung des *homo – mensura* Satzes des Protagoras durch einen *populus – mensura* Satz stellt daher einen bewußten Bruch mit der nüchternen humanistischen Tradition des römischen Rechts dar, dem *hominum causa omne ius constitutum* seiner Quellen²²⁹.

Die Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule war an diesem Ergebnis für sich genommen unschuldig. Denn ihre Rechtslehre galt unzweideutig dem einzelnen, kreatürlichen Menschen und seiner Freiheit. Sie bildete aber doch eine ursächlich gewordene Zwischenstation. Durch die romantische Stimmungs-

meinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches von Enneccerus übernommen. Zuerst in der 3. Aufl. 1908, § 48 S. 122: *Ein Reichsgewohnheitsrecht . . . hat der Richter selbst dann anzuerkennen, wenn es seinen Ansichten über Vernunft und gute Sitten widerstreiten sollte, denn was ein ganzes Volk als bindende Norm will, das hält es für vernünftig und sittlich, und der Richter darf seine Ansichten nicht über die des Volkes stellen.* Aufgegeben wurde sie von Enneccerus-Nipperdey, I (¹⁴1952), § 40 S. 163.; vgl. auch (¹⁵1959), § 40 S. 269. Zum Erfordernis der Rationabilitas oder rechten Gewohnheit in der älteren europäischen Rechtsgeschichte Siegfried Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I* (1899), 114 ff., 177 ff., 236 ff.

²²⁹ *Hermogenian* 1 iuris epitomarum D 1,5,2; *Constitutio Tanta* § 12.

gemeinschaft wurde die Umdeutung der Volksgeistlehre ins Völkisch-Nationalstaatliche im großen Ganzen nicht als Kontinuitätsbruch erlebt. Es erschien dem späteren Denken offenbar wie ein folgerichtiger, fast unmerklicher Schritt, als das im Volksgeist vorhandene Recht nicht mehr als Ergebnis einer uranfänglichen, den Eintritt jeden Volkes in die Geschichte begleitende Offenbarung verstanden wurde, das dem individuellen Leben dient und ihm Sinn gibt, sondern als eine Sinnstiftung, die sich im Laufe des staatlichen Volkslebens in Form großer geschichtlicher Ereignisse wiederholen kann. So blieb den späteren Überzeugungen das hohe Prestige der Historischen Rechtsschule bewahrt, obwohl in Wahrheit der Einschnitt so tief wie nur irgend möglich war. Die romantische Geschichtsphilosophie, welche die Völker zu den Subjekten eines enthusiastischen Geschichtsverständnisses erhob und die Überzeugung gewann, daß große, neue Werte offenbarende Ereignisse für das Recht neue Wertetafeln aufstellen können, denen sich der einzelne Mensch, was immer sie von ihm fordern oder ihm zumuten, zu unterwerfen hat, hatte sich einen anderen Gott gewählt als denjenigen, an den Savigny glaubte. Ein für den geistesgeschichtlichen Zeitgeist überaus sensibler Jurist, Staatsrechtler und Erforscher der politischen Romantik, der den von dieser Anschauung geforderten geistigen Opportunismus in seiner Biographie mit großer Radikalität repräsentierte, hat auf dem Höhepunkt der verhängnisvollen Entwicklung in seiner „Politischen Theologie“ diese Zusammenhänge in aller Klarheit ausgesprochen²³⁰. Sie brauchen hier nicht näher verfolgt zu werden. Bemerkt sei nur noch, daß sie verständlich machen, warum sich eine der nachdrücklichsten Formulierungen dieser Überzeugungen in den überaus erfolgreichen „Institutionen des römischen Rechts“ des Kirchenrechtlers und Rechtshistorikers Rudolf Sohm findet, die seit der 7. Auflage 1898 nur noch „Institutionen“ heißen. Für ihn ist Recht und Gerechtigkeit dem „Daseinskampf“ des Volkes untergeordnet und empfängt allein aus ihm Sinn und Maß²³¹.

