
**Antworten von Okko Behrends revisited auf die
Beiträge zum Symposium „Römisches Recht –
Entwicklungsgeschichte, Methodik und Nachwirken“**

Vorbemerkung mit dem Versuch einer Vergewisserung über den gemeinsamen Nenner seiner Bemühungen um das Recht

Es ist etwas ganz Besonderes, in die Lage versetzt zu sein, auf Beiträge antworten zu dürfen, die, auf vier Felder verteilt, alle von dem Ziel bestimmt sind, darüber zu berichten, was ein freundlich-kritischer Besuch der von mir publizierten Arbeiten unter dem Gesichtspunkt, was sie zur besseren Kenntnis des römischen Rechts und seiner Geschichte beitragen konnten, jeweils ergeben hat. Daher gilt auch an dieser Stelle mein ganz besonderer Dank meinen ehemaligen Schülern Prof. Cosima Möller, Prof. Martin Avenarius und Prof. Rudolf Meyer-Pritzl, die das durch die Organisation dieses Symposions aus Anlass meines achtzigsten Geburtstags möglich gemacht haben, aber natürlich nicht minder den Urhebern der genannten inhaltsreichen Beiträge und den übrigen Tagungsteilnehmern für den kritischen und zugleich zukunftsweisend belebenden Geist, mit dem sie die Tagungstage durch ihre Wortmeldungen erfüllt haben.

Ich habe mich der genannten, höchst anregenden, in den aufgeworfenen Einzelfragen stets zum Weiterdenken nötigen Aufgabe im Folgenden gerne und dankbar, an den Stil der mündlichen Entgegnungen anknüpfend, unterzogen. Darüber hinaus haben zwei Beiträge Fragen aufgeworfen, die in der Art wie sie meine zurzeit im Zentrum stehenden Bemühungen um die Geschichte der beiden hellenistischen Jurisprudenzen Roms betreffen, einer thematisch konzentrierten, vor Ausuferung einigermaßen geschützten Antwort fähig waren und daher Anlass zu zwei selbstständigen Abhandlungen gegeben haben.

Ich möchte die Gelegenheit dieser Vorbemerkung zunächst dazu nutzen, etwas darüber zu sagen, was ich als das allgemeine Ziel meiner Bestrebungen ansehe, als den gemeinsamen Nenner, unter dem sich meine Arbeiten in gewisser Weise allesamt fassen lassen. Dazu bestimmt mich nicht nur der Wunsch eines resümierenden Rückblicks, sondern auch die Überzeugung, dass dieses allgemeine Ziel für die weitere Zukunft Gültigkeit hat und es verdienen dürfte, in welcher Form auch immer, aufgegriffen zu werden.

Dieses Ziel lautet: Kräftigung des Denkstils, der dem antiken römischen Recht selbstverständlich war und der das Recht als eine grundsätzlich normativ verwirklichte, soziale Ordnungskraft anschaut. Sie ist in Form von Strukturen, die berechtigen und Verantwortungsräume schaffen, und von Werten, die Gesinnungen und Verhalten leiten, als Bedingung des menschlichen Zusammenlebens stets beschreibbar und Orientierung gebend in Form einer menschengeschafften Objektivation vorhanden, so sehr sie auch dem Wandel und der Zerstörung ausgesetzt ist. So wie ein Haus mit seinen Räumen und seiner vernünftig geregelten, physikalischen und menschlichen Innentemperatur vorhanden ist, und zwar auch dann, wenn es umgebaut, erweitert

und nach Abriss durch einen Neubau ersetzt worden ist, so ist auch eine Rechtsordnung in dieser Perspektive stets etwas Gegenwärtiges und erlebbar Vorhandenes.

