Wilfried Nippel

Gesetze, Verfassungskonventionen, Präzedenzfälle

Die römische Verfassung basierte auf einer Vielzahl von Regeln unterschiedlicher Geltungsgründe. Darüber besteht in der Forschung Konsens, nicht jedoch darüber, wie diese Regeln zustande kommen und wie das Zusammenspiel beziehungsweise der Konflikt zwischen Regeln divergierender Provenienz zu erklären ist. Dazu sollen hier einige höchst vorläufige Überlegungen angeboten werden, in dem Sinne, daß erstens die Bedeutung des Sakralrechts stärker beachtet werden sollte, als dies gemeinhin der Fall ist, und daß zweitens die beliebte Rede von der Bedeutung des *mos maiorum* eine Scheinlösung darstellt¹.

Als Cicero in seiner Rede für Sestius sozusagen die römische Verfassung definiert, nennt er die Elemente: *religiones, auspicia, potestates magistratuum, senatus auctoritas, leges, mos maiorum, iudicia, iuris dictio, fides, provinciae, socii, imperi laus, res militaris, aerarium* (98). Liegt hier eine beliebige Aufzählung oder doch eine implizite Hierarchisierung vor? Wenn man einmal willkürlich einen Schnitt hinter *mos maiorum* macht, dann stößt sich die Annahme einer Normenhierarchie jedenfalls an der Reihenfolge *potestates magistratuum, senatus auctoritas, leges*. Den Vorrang der magistratischen Gewalt könnte man immerhin darin begründet sehen, daß nicht die magistratischen Amtsgewalten als solche, sondern nur Modifikationen ihrer Anwendbarkeit durch Gesetze begründet worden sind, auch wenn in der Annalistik Einführungsgesetze für Magistraturen erfunden worden sind. Eine Höherrangigkeit von Senatsentscheidungen vor Gesetzen entspricht jedoch nicht der unbestrittenen Verfassungspraxis der mittleren und späten Republik. So viele Materien sowohl durch Senats- wie Volksbeschluß geregelt werden konnten, im Zweifelsfall war doch der Volksbeschluß die höherrangige Norm.

Wenn Cicero mit *religiones* und *auspicia* beginnt, dürfte dies allerdings kein Zufall sein, denn es paßt zu weiteren Äußerungen von ihm, in denen er die Auspicien als Grundpfeiler der Verfassung (*firamenta rei publicae*; rep. 2, 17; *fundamenta civitatis*; nat. deor. 3, 5) hervorhebt oder den Auguren das höchste Recht im Gemeinwesen (*maximum et praestantissimum ius*; leg. 2, 31) zuschreibt. Cicero führt an der zuletzt genannten Stelle eine Reihe von Fallgruppen an, in denen durch ein Votum der Auguren bestimmte Entscheidungen verhindert oder für ungültig er-

¹ Angesichts des vorläufigen Charakters dieser Überlegungen wird im folgenden der Belegapparat auf ein Minimum beschränkt. Auf Anführung von Sekundärliteratur zu den genannten Beispielen wird ganz verzichtet. Alle Jahresangaben beziehen sich auf die Zeit v. Chr.

klärt wurden. Er suggeriert dabei allerdings, daß diese Stellungnahmen unmittelbar Rechtskraft gehabt hätten und nicht erst durch Entscheidungen von Magistraten oder Senat zunächst einzuholen und dann umzusetzen gewesen wären. Im Regelfall lag es jedoch im Belieben des zuständigen Magistrats beziehungsweise des Senats, ob die Auguren als Kollegium konsultiert und welche Folgen aus ihrem Gutachten abgeleitet wurden.

Der Aufforderung des Senats, daß ein fehlerhaft gewählter Magistrat oder ein fehlerhaft ernannter Dictator sein Amt niederzulegen habe, wurde im Regelfall nachgekommen. Aber die Eigenständigkeit der Magistratur ging doch so weit, daß der Amtsinhaber eben nicht abgesetzt werden konnte; Flaminus hat anscheinend in seinem Consulat 223 eine Aufforderung zur Abdikation ignoriert. Außer Zweifel stand, daß der *vitio creatus* ein vollgültiger Magistrat war. Von dem Mittel, sozusagen unerwünschte Wahlergebnisse rückgängig zu machen, hat man anscheinend nach 162 keinen Gebrauch mehr gemacht; eine durchschlagende Erklärung dafür kenne ich nicht.

In der späten Republik kam die Möglichkeit auf, daß der Senat nach Konsultation der Auguren Volksbeschlüsse für ungültig erklären konnte. Wenn in diesem Kontext verschiedentlich berichtet wird, Plebiscite seien *contra auspicia et per vim* erfolgt, dann ist es sicherlich der Verstoß gegen die Auspicien und nicht die damit verbundene Gewaltanwendung, die rechtserheblich ist. Allzu viele Fälle hat es aber nicht gegeben. Sicher ist die Annullierung des Ackergesetzes des Volkstribunen Titius im Jahre 99 nach einem Gutachten des Augurenkollegiums²; in anderen Fällen wurde vom Senat die Verletzung von Bestimmungen der Promulgationsvorschriften der *lex Caecilia Didia*, somit von durch Gesetz festgelegten Verfahrensregeln geltend gemacht.