²³⁰ Vgl. Carl Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (1922, 2., veränderte Auflage 1934). Grundlegend zu diesem geistigen Zeitzeugen ganz eigener Art Andreas Koenen, Der Fall Carl Schmitt, Sein Aufstieg zum „Kronjuristen“ des dritten Reiches (1995). Die Zweifel Koenens, ob die Einordnung Carl Schmitts in die Freirechtsbewegung mit dem radikalen Etatismus, den ich ihm ebenfalls zugeschrieben habe, verträglich ist (vgl. das Register des zitierten Werkes), klären sich, wenn man sich klarmacht, daß der romantische Staatsbegriff Savignys nicht die rational geordnete Staatsanstalt des modernen Machtstaats meint, sondern das dem Leben des Volkes in der Staatlichkeit sinngebende und damit den Staat legitimierende oberste Rechtsprinzip. Die Politische Theologie Carl Schmitts gilt diesem obersten Prinzip und setzt an die Stelle der Organisation individueller Freiheit ein allen Wertexperimenten offenes romantisches Abenteuerium.

²³¹ Dort heißt es 16. Aufl. 1920 (1. Auflage 1884) § 7 „Grundbegriffe“ S. 24: *Die göttliche Gerechtigkeit mißt den Menschen nach seinem sittlichen Werte (dem Wert vor Gott). ... Die menschliche Gerechtigkeit mißt den Menschen nach seinem sittlichen Wert (dem Wert für das Volk)* und S. 25: *Das Grundgesetz des Rechts ist die Selbstbehauptung des Volkes. Was der machtvollen Erhaltung des Volkes dient, das ist (menschlich) gerecht. Salus publica suprema lex. Das Recht ist die Schlachtordnung [seit der 13. Auflage 1908 für: Organisaton] des Volkes für den Kampf ums Dasein.* In der 17., von Ludwig Mitteis gründlich bearbeiteten, 1949 noch

Die praktische Wirkung der Überzeugung, daß die im staatlichen Volksleben zur Herrschaft gelangten Auffassungen als Volksgeist unmittelbar rechtserheblich waren, hing naturgemäß von der jeweiligen konkreten Verfassungswirklichkeit ab, d. h. von den im Staatsleben zur Herrschaft gebrachten Leitwerten. Unter radikalen Vorzeichen war Radikales möglich. So konnte unter dem durch eine „politische Machtergreifung“ zur Herrschaft gelangten völkisch-rassistischen Denken ein neuhegelianisch geprägter Zivilist die Rechtsfähigkeit, die § 1 BGB jedem Menschen zuerkennt, in einer durchaus rechtswissenschaftlich gemeinten Argumentation auf den Kreis der von der Rassenlehre begünstigten Bürger beschränken. Das trat als Auslegung auf, war aber in Wahrheit die Ersetzung einer Vorschrift, die nach ihrem klaren Wortlaut eine solche Auslegung in keiner Weise zuließ²³², durch eine Norm, die aus der „schlechten Vernunft“ des staatlich organisierten Volkes abgeleitet worden war, und der gegenüber der vorhandenen Norm derogierende Kraft beigelegt wurde. Das Ergebnis war ein offener, mitmenschlich rücksichtsloser, ja brutaler und in dieser Form noch nicht dagewesener Bruch mit einem sehr alten, seit Menschengedenken zur „Gewohnheit des Rechts“ gehörenden Grundsatz. Aber zugleich war diese bedenkenlose Option eines Privatrechtsjuristen für den völkischen Volksgeist eine Anwendung des schon von Windscheid in das Zivilrecht rezipierten Gedankens, daß gegebenenfalls auch einer „schlechten Vernunft“ die Vorherrschaft gebühre.

Die tiefe romantische Verirrung, welche die Geschichte des jungen Nationalstaats Deutschland in seinem historischen Handeln beherrscht hatte, ist durch die nicht minder tiefe seelische Erschütterung, welche die Wahrnehmung und Bewußtmachung seiner menscheitsfeindlichen Konsequenzen ausgelöst haben, zu Ende gekommen. Im sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes, der sich zur natürlichen, rechtlich geschützten und geförderten Freiheit des Menschen bekennt, hat die „Gewohnheit des Rechts“ wieder den Menschen in den Mittelpunkt gerückt, im staatlichen wie im gesellschaftlichen Leben.

Das Gewohnheitsrecht hat rechtsquellentheoretisch seine allgemeine Bedeutung als theoretisch umfassende Kategorie bewahrt, wie sie ihr in der Tradition der antiken *consuetudo iuris* von der Historischen Rechtsschule trotz der Umstellung auf den Volksgeist bewahrt worden war. Kennzeichnend dafür ist, daß heute Vorschriften, welche das klassische Rechtsdenken als spezielles *mos maiorum* eingeordnet hätte, methodisch nicht von dem eigentlich rechtswissenschaftlichen Bereich unterschieden werden.