Das gilt für alle vier in den Referaten, Korreferaten und den jeweiligen Nachbemerkungen zur Sprache kommenden, in ihren Grundlagen durchaus verschiedenen Rechtsordnungen der römischen Geschichte. Dem Vindikationsmodell, das die Freiheits- und Herrschaftsrechte erst der Siedler, dann der Bürger der Stadt Rom um des auguralen Götterfriedens (*pax deum*) willen in einer streitfreien Ordnung hielt und zwischen ihnen das Vermögensrecht der Obligation ermöglichte, das von Anfang an dem Verpflichteten in der Zeit des Schuldens eine Stellung unbeeinträchtigter Freiheit sicherte, kommt hier eine grundlegende Rolle zu. Das Vindikationsmodell bildet den als Grundgerüst nie aufgegebenen, lange Zeit durch lustrierenden Zensus und rituelle Jurisdiktion anschaulich gehaltenen Ausgangspunkt dieses stets als Lebensform konzipierten Rechts. Die erste hellenistische Jurisprudenz hat den in ihm enthaltenen Gedanken, dass das Recht die Aufgabe verwirklicht, objektivierte Bedingungen freiheitlichen Zusammenlebens zu schaffen, universalisiert, und zwar getragen von dem Glauben an eine Providenz, welche die Menschheit in selbstständig verfasste, durch ein gemeinsames Recht zusammengehaltene Staaten gegliedert und kraft Freizügigkeit im Ergebnis kosmopolitisch geordnet sehen will. Die Bürgerschaften dieses Rechtsmodells waren immer zugleich allseits offene Glieder der Menschheit. Das Recht unterschied daher im Rahmen einer normativen Idee nach überall verwirklichten, spezifisch „stadtbürgerlichen“ *Ius civile* (= νόμος πολιτικός) ein je besonderes *Ius civile proprium* und ein überall gleiches, in das *Ius civile* integriertes, kosmopolitisches *Ius gentium*, dessen Verkehrsrecht vom Vertrauensprinzip der *Fides* und später der *Bona fides* beherrscht war. Die zweite hellenistische Jurisprudenz bewahrte den die Menschheit in Staaten gliedernden Universalismus des *Ius civile*, deutete aber, geleitet von einem skeptischen Humanismus, das Recht als eine menschliche Einrichtung, in deren Selbstständigkeit der Staaten und Menschen begründenden, Berechtigungen zuweisenden Instituten das Zusammenleben von rechtsethischen, Verhalten in Pflicht nehmenden Prinzipien geordnet war. In der Rechtswissenschaft des von Augustus begründeten Prinzipats, deren Ergebnisse dann die Kodifikation Justinians zusammenfasste, wurde die objektivierende, die rechtlich geordneten Lebensverhältnisse anschaulich erfassende Denkweise der drei spezifisch „republikanischen“ Traditionen bewahrt. Der die Verfassung erneuernde, vom Prinzipat ausgehende Rechtsgeltungswille führte zwar mit dem ihn tragenden Willensprinzip, das dem Kaiser selbst keine Grenzen setzte, ein höchstes Element ein, das den vorhergegangenen beiden rechtswissenschaftlichen Modellen fremd war, da deren berechtigende Rechtsfiguren und Verhaltenswerte nicht auf dem Willen, sondern auf intellektueller Einsicht und Werturteilen beruhten, bewahrte aber den anschauungsgesättigten Blick auf das Recht und förderte im Privatrecht in erster Linie die weitere Entfaltung der im Rahmen des Rechts Rechtsfolgen setzenden „Privatautonomie“.

Insgesamt ist all diesen Epochen gemeinsam, dass sie auf anschauliche, dem Denken reiche Nahrung gebende Weise das Bemühen vor Augen rücken, ein den