Im Sakralrecht liegt möglicherweise auch eine Schranke für die durch Volksbeschluß zu regelnden Materien. Jedenfalls erklärt Cicero (leg. agr. 2, 18) damit, daß der *pontifex maximus* seit dem 3. Jahrhundert beziehungsweise alle Priester seit der *lex Domitia* von 104, die (nach ihrer Abschaffung durch Sulla) 63 wiederhergestellt wurde, nur durch 17 ausgeloste Tribus bestimmt wurden; eine vollständige Volkswahl sei aus religiösen Gründen nicht möglich gewesen.

Nur erwähnen, aber nicht genauer erörtern kann ich die mysteriöse salvatorische Gesetzesklausel, daß Bestimmungen eines neu beantragten Gesetzes nichtig sein sollen, soweit sie gegen die Sakral- und/oder Rechtsordnung (*sacrum sanctum* beziehungsweise *ius*) verstoßen. Es scheint sich um eine tralatizische Formel zu handeln, die auch in Gesetzen auftaucht, bei denen ein sachlicher Zusammenhang schwerlich zu erkennen ist – so in der *lex Gabinia Calpurnia* von 58 über die Insel Delos³. Cicero hat an verschiedenen Stellen aus dieser Klausel hergeleitet, daß ein einmal, sei es kollektiv, sei es individuell erworbenes römisches Bürgerrecht auch durch Gesetz nicht aberkannt werden könne. Die Bemerkungen in der Rede für Caecina (95–97) haben im Vergleich zu denjenigen in der Rede für sein Haus (77.

² Cic. leg. 2, 31.

³ In: Michael H. Crawford (Hg.), Roman Statutes (London 1996) 348f.

79) und der Rede für Balbus (31) immerhin den Vorteil, daß sie noch nicht durch die Verquickung mit seinem eigenen Schicksal der Exilierung belastet sind. Man wird annehmen können, daß es ein Bewußtsein davon gab, daß nicht nur die Sakralordnung und der Kern der politischen Institutionen, sondern auch Grundelemente der Freiheit, personale Freiheit und Eigentum, als dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen galten; aber ob dies mit dieser spezifischen Klausel sozusagen positiviert worden ist, bleibt eine offene Frage.

* * *

Ich komme nun zum Problem des *mos maiorum*. In der Quellsprache begegnet auch *instituta maiorum*. Eine deutliche begriffliche Differenzierung ist nicht zu erkennen, höchstens in dem Sinne, daß *mos maiorum* auch für gesellschaftliche Verhaltensmuster verwendet werden kann, die man nicht zum Bereich der ‚Verfassung‘ oder des *ius publicum* zu rechnen hat. *Exempla maiorum* kommt in doppelter Bedeutung vor; zum einen in bezug auf an einzelnen Personen festgemachten Geschichten, die vorbildliches oder auch zu verdammendes Verhalten vor Augen führen; zum anderen im Hinblick auf bestimmte Regeln, die entweder als gegeben vorausgesetzt werden oder sich aus Präzedenzfällen ergeben haben sollen.

Mos maiorum erscheint in der Literatur häufig als die Zauberformel, mit der sich die Spezifika der römischen politischen Ordnung erklären ließen. Allerdings gilt dies noch nicht für *Theodor Mommsen*. In seinem *Staatsrecht* verwendet er den Begriff in seinem eigenen Text nicht, er kommt hier nur in den Quellenzitaten in den Anmerkungen vor. Bei *Mommsen* müßte man die Verwendung von Kategorien wie ‚Sitte‘, ‚Brauch‘ etc. in Relation zu ‚strengem Recht‘ etc. untersuchen, aber darum geht es hier nicht. Auch nicht um die wissenschaftsgeschichtliche Frage, ob die gängige, um nicht zu sagen, inflationäre Verwendung von *mos maiorum* in der Wissenschaftssprache wesentlich durch die Forschungen der 1920er und 1930er Jahre zu den ‚römischen Wertbegriffen‘ bewirkt worden ist; jedenfalls sind in diesem Kontext einige einschlägige Dissertationen erschienen⁴.

Später spricht *Fritz Schwind* von ‚Regeln‘, „deren Werden in eine Zeit zurückreicht, von der wir keine Kunde haben“⁵, *Franz Wieacker* von „der Vorbildlichkeit der römischen Vergangenheit für das eigene Handeln“⁶. *Ernst Meyer* versteht unter *mos maiorum* die „Sitte der Vorfahren, die als ungeschriebenes Gesetz alle Grundsätze umfaßte, nach denen sich das staatliche Leben in der Praxis regelte“⁷.