Damit sind aus der Sicht des klassischen Rechts rechtstheoretisch grundverschiedene Dinge miteinander verschmolzen. Wissenschaftlich begründetes Recht, bei dem die Geltung der Regeln auf bewährtes prüfendes, der Kritik standhalten- des Urteilen zurückgeht, das allgemeine menschliche Richtigkeit beansprucht,

einmal nachgedruckten Auflage von 1923 sind diese Sätze, die dem Individuum einen geschützten Raum nicht mehr belassen, getilgt.

²³² Zu jener Auslegung Bernd Rütbers, Die unbegrenzte Auslegung (3. Aufl. 1988) 30f. und 80ff. und meinen Besprechungsaufsatz „Das Problem einer rein etatistischen Rechtsbegründung gestern und heute“, in: NJW (1988) 2862–2865.

steht mit Rechtsregeln unter einem Begriff, die im Bewußtsein, daß die Fragen auch anders geregelt sein könnten, angewendet werden. Es ist in klassischer Terminologie die Verschmelzung der allgemeinen *consuetudo* des Rechts, deren antikes Zentrum das universale *ius gentium* war, mit dem spezifischen *mos maiorum*, dessen Kraft ausdrücklich auf die Besonderheiten einer gegebenen Rechtsordnung bezogen ist. Bei den letzteren Regeln leuchtet es ein, daß man ihre rechtserzeugende und rechtsderogierende Kraft vom Wechsel der Einschätzung ihrer Zweckmäßigkeit, die sich in Anwendung und Nichtanwendung ausdrückt, abhängig macht, nicht aber bei den Regeln, welche sich auf die privatrechtlichen Grundverhältnisse beziehen. Der Unterschied verschwindet auch nicht deswegen, weil er nicht immer leicht zu bestimmen ist.

Sieht man im geltenden Recht genauer hin, kann man unter der allgemeinen Kategorie des Gewohnheitsrechts Unterschiede wahrnehmen, an denen sich die klassischen Differenzierungen abzeichnen. So wäre die heute gewohnheitsrechtlich geltende Pflicht des Rechtsanwalts, vor Gericht eine Robe zu tragen²³³, nach klassischer Lehre eine Regel des *mos maiorum*, d. h. eine Regel, die kraft Herkommens gilt und für die sich gute Zweckmäßigkeitsgründe anführen lassen. Anders liegt es dagegen, wenn Rechtsfiguren der rechtswissenschaftlich argumentierenden Rechtsprechung wie der Culpa in contrahendo²³⁴, der positiven Vertragsverletzung²³⁵, dem Anwartschaftsrecht²³⁶ oder dem Persönlichkeitsrecht²³⁷ der Stem-

²³³ Vgl. H. J. Ahrens, *Anwaltsrecht für Anfänger* (1996) § 2 IV Rn. 127, 43; ferner *Lingenberg-Hummel*, *Kommentare zu den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts*, Richtlinien gem. § 177 II 2 BRAO (1981) § 11 Rn 2; *Hartstang*, *Der deutsche Rechtsanwalt* (1986) 155; *Warburg*, *Zur Bedeutung der Ethik für die Tätigkeit des Rechtsanwalts*, *Festschrift Walter Renner* (1979) 145; siehe auch BVerfGE 28, 21, 28 = NJW (1970) 851, 853; kritisch gegenüber dem Gewohnheitsrecht angesichts einer neuen Berufsordnung, die im § 20 das Robentragen vor Gericht nicht mehr als Standespflicht ansieht, sondern nur noch fordert „soweit das üblich ist“, *Kleine-Cosack*, *Berufs- und Fachanwaltsordnung für Rechtsanwälte*, in: NJW (1997) 1257–1262 (1260).