Bedingungen der jeweiligen Zeit gemäÙes Recht zu verwirklichen, und zwar stets getragen von der zuerst von der auguralen Religion formulierten Überzeugung, dass Recht eine Ordnung des Friedens unter den Menschen ist, die den Frieden ebenso voraussetzt wie ermöglicht. Das Vindikationsmodell ordnete auf diese Weise erst die Lebensbedingungen von Agrarsiedlungen, dann, ohne Kontinuitätsbruch, die Verhältnisse einer timokratischen, in ihren Vermögensverhältnissen durch ein archaisches Geld (*aes*) dynamisierten Bürgerstadt. Der Gedanke, dass Rechtshängigkeit über einen ausgebrochenen Streit den Rechtsfrieden des Gerichts ausbreitet, konnte so von der uralten Grenzregelungsklage auf den städtischen Kreditprozess übertragen werden. Die beiden aufeinanderfolgenden hellenistischen Rechtswissenschaften ordneten das Recht einer sich nach und nach über das ganze Mittelmeer ausdehnenden imperialen Republik, setzten sich damit zwar immer stärker und nicht selten sehr greifbar in Widerspruch zu dem staatsrechtliche Gleichberechtigung der Bürgerstaaten fordernden Grundgedanken ihres Rechtssystems, bewahrten aber dessen Leitgedanken in Gestalt einer freien, sich selbst ordnenden Zivilgesellschaft. Der Prinzipat, mit dem die politische Freiheit endete, hat diesen zivilgesellschaftlichen Leitgedanken nicht ohne Erfolg aufgegriffen und durch das Willensprinzip weiter ausgebildet, indem er die beiden rechtswissenschaftlichen Traditionen in zwei konkurrierenden Rechtsschulen unter seiner Oberhoheit zu einer von Anfang an auf Konvergenz gerichteten Rechtsfortbildung ermächtigte. Der Ertrag dieser Rechtswissenschaft, in deren Literatur die Prinzipien des Dominats, der die Zivilgesellschaft aufhob, nicht eindringen, wurde am Ende der Antike von der Gesetzgebung Justinians kodifiziert. Diese Kodifikation vermochte daher den anschaulichen, die Lebensverhältnisse erfassenden Blick auf das Recht in vollem Umfang zu erhalten. Das sechszeilige Epigramm, das seinem wissenschaftlichen Zentralwerk, den *Digesten*, wie ein Motto vorangeschickt ist, vergleicht denn auch das, was der Leser in seinen Fragmenten findet, mit den farbigen Bildern aller Rechtsverhältnisse, die einst dem Mythos zufolge dank der Kunst des Hephaistos den Schild des Herakles geschmückt haben.

Die vor allem in der Rechtstheorie und römischen Rechtsgeschichte folgenreiche Preisgabe des Denkens in Rechtsverhältnissen, die berechtigen und in Pflicht nehmen, hat eine eigene Geschichte. Savigny hatte es für die jüngste Neuzeit noch einmal erneuert. Nach seiner Lehre bilden nicht die letztlich leicht wieder entdeckbaren materiellen Grundsätze des römischen Rechts das, was das Studium dieses Rechts wertvoll macht, sondern die in ihm angewendete, Anschauung der Rechtsverhältnisse fordernde Methode. In der Praxis und der Rechtsausbildung hat sich dieser für die Gewinnung eines praktischen Urteils unverzichtbare Zugang denn auch weithin behauptet¹.

Für den theoretischen Bruch mit diesem Denken lassen sich dagegen vor allem zwei große zerstörerische Einflüsse nennen. Der eine geht auf Kant zurück. Dieser

¹ Vgl. dazu meine Studie „Savignys Geistigkeit und der Geist der justinianischen Kodifikation. Fortdauernde Wirkung trotz gravierender neuzeitlicher, nationalistischer und idealistischer Missdeutungen“, in: Stephan Meder/ Christoph-Eric Mecke (Hrsg.), *Savigny global 1814–2014* (2016) S. 25–63.