⁴ *Joseph C. Plumpe*, Wesen und Wirkung der *auctoritas maiorum* bei Cicero (Diss. Münster 1932); *Hans Rech*, *Mos maiorum*. Wesen und Wirkung der Tradition in Rom (Diss. Marburg 1936); ferner *Hildegard Kornhardt*, *Exemplum*. Eine bedeutungsgeschichtliche Studie (Diss. Göttingen 1936).

⁵ *Fritz Schwind*, Der Geltungsbegriff bei den römischen Volksschlüssen, in: Studi in onore di Siro Solazzi (Neapel 1948) 763–779, hier 768.

⁶ *Franz Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte I: Einleitung, Quellenkunde. Frühzeit und Republik (München 1988) 374.

⁷ *Ernst Meyer*, Römischer Staat und Staatsgedanke (Zürich ³1964) 253.

Für *Leopold Wenger* sind „die *mores maiorum* [...] einfach immer dagewesen [...]. Sie sind eine geschichtliche Gegebenheit, und der Hinweis auf sie ist Hinweis auf eine erkennbare Realität, über die sich nicht streiten läßt. Die *mores* sind [...] bindende Ordnung, die schon die Väter und Vorväter gebunden hat.“⁸ *Ulrich von Lübtow* sagt einerseits, daß *mores* und *exempla maiorum* „die ungeschriebenen altüberlieferten Grundsätze der staatsrechtlichen Praxis“ gewesen seien, sieht andererseits im *mos maiorum* das Ergebnis der Arbeit vieler Generationen, die „langsam und vorsichtig die Tradition [...] nach den Regeln langer Erfahrung und praktischer Vernunft“ fortgebildet hatten. *Lübtow* zitiert zustimmend eine Bemerkung von *Eduard Meyer*, das römische Staatsrecht sei, „von Ausnahmefällen abgesehen, nicht in Gesetzesparagraphen niedergelegt“ gewesen, vielmehr sei „die Praxis, das *Præcedens*“ maßgebend gewesen „wie in England“⁹. *Alfred Heuß* sieht in der Berufung auf den *mos maiorum* die Widerspiegelung der „Überzeugung, das zu tun, was durch Generationen hindurch schon getan wurde“, beziehungsweise den Verweis auf das „Herkommen, die Tradition“ als die „Spielregel“, mit der „alles Auseinanderstrebende und alles die schwache Hülle der Verfassung Sprengende zusammengehalten“ wurde¹⁰. Man könnte sich angesichts dieser Vielzahl vager Feststellungen dann fast über so schnörkellose Formulierungen wie die von *Roland Wittmann* freuen: Tragende Grundlage der römischen Verfassung war „die traditionelle geübte Staatspraxis (*mos maiorum*). Die Regeln des *mos maiorum* ergaben sich aus den Präzedenzfällen, den *exempla maiorum*“¹¹ – wenn es denn so schön einfach wäre.

Beliebt ist der Vergleich mit England, wie er auch in den Zitaten bei *Lübtow* beziehungsweise *Eduard Meyer* anklingt. *Mos maiorum* wäre dann das Äquivalent zu den englischen ‚constitutional conventions‘. *Wolfgang Kunkel* schreibt, daß für die Funktion der römischen Staatsordnung ohne geschriebene Verfassung die *exempla maiorum* wichtiger als Gesetzesnormen seien: „Auch das englische Verfassungsrecht, das in dieser Hinsicht dem römischen einigermaßen vergleichbar ist, besteht zu einem erheblichen Teil in Bräuchen und Gewohnheiten (man nennt sie ‚conventions‘), an deren Verbindlichkeit nicht gezweifelt wird, und die auch die Kraft haben, älteres Recht aufzuheben.“¹² *Andrew Lintott* hat ebenfalls die ständige Veränderbarkeit der römischen Ordnung betont, aber gemeint, daß deshalb die Parallele mit England nur begrenzt zutreffe, da in England nach Common Law das eindeutige Prinzip des Vorrangs des älteren Rechts gelte¹³. Das englische Verfas-

⁸ *Leopold Wenger*, Die Quellen des römischen Rechts (Wien 1953) 328f.

⁹ *Ulrich von Lübtow*, Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht (Frankfurt a.M. 1955) 241 und 310; *Eduard Meyer*, Kleine Schriften, Bd. 1 (Halle 1924) 349, Anm. 1.

¹⁰ *Alfred Heuß*, Gesammelte Schriften, Bd. 3 (Stuttgart 1995) 1536; *ders.*, Römische Geschichte (Braunschweig 1998) 38.

¹¹ Vorwort von *Roland Wittmann*, in: *Wolfgang Kunkel, Roland Wittmann* (Hgg.), Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. Zweiter Abschnitt: Die Magistratur (München 1995).

¹² *Wolfgang Kunkel*, Magistratische Gewalt und Senatsherrschaft, in: ANRW I,2 (1972) 3–22, hier 17.