²³⁴ Vgl. die Kommentare zu § 276 BGB *Palandt-Heinrichs* (57/1998) Rn. 65 und in Vorbemerkung zu § 275 ff.; *Staudinger-Löwisch* (1995) 13. Bearb. Rn. 52; *Soergel, Siebert-Wiedemann*, (12/1990) Rn. 101 f.; *Münchener Kommentar-Emmerich* (3/1994) Rn. 58. Aus der Literatur *Norbert Horn*, *Culpa in contrahendo*, in: JuS (1995) 379. Zu den dogmengeschichtlichen, bis in die Antike zurückreichenden Zusammenhängen *Byoung Jo Choe*, *Culpa in contrahendo* bei Rudolph von Jhering (1988).

²³⁵ Vgl. die Kommentare zu § 276 BGB *Palandt-Heinrichs* (57/1998) Rn. 105 und vor § 275 ff. *Staudinger-Löwisch* (13/1995) Rn. 24, *Münchener Kommentar-Emmerich* (3/1994) Rn. 223. Aus der Rechtsprechung BGHZ 11, 83 ff. = NJW (1954) 229.

²³⁶ Vgl. die Kommentare zu § 929 BGB *Palandt-Bassenge* (57/1998) Anm. 37; *Staudinger-Wiegand* § 929 (13/1995) Rz. 7 u. 34; *Soergel, Siebert-Mühl*, § 929 (11/1978) Rn. 37; *Jauernig*, (8/1997) Rn. 25 ff.; siehe auch BGH NJW (1984) 1185. Das dingliche Anwartschaftsrecht ersetzt das vom Gesetz abgelehnte besitzlose Mobiliarpfand und beruht konstruktiv auf der Bedingbarkeit des abstrakten dinglichen Vertrages. Seinen Charakter als „dogmatische Figur“, die mit einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung durch Übung so wenig harmonisiert, betont zu Recht *Münchener Kommentar-Quack* § 929 Rn. 22 ff./37 (1997) 3.

²³⁷ Vgl. die Kommentare zu § 823 BGB *Palandt-Thomas*, (57/1998) Anm. 177; *Staudinger-Schäfer*, (12/1986) Rn. 195; *Soergel, Siebert-Zeuner*, (11/1985) Rn. 65; *Erman-Schiemann*, (9/1993) Rn. 48; *Münchener Kommentar-Mertens* (3/1997) Rn. 124.

pel des Gewohnheitsrechts aufgedrückt wird. Diese Rechtsfiguren haben mit der alten Kategorie des *mos maiorum* und der Vorschrift, als Anwalt vor Gericht eine Robe zu tragen, keine Verwandtschaft. Sie entstammen vielmehr der rechtswissenschaftlichen Bearbeitung des Rechts. Es sind Regelungen, die sich durchgesetzt haben und anerkannt worden sind, weil man sie als richtig ansieht, und dies deswegen, weil die Ordnungsleistung, die sie an dem systematischen Ort, der ihnen von den Lebenszusammenhängen angewiesen worden ist, erbringen, den anerkannten rechtlichen Grundverhältnissen und Grundwerten entspricht. Zwar wird für sie keine universale Wahrheit behauptet, wohl aber, daß die Richtigkeit ihrer das Rechtsleben ordnenden Funktion, nach dem sie einmal aufgewiesen worden ist, jederzeit dem juristischen Urteil einsichtig gemacht werden kann. Daher beruhen sie in Wahrheit nicht auf „Gewohnheitsrecht“ im Sinne des *mos maiorum*, also auf einer als zweckmäßig anerkannten Praxis, sondern auf juristischen Urteilen, die durch Anerkennung in Literatur und Rechtsprechung in der „Gewohnheit des Rechts“ zu Geltung gekommen sind. Darin zeigt sich letztlich, daß sich auch unter der Herrschaft einer rechtswissenschaftlichen Kodifikation an der Rolle der rechtswissenschaftlich arbeitenden Juristen, wie sie Savigny bei den Römern beobachtet und für die eigene Zeit gefordert und maßgebend vorgeführt hat, nichts wesentliches geändert hat. Die Tatsache, daß die Römer nur den Laienrichter kannten, der vom Juristen verbindlich angeleitet wurde, während Savigny den rechtswissenschaftlich gebildeten Richter voraussetzte und förderte, der in eigener Verantwortung die Rechtsregeln feststellt, hat, so bedeutend sie ist, an der rechtswissenschaftlichen Geltungsweise solcher Rechtsregeln nichts geändert.