große Philosoph, dessen Bedeutung für die Denkweise der Neuzeit nicht leicht überschätzt werden kann, hatte die zutiefst unglückliche Idee, in dem Recht einen Beweis für den Apriorismus seiner Erkenntnistheorie zu finden, und hat daraus unerschrocken die Konsequenz gezogen, dass, da folgeweise, was das Recht fordert, vor aller Erfahrung wissbar sein muss, ein Richter nach unbestimmten Begriffen, die der Konkretisierung durch die Empirie bedürfen und tatsächlich nicht im Voraus in entscheidungsrelevanter Weise wissbar sind, nicht urteilen kann. Da die für das Recht unentbehrlichen, unbestimmten Begriffe wie die Verkehrssorgfalt oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip zur Konkretisierung notwendig der vorstrukturierten Rechtsverhältnisse bedürfen, deren Berechtigungen sie in ihrer Ausübung kontrollieren, und da es diese Rechtsverhältnisse ebenfalls nur in der Erfahrungswelt gibt, ist diesem Rechtsbild alle Anschaulichkeit genommen. An die Stelle tritt die vom Richter ausgesprochene Verhaltensnorm, die, sobald sie als verallgemeinerungsfähiges Gebot auftritt, am Prestige des „kategorischen Imperativs“ teilhat, dadurch aber letztlich, da sie ihre Geltung nicht aus der als Interpretationsrahmen normativ vorgegebenen Rechtsordnung zieht, grundsätzlich jedes neu auftretende allgemeine Gesetz als ein neues, gegenüber der bisherigen Erfahrung souveränes Apriori aufzunehmen fähig ist. Der Bruch mit der römisch-rechtlichen Tradition, die einem jeden Rechtsverhältnis, in dem es Berechtigungen und Verpflichtungen gibt, deswegen Achtung entgegenbringt, weil es in der „historischen“, d.h. erfahrbaren Wirklichkeit zustande gekommen ist, konnte nicht größer sein². Es kommt hinzu, dass von Kants Kritizismus eine Art „Metaphysik-Angst“ ausgeht, so als würde, wer dem Recht ordnende soziale Wirklichkeit zuschreibt, in einen Zustand der vorkritischen Gläubigkeit zurückfallen und sich als rettungslos altmodisch erweisen. Das ist ganz unbegründet. Man darf und kann dem skeptischen Urteil Ciceros über die Rechtswissenschaft nach seinem analytischen Inhalt voll und ganz zustimmen³ und anerkennen, dass

² Näher ausgeführt habe ich diese vom Rechtsstandpunkt höchst notwendige Kant-Kritik in der Studie „Kants Taube und der luftleere Raum der reinen praktischen Vernunft“, in: Gedächtnisschrift für Mayer-Maly (2011) S. 53–82. Ich möchte die Gelegenheit nutzen, einen an wichtiger Stelle stehenden, verstümmelten Nachweis zu korrigieren. S. 80 Anm. 63 muss es heißen: StVF III 140 (nicht 40) Ziff. 520. Es geht dabei darum, dass im Gegensatz zu Kant, der die Privilegierung des kategorischen Imperativs grundsätzlich jedem zugutekommen lässt, der einem allgemeinen Gesetz gehorcht, die Stoa solche Imperative nur dort kennt, wo der empirisch noch nie nachgewiesene „Weise“ (vgl. unten Fußnote 100) kraft seiner göttlichen Seele das in der konkreten Handlungssituation Gebotene wirklich „versteht“, während der Mensch, wie er einmal ist, nie von der Unsicherheit entlastet wird, ob er mit seinem Tun das konkret Richtige getroffen hat.

³ *pro Murena* 13,28: „tota (sc. scientia iuris) ex rebus fictis commenticiisque constaret“ (*das ganze Rechtswissen besteht aus menschengemachten und erdachten Verhältnissen*). Er formuliert es vor kundigen Ohren, nämlich in einem Verfahren, in dem der Gegner seines Mandanten Serv. Sulpicius Rufus ist, d.h. der Freund und Weggefährte, den die gleiche philosophische Rhetorik der skeptischen Akademie, die ihn selbst zum Redner gemacht hat, zu dem Juristen werden ließ, der die bisherige Jurisprudenz reformiert hat, und zwar in dem zivilisatorisch-humanistischen Geist, der recht eigentlich das „Philosophische“ dieser Rhetorik ausmacht.

das Recht von Anfang an in all seinen Erscheinungsformen ein ordnender und verhaltensleitender Zusatz zur Natur ist, ohne darum genötigt zu sein, seinen Formen und Werten die erlebbare Realität abzuerkennen oder gar ihnen die Achtung zu entziehen. Die geometrischen Linien, welche die Territorien der Staaten oder die Grenzen des Bodeneigentums bestimmen, haben keine Entsprechung in der Natur, sind aber berechen- und auffindbar in sie hineingebracht. Immer wieder eingeforderte und beachtete Werte wie die Verkehrssorgfalt oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip können ein erhebliches Maß von tatsächlicher, sie selbstständig und eigenverantwortlich verwirklichender Verhaltenssteuerung erreichen. Auch ein Haus und die Regeln, nach denen es bewohnt wird, sind menschengemacht. Niemand wird aber jemanden, der als Hausbewohner beide menschliche Hervorbringungen als objektive Gegebenheiten behandelt, für einen unkritischen Kopf erklären.