¹³ *Andrew W. Lintott*, The Constitution of the Roman Republic (Oxford 1999) 4f.

sungsrecht beruht aber nicht auf der Regel des Common Law, daß Gewohnheitsrecht dann (vor Gericht) geltend gemacht werden kann, wenn es aus unvordenklichen Zeiten stamme. Die einschlägige Literatur zu den englischen ‚constitutional conventions‘ besteht mehr oder weniger aus Variationen zu den Thesen, die *Albert Dicey* im späten 19. Jahrhundert in seinem grundlegenden Werk entwickelt hat¹⁴. Danach stehen nur zwei Regeln eindeutig fest: Erstens, ‚constitutional conventions‘ können nicht durch gerichtliche Entscheidung geklärt werden. Zweitens, die einzige Möglichkeit, sie eindeutig zu fixieren, besteht darin, sie in ein Parlamentsgesetz zu überführen (wobei es keine ‚Verfassungsgesetze‘ gibt, die durch besondere Verfahrenshürden der Disposition durch einfache Parlamentsmehrheit entzogen wären). Alles andere ist offen. Manche Regeln gelten als unangreifbar, manche nicht; neue Regeln etablieren sich als Folge einer Serie von Präzedenzen, andere werden sozusagen über Nacht im Konsens eingeführt; es gibt keine Regel, ob das ältere das jüngere Präzedenz schlägt oder umgekehrt; die Änderung einer Regel gilt als Beweis dafür, daß die bisherige eben keinen Verfassungsrang hatte; es gibt keine Regel darüber, wann Regeln durch Nichtanwendung Verbindlichkeit verlieren; man kann sich in konkreten Fällen unter Berufung auf ‚good reasons‘ über eine Regel hinwegsetzen, ohne deren Geltung grundsätzlich zu bestreiten. *Karl Loewenstein* hat den Sachverhalt auf die Formel gebracht: „Konventionalregeln“ sind „pragmatische Regeln für die politischen Verhaltensweisen bestimmter Staatsorgane [...], welche so lange gelten, als ihre Zweckdienlichkeit für den Fortgang des politischen Prozesses von den handelnden Politikern anerkannt wird. Verliert eine Konventionalregel ihre politische Nützlichkeit, wird sie aufgegeben, modifiziert oder durch eine andere ersetzt.“¹⁵

Es ist angebracht, mit einem solch offenen Konzept auch die Frage des *mos maiorum* und seines Verhältnisses zu den *exempla* im Sinne von Präzedenzen anzugehen. Dies soll im folgenden an einigen Beispielen illustriert werden. Es geht nur darum, Fragen aufzuwerfen, auch deshalb, weil man bei jedem Beispiel, das man herausgreift, systematisch zu überprüfen hätte, was es zuvor und danach jeweils an Entsprechungen gegeben hat, also praktisch immer große Teile, wenn nicht die gesamte römische Verfassungsgeschichte durchforsten müßte. Hinsichtlich der frühen Republik käme immer noch das quellenkritische Problem hinzu, ob nicht Rückprojektionen eines spätrepublikanischen Verfassungsverständnisses vorliegen. Zudem müßten in jedem Einzelfall die konkreten politischen Implikationen einbezogen werden.

Die folgenden Beispiele stammen vor allem aus der Zeit des 2. Punischen Krieges mit den vielfältigen Improvisationen und der anschließenden Phase der Konsolidierung. Es handelt sich um Fälle, in denen in der Überlieferung, also bei Livius, der Streit um Regeln explizit mit der Terminologie von *mos maiorum* und *exempla* thematisiert wird. Dabei kann außer Acht bleiben, ob die jeweiligen Protagonisten

¹⁴ *Albert V. Dicey*, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (zuerst 1885, Indianapolis 1982 [ND d. 8. Aufl. 1915]) Kap. 14–15.

¹⁵ *Karl Loewenstein*, *Staatsrecht und Staatspraxis von Großbritannien*, Bd. 1 (Berlin 1967) 53.

tatsächlich mit diesen Kategorien operiert haben oder ob ihnen dies nur in einer späteren Überlieferung zugeschrieben worden ist. Einige Muster zeichnen sich ab.