Keine befriedigende Antwort wäre, wenn man für die Geltung dieser Rechtsfiguren auf den ständigen Gerichtsgebrauch hinwies und diesem als solchen die Kraft beilegte, Gewohnheitsrecht zu erzeugen. Diese Lehre hat ihre Wurzeln in der Freirechtsbewegung, die nichts anderes ist als eine Anwendung der spätromantischen Volksgeistlehre auf die richterliche Praxis. Da diese Lehre dem im staatlich organisierten Volk zur Herrschaft gekommenen Geist unmittelbare Rechtserheblichkeit zusprach, war sie auch davon überzeugt, daß der Richter dazu ermächtigt sei, unmittelbar nach diesem von ihm wahrgenommenen Geist Recht zu sprechen. Nipperdey hat sich, wie nicht überrascht, an der schon zitierten Stelle nachdrücklich für diese Ansicht, die Puchta noch als Herrschaft des Faktischen verworfen hatte, ausgesprochen²³⁸. Sie hat sich jedoch mit gutem Grund nicht durchgesetzt, da sie die Bindung der dritten Gewalt an Gesetz und

²³⁸ *Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (151959), § 39, 267, Anm. 8: *Die Erkenntnis, daß das Gewohnheitsrecht – jedenfalls in seiner maßgebenden Gestalt – vor allem durch Gerichtsgebrauch und nicht durch ‚Volksgeist‘ entstanden ist und entsteht, hat sich heute wohl allgemein durchgesetzt.* Nipperdeys Ansicht beruht kennzeichnen- derweise auf der Annahme, daß die Gerichte *Organe des Rechtgeltungswillens der Gemeinschaft* sind und damit einer Kraft, die in revolutionären Zeiten nach Nipperdey *Gewohnheitsrecht* auch ohne *langdauernde Übung* durch eine *mit elementarer Wucht* erfolgende *allgemeine tatsächliche Durchsetzung des Rechtswillens* (S. 266 mit Anm. 6) schaffen kann. Hier ist, typisch für die Umdeutung der Volksgeistlehre, die von Puchta abgelehnte (vgl. oben Anm. 220) Herrschaft des Faktischen im Recht ausdrücklich anerkannt.

Recht, d. h. an die positiven Normen und die Rechtswissenschaft, zugunsten eines unsicheren objektiven Freirechts aufhebt und für das gelegentlich auftretende Bedürfnis nach effektiver richterlicher Regelbildung die faktische Bindungswirkung, die kraft der Gerichtsverfassung durch höchstgerichtliche Rechtsprechung eintritt, ausreicht²³⁹.

Die Rechtsfortbildung war in den genannten vier Fällen rechtswissenschaftlicher Art gewesen. Ihre nähere Betrachtung wäre interessant, nicht zuletzt deswegen, weil sie zwar den strengen methodischen Vorgaben des klassischen *ius gentium* allesamt nicht genügen, sich aber dennoch in das aus dieser Tradition stammende Privatrechtssystem einordnen lassen. Für eine solche vergleichende Betrachtung, die auch manches Kritische zutage fördern würde, ist aber hier nicht mehr der Ort. Für die Zwecke dieses Beitrags genügt die Vergewisserung, daß die Betreuung der „Gewohnheit des Rechts“ auch im Zeitalter der Kodifikation nach wie vor durch die Rechtswissenschaft erfolgt, und damit insbesondere dem Privatrechtssystem auch gut gedient ist, und zwar umso besser, je deutlicher die Rechtswissenschaft sich der großen verpflichtenden Tradition, in der sie steht und arbeitet, bewußt bleibt.

In ihrer um die Abklärung herrschender Meinungen bemühten Arbeit steht sie heute der skeptischen, auf Herausarbeitung wahrscheinlicher, allseits geprüfter und durch Kritik nicht erschütterter Strukturen und Prinzipien bedachten Tätigkeit der klassischen Juristen näher als dem eigentümlichen rechtlichen Offenbarungsglauben der historischen Schule, durch den die Geltung des geschichtlich wirksam gewordenen römischen Rechts in der Neuzeit erneuert worden ist. Nicht Glauben, sondern prüfendes Bemühen um gesichertes und erfahrungsgesättigtes Wissen ist das Prinzip der heutigen Privatrechtsdogmatik.

²³⁹ Vgl. *Staudinger-Merten* (131998) Art. 2 EGBGB Rz. 38 ff.; *H. J. Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts (1998) 5 Rz. 47 ff., 61.