Der zweite mindestens gleichstarke Einfluss ging von Rudolph von Jhering aus, nicht von dem großen teleologischen Rechtsdenker und auch nicht von dem großen praktischen Juristen, dem die Privatrechtsjurisprudenz viele bedeutende „Entdeckungen“ und Einsichten verdankt, sondern von dem Verfasser des nicht ohne Grund ein Torso gebliebenen Werkes „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“, das mit einer radikalen Einseitigkeit beginnt (das römische Recht kannte danach nur formale, die Freiheit sichernde Berechtigungen), und, da Jhering sie in einer ihn erschütternden wissenschafts-biographischen Krise als solche erkannte, mit einer ebenso radikalen, von ihm nie widerrufenen, sondern nur in anderen Bereichen vermiedenen Einseitigkeit endete: Der einzige Maßstab des in diesem Werk abschließend als vorbildlich dargebotenen römischen Rechts ist die jeweils neu als „gerecht“ erfühlbare Lebensrichtigkeit. Die diese zweite Einseitigkeit wirkungsmächtig formulierenden Worte:

„Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch nothwendig oder unmöglich sein.“

haben – von der richterlichen Praxis und den das römische Recht interpretierenden Romanisten in großem Stil als Verkündung einer endlich erkannten Wahrheit aufgegriffen – von dem zuletzt von Savigny gelehrten Zugang des antiken Römischen Rechts, der im Bewusstsein des Geleisteten stets eine um Ausgewogenheit bemühte Ordnung voraussetzt, die freie Berechtigte nach Gerechtigkeitsprinzipien in Pflicht nimmt, dort, wo sie zur Wirkung gekommen sind, nichts übrig gelassen⁴. Die früh in das allgemeine Kulturbewusstsein aufgenommene Freirechtsbewegung, die für den freiheitlich-zivilisatorischen Wert des Privatrechts keine Empfindung mehr hatte,

⁴ Ausführlich zu dem Gesamtvorgang meine entsprechend differenzierende Studie „Jhering heute! Seine Wirkung als Jurist, Rechtsdenker und Rechtshistoriker der Historischen Rechtsschule“, in: Inge Kroppenberg, Stephan Meder, Nikolaus Linder, Christoph-Eric Mecke (Hrsg.), Jhering global (im Druck).

war die Folge. Dass das Recht in den Händen einer sich für die Gewährleistung der Bürger- und Menschenrechte verantwortlich fühlenden Fachjurisprudenz, wie es die römische Jurisprudenz mit ihrem ein universales *ius gentium* integrierenden *ius civile* vorgemacht hatte, ein hohes, die elementaren menschlichen Existenzbedingungen sicherndes Gut darstellt, war ganz und gar aus dem Blickfeld getreten. Ein viel gelesenes Urteil Ludwig Quiddes, Kritiker des Obrigkeitsstaates und Friedensnobelpreisträger von 1927, zeigt, zu welch absurden Extremen der Einfluss dieser Lehren auch bei einem von seiner grundsätzlich guten Gesinnung nicht ohne Grund überzeugten Mitbürger führen konnte⁵. Die Übernahme dieser Bewegung in die führende Rechtslehre des „Dritten Reiches“⁶ war folgerichtig und hat vor Augen geführt, was es bedeutet, wenn zur Macht gekommene Zwecke des „Lebens“ zu einem Geltung verschaffenden, voraussetzungslosen Apriori des Rechts erhoben werden. Wo sie sich zeigte, war das Recht, das mit seinen Rechtsfiguren und Verhaltenswerten die universale Form des Zusammenlebens freier, einander in ihrer Selbstständigkeit achtender Menschen zu sein bestimmt ist, in schrankenlosester Weise beseitigt. Das über diese Zeit gesprochene Urteil „Das römische Recht war einmal“ beleuchtete in aller Klarheit eine rechtskulturelle Tatsache⁷.

Die folgenden Beiträge, auf die ich nun jeweils dankbar eingehen darf, berühren in ihren Fragestellungen die vier Epochen, durch die das römische Recht zu dem geworden ist, was seine zivilisatorische Bedeutung ausmacht, seine Anfänge, seine von der Entwicklung im Hellenismus geprägte rechtswissenschaftliche Lage im Urteil

⁵ Dessen