- Selektives Heranziehen von *exempla* und Ausweichen vor Grundsatzentscheidungen: Im Jahre 210 wollen Volkstribune verhindern, daß der Wahldictator sich selbst zum Consul wählen läßt. Eine solche Selbststrenuntiation würde ein scheußliches Beispiel (*foedum exemplum*) abgeben¹⁶. Der Wahldictator führt dagegen zwei Präzedenzfälle an: einen Interrex, der sich 291 selbst hat wählen lassen, und die Wahlen von 214, als der Consul Q. Fabius Maximus als Wahlleiter unmittelbar wiedergewählt wurde. Er übergeht einen bei Livius für 296 geschilderten Fall, daß ein Consul es dezidiert abgelehnt habe, sich selbst wählen zu lassen, weil er keinen gefährlichen Präzedenzfall (*pessimum exemplum*) gegen die Rechtslage (*contra leges*) habe schaffen wollen¹⁷. Wenn die Volkstribune von 210 dieses Beispiel parat gehabt hätten, hätte es einen interessanten Streit geben können, welches *exemplum* aus der Vergangenheit denn eigentlich mehr Gewicht habe. Die Volkstribune stimmen aber dem Vorschlag zu, die Sache vom Senat entscheiden zu lassen. Dieser spricht sich im Sinne des Wahldictators aus, da es in der augenblicklichen Lage ein überragendes Interesse an der Wahl erfahrener und erprobter Feldherren gebe. Die Grundsatzfragen zur Selbststrenuntiation beziehungsweise ob das *exemplum* von 296 durch die späteren Fälle außer Kraft gesetzt worden ist, bleiben ungeklärt.
- Schaffung einer neuen Praxis durch einen Präzedenzfall: Im Jahre 209 kommt es zu einem heftigen Streit zwischen den beiden Censoren über die Benennung des *princeps senatus*. Der Censor, dem diese Auswahl durch Los zugefallen war, behauptete, daß er damit nach eigenem Ermessen die am besten geeignete Person auswählen könne. Sein Kollege hielt dagegen, es sei etablierte Praxis (*mos*), den dienstältesten Censorier zu nehmen, konnte sich aber nicht durchsetzen und gab seinen Protest auf¹⁸. Als Folge etablierte sich ein Auswahlrecht, das jedoch stillschweigend auf den Kreis der Censorier beschränkt blieb.
- Herbeiführung eines Präzedenzfalls, der nicht zu einer neuen Praxis führt, auf den aber in Zukunft gegebenenfalls zurückgegriffen werden kann: Im Jahre 210 gibt es einen komplizierten Streit zwischen dem sich noch in der Stadt befindenden Consul und dem Senat¹⁹. Der Consul will sich bei der Bestellung eines Dictators keine Vorschriften machen lassen, weigert sich deshalb, eine Senatssitzung anzuberaumen und verbietet dies auch dem *praetor urbanus*. Daraufhin beruft ein Volkstribun den Senat ein. Dieses Procedere war eine Notlösung in einer verfahrenen Situation, die jedoch auf allgemeinem Konsens basierte. Wiederholungen scheint es über lange Zeit äußerst selten gegeben zu haben. Trotzdem zählt Varro in seiner um 71 geschriebenen Handreichung zur Geschäftsordnung

¹⁶ Liv. 27, 6, 2–12.

¹⁷ Liv. 10, 15, 7–12.

¹⁸ Liv. 27, 11, 9–13.

¹⁹ Liv. 27, 4, 1–4; 27, 5, 14ff.

des Senats die Volkstribune zu denjenigen Magistraten, die nach *mos maiorum* das Recht zur Einberufung des Senats haben²⁰. Die offene Frage ist, wann und wie aus der Ad-hoc-Lösung von 210 ein allgemeines Einberufungsrecht der Volkstribune erwachsen konnte; weiter, ob es möglicherweise erst Varro war, der daraus eine generelle Regel extrahiert hat.

- Das Fehlen von Regeln über das Obsoletewerden von Regeln: Ein junger Nobilis war 209 gegen seinen Willen vom *pontifex maximus* zum *flamen Dialis* gemacht worden²¹. Er hatte zuvor als schwarzes Schaf gegolten, führte sich aber nach Übertragung dieser Würde musterhaft auf. Er meinte, auf Grund seiner Priesterfunktion einen Anspruch auf einen Senatssitz zu haben, wurde jedoch vom Praetor des Sitzungssaals verwiesen. Der Flamen appellierte an die Volkstribune. Bei der Verhandlung vor dem Tribunenkollegium vertrat er die Ansicht, die Senatsmitgliedschaft sei ein uraltes Recht (*vetustum ius*), das an die Funktion als Flamen geknüpft sei. Der Praetor hielt dagegen, es könnten nicht uralte Beispiele aus den Annalen (*vetusta exempla annalium*) hervorgeholt werden, es zähle allein die jüngste Praxis (*recentissima consuetudo*), und das seien die Tatsachen, an die sich die Väter und Großväter erinnern könnten. Die Tribune gaben dem Flamen Recht, und folgten nach Livius seinem Argument, es handle sich um ein dem Priesteramt inhärentes Recht, das nicht durch Nichtwahrnehmung durch frühere Funktionsinhaber aufgehoben worden sei. Wenn es aber weiter heißt, diese Entscheidung sei allgemein auf Zustimmung gestoßen, weil man sie als Anerkennung für die Lebensführung dieses Priesters verstanden habe, fragt man sich, welches der beiden konkurrierenden Prinzipien – uraltes, an eine Funktion geknüpftes Recht, das auch durch Nichtanwendung nicht außer Kraft gesetzt worden ist, oder personenbezogene Ehrung – denn hier eigentlich als durchschlagend anerkannt worden ist.
- Die Erfindung neuer Regeln, um alte Konventionen zu bewahren: Der 2. Puni-sche Krieg warf das Problem auf, daß die herkömmlichen Regeln für die Triumph-gewährung nicht mehr paßten, namentlich wenn ein *privatus* ein Kommando übernommen hatte oder wenn ein Imperiumsträger sein Heer nicht zurückführen konnte, sondern einem Nachfolger zur Fortsetzung des Krieges übergeben hatte. Es herrschte Konsens, daß in diesen Fällen ein Triumph nicht möglich sei. Als Ausweg erfand man die *ovatio*. Dagegen ist zwar 199 und 198 einmal ohne, einmal mit Erfolg von einem Volkstribunen geltend gemacht worden, diese Ehrung könne weder auf den *mos maiorum* noch auf ein *exemplum* gegründet werden²². Aber danach war das Verfahren etabliert und galt etwa im Jahre 185 als Bestandteil des *mos maiorum*²³. Der eigenmächtig von Imperiumsträgern vollzogene Ersatz-Triumph auf dem Albaner-Berg ist nach einem *exemplum*

²⁰ Gell. 14, 7, 4.

²¹ Liv. 27, 8, 4–10.

²² Liv. 31, 20, 1–6; 32, 7, 4.

²³ Liv. 39, 29, 5f.

von 231²⁴ mehrfach nachgemacht worden, zum Jahre 172 heißt es dann, dies sei längst zum *mos* geworden²⁵ – nur, daß dann aus der Überlieferung keine weiteren Fälle bekannt sind.

- Entscheidungen ohne Präcedenzwirkung: 242 hatte der *pontifex maximus* einem zum Consul gewählten *flamen Martialis* verboten, die Stadt zu verlassen und ein Flottenkommando zu übernehmen und sich in diesem Konflikt durchgesetzt²⁶. Konflikte über die Vereinbarkeit zwischen Priesterfunktionen und militärischem Kommando haben sich in der Folgezeit mehrfach wiederholt. Die in den Fällen von 189²⁷ und 131 zur Entscheidung angerufene Volksversammlung hat jeweils entschieden, daß das Verbot durch den *pontifex maximus* gültig sei, zugleich jedoch die von diesem gegen den Magistrat verhängte Geldbuße aufgehoben²⁸. Gut einhundertfünfzig Jahre später, im Jahre 22 n. Chr. unter Tiberius, hat ein *flamen Dialis* in seiner Eigenschaft als Consular im Senat Anspruch auf die Übertragung der Provinz Asia erhoben. Dem Einwand, er sei durch seine Priesterfunktion dafür disqualifiziert, begegnete er mit dem Argument, es gebe keine einschlägigen Rechtsvorschriften. Der Senat gab die Entscheidung an den Kaiser in seiner Eigenschaft als *pontifex maximus* ab. Tiberius gab dann als Beschluß des Pontifikalkollegiums bekannt, daß es bei der – durch Entscheidungen von Augustus bestätigten – Regel bleibe, daß ein *flamen Dialis* Rom nicht für längere Zeit verlassen dürfe, und erinnerte dabei an das *exemplum*, das der *pontifex maximus* im Jahre 242 v. Chr. gesetzt hatte²⁹. Erst jetzt, mehr als zweieinhalb Jahrhunderte später, erhielt das Streitergebnis von damals, faktisch gestützt nunmehr auf die Autorität des Kaisers, rechtsverbindliche Wirkung.
- Unklarheiten über die Art der Regelverletzung: Im Jahre 167 hat ein *praetor peregrinus* die Volksversammlung einberufen, um Krieg gegen Rhodos beschließen zu lassen, was durch die Intercession von Volkstribunen verhindert wird. Nach Livius stellte das Verhalten dieses Praetors ein *novum malumque exemplum* dar, da zuvor die Sache nicht in den Senat gebracht worden sei³⁰. Livius beziehungsweise seine Quelle sehen nicht, daß das Vorgehen des Fremdenpraetors nicht nur wegen der Nichtbefassung des Senats ungewöhnlich ist, sondern auch insofern, als es der einzige bekannte Fall überhaupt ist, bei dem ein *praetor peregrinus* die Volksversammlung einberuft – ein Beleg dafür, daß bei Streitfällen wenigstens im nachhinein nicht immer klar war, worin die Verletzung etablierter Regeln eigentlich genau bestanden hatte. Oder man wußte nicht, ob ein Verfahren neu oder uralt war. Im Jahre 190 konnten sich die Consuln nicht über die Provinzverteilung einigen, wollten aber auch nicht das Los entscheiden lassen, übergaben deshalb die Sache an den Senat. Dazu Livius: Das war entweder

²⁴ Val. Max. 3, 6, 5; Plin. nat. 15, 126.

²⁵ Liv. 42, 21, 7.

²⁶ Val. Max. 1, 1, 2; Liv. per. 19.

²⁷ Liv. 37, 51, 1–7.

²⁸ Cic. Phil. 1, 11.

²⁹ Tac. ann. 3, 58f. und 71.

³⁰ Liv. 45, 21.

ein neues *exemplum* oder ein Verfahren, das auf alten *exempla* beruhte, die man nur vergessen hatte³¹.

Man müßte natürlich die gesamte Verfassungsgeschichte der mittleren und späten Republik daraufhin durchforsten, wie sich angeblich etablierte Staatspraxis, Entscheidungen im Einzelfall und (punktuelle) gesetzliche Regelungen zueinander verhalten. Ich nenne nur ein paar Stichpunkte mit mehr oder weniger willkürlich herausgegriffenen Beispielen.

- Positivierung einer prinzipiell kaum umstrittenen Praxis, die sich in mehreren Schritten herausgebildet hat (*lex Villia annalis* von 180 zum *cursus honorum*);
- gesetzliche Regulierung, nachdem eine zwischenzeitlich etablierte Praxis zu Unbilligkeiten führt (Einführung des Kriteriums von 5000 gefallen Feinden für die Triumphgewährung zwischen 180 und 143);
- gesetzliche Ermächtigung zur Abweichung von einer als uralte gedachten Regel (Volksbeschluß von 216, daß der Dictator ein Pferd besteigen darf);
- zunächst erfolgreiche Aneignung von magistratischen Kompetenzen und gegebenenfalls ihre Annullierung durch Gesetzgebung (sogenannte *quaestiones extraordinariae*, deren Zulässigkeit bis 133 offensichtlich unbestritten war, die dann aber durch Gesetz des Gaius Gracchus verboten wurden);
- Präzedenzfälle, die zwar Wiederholungen ermöglichen, aber doch keine Praxis etablieren (Wiederwahl beim Volkstribunat in den Fällen von Gaius Gracchus und Saturninus);
- Versuche der indirekten Etablierung eines Präzedenzfalls (zurückgezogener Vorschlag des Gaius Gracchus über Ausschluß abgesetzter Magistrate von weiterer Ämterlaufbahn; Absetzungsdrohung gegen Volkstribune bleibt in der Schwebe);
- Versuche der nachträglichen Umdeutung eines Einzelfalls zum Präzedenz (Cicero findet 43 heraus, daß Marius im Jahre 97 in *absentia* zum Augur gewählt wurde; er meint nun, das müsse auch für die anstehende Wahl seines Sohnes zum *pontifex* gelten³²);
- Setzung eines Präzedenz, das zu Praxis wird, wobei aber das Ausmaß der Rechtsfolgen stets umstritten bleibt (sogenanntes *senatus consultum ultimum* seit 121).

Außerdem müßte man jeweils heranziehen, welche Instanz oder Instanzen Streitfragen entscheiden sollen oder können: Senat, Volkstribune, Censoren, *pontifices* und Auguren, Volksversammlung (als Gesetzgeber oder Gericht), Geschworenengerichte. Und vor allem, ob eigentlich die Grundsatzfragen entschieden werden oder ob diese Entscheidungen nicht lieber durch situations- oder personenbezogene Argumente umgangen werden.

Eine – mehr als provisorische – Bilanz könnte so lauten: Man konnte sich auf neue Regeln verständigen, wenn über ihre Angemessenheit Konsens im Senat herrschte, und Volkstribune sie nicht blockierten, jedenfalls nicht mehrere Jahre nacheinander. Oder sie mußten hingenommen werden, wenn nicht zu bestreiten

³¹ *Liv.* 37, 1, 9.

³² *Cic. ad Brut.* 13, 3.

war, daß die Entscheidung in den Kompetenzbereich eines Organs oder eines Amtsträgers falle, und die Nachfolger die erweiterten Handlungsspielräume für sich ausschöpften. Wurde eine Regel über einen bestimmten Zeitraum unbestritten praktiziert, konnte man sich auf die Sprachregelung verständigen, dies sei ein *mos maiorum*, auch wenn die Zeitgenossen um die relative Neuheit des Verfahrens wußten oder hätten wissen können.

Schwieriger war es, wenn eine Entscheidung erst nach harten Auseinandersetzungen zustande gekommen war. Ob dies zu einem Präzedenzfall werden konnte, hing davon ab, ob es gelang, dieses Ergebnis wieder zu revidieren. Welche Regeln aber genau, mit einer als Präzedenz grundsätzlich akzeptierten Entscheidung gefestigt worden waren, war manchmal schon zum Zeitpunkt dieser Entscheidung, auf jeden Fall aber im nachhinein Auslegungssache. Das war nicht nur eine Frage einer jeweils interessebedingten Interpretation beziehungsweise bewußten Verfälschung. Sondern es war auch ein Problem, ob man später überhaupt noch wissen konnte, nach welchen Kriterien eine Entscheidung im Senat, im Tribunenkollegium, in der Volksversammlung oder in der späten Republik auch in den Geschworenengerichten zustande gekommen war. Es fehlten amtliche Aufzeichnungen, die so etwas wie den „Willen des Gesetzgebers“ beziehungsweise die „tragenden Gründe“ bei einer bestimmten Entscheidung und damit ihre intendierte Präjudizwirkung objektiv nachprüfbar gemacht hätten. Senatsbeschlüsse und Gesetzestexte waren im Staatsarchiv hinterlegt, so schwierig es auch angesichts der eher chaotischen Organisation gewesen sein dürfte, sie wiederzufinden. Aber amtliche Sitzungsprotokolle gab es normalerweise nicht und Notizen von Magistraten über ihre Amtszeit sind in Privatbesitz verblieben. Die Beschlüsse der Volksversammlung in den Streitfällen zwischen *pontifex maximus* und *flamines* müssen vorbereitet und begründet worden sein, aber konnte man später noch eruieren, was die Begründung für die gefundenen Kompromisse gewesen war? Volkstribune haben, wenn sie als Kollegium entschieden, in bestimmten Fällen eine Begründung gegeben, aber wie grundsätzlich wurde sie formuliert?

Das Problem stellte sich wohl anders in Streitfällen dar, in denen es um Fragen des Sakralrechts ging. Rechtsauskünfte der zuständigen Kollegien wie der Pontifices und der Auguren gründeten sich offensichtlich auf eine Dokumentation ihrer früheren Beschlüsse. Es war eine politische Entscheidung des Senats, ob er ein solches Gutachten anforderte, und er war formal auch nicht daran gebunden, sich diese Stellungnahme zu eigen zu machen. Aber es sieht doch so aus, als ob man *responsa* dieser Kollegien durchweg übernommen hat, so daß man hier wohl mit einer Vorstellung von bindendem Recht zu rechnen hat, über das man sich nicht einfach durch Machtspruch hinwegsetzen konnte. Aber auch hier wird die Sache noch komplizierter, weil es neben den quasi amtlichen Feststellungen der Kollegien auch sozusagen ‚wissenschaftliche Meinungen‘ einzelner Mitglieder gegeben hat, die dann in die Kommentarliteratur eingegangen sind.

Das Problem, was als Präzedenz zu gelten hat, und ob im Zweifelsfall die ältere oder die jüngere Praxis zu zählen habe, muß sich seit dem 2. Jahrhundert verschärft haben. Es hatte nicht nur eine Historiographie eingesetzt, die mit einer Mischung

aus Fakten und Fiktionen auch die frühen Geschichtsepochen rekonstruierte, sondern auch eine – leider fast gänzlich verlorene – antiquarische Forschung, die bestimmte Probleme des Sakral- und Verfassungsrechts zu klären versuchte. Dies führte offensichtlich dazu, daß man in schwerwiegenden Konfliktfällen gern auf tatsächliche oder vermeintliche Rechtsbestände der Frühzeit zurückgriff. Dazu gehört unter anderem, daß Volkstribune Sanktionsformen wie die Konfiskation von Gütern, Zerstörung von Häusern oder den Sturz vom Tarpeischen Felsen reanimierten. Oder es wurde – im Jahre 63 gegen Rabirius – die Neuauflage des archaischen Perduellionsverfahrens versucht. Cicero beschwerte sich jeweils darüber, daß hier uralte Verfahren ausgegraben worden seien und suggerierte damit deren Rechtswidrigkeit³³, aber das heißt nicht, daß seine Auffassungen uneingeschränkt konsensfähig wären.

Wenn die – wie willkürlich auch immer rekonstruierte – gesamte Geschichte als ein Arsenal von Präzedenzfällen betrachtet werden konnte, gab es außer durch Schaffung vollendeter Tatsachen anscheinend keine verbindlichen Kriterien mehr, welche Art von Präzedenz die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich hatte und wie im Streitfall die Beweislastregel zu konstruieren war. Je mehr die Geschichte präsent war beziehungsweise durch Rabulistik und Gelehrsamkeit präsent gemacht wurde, desto geringer war die Chance, sich auf ihre verbindliche Auslegung zu einigen.

Rudolf von Jhering hat einmal bemerkt: „Es wäre ein verdienstliches Unternehmen, anstatt wie bisher bei der Bearbeitung des römischen Staatsrechts sich durch den Zweck leiten zu lassen, überall bestimmte und sichere Grundsätze zu gewinnen, umgekehrt einmal die Controversen desselben zu constatieren. [...] Ich kann [...] Jedem, der sich zu einer solchen Arbeit entschließen wird, im voraus eine sehr reiche Ausbeute in Aussicht stellen.“³⁴ „Reiche Ausbeute“ erbracht zu haben, kann hier nicht beansprucht werden. Aber vielleicht ist der Vorschlag hilfreich, sich von dem Glauben zu verabschieden, mit dem Hinweis auf den *mos maiorum* könne man der Komplexität des römischen Regelsystems gerecht werden. Das ist keine Zauberformel für die Lösung, sondern eine Chiffre für das Problem.

³³ *Cic. dom.* 123; *Cic. Rab. perd.* 15.

³⁴ *Rudolf Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. II/1 (Leipzig 41881) 280, Anm. 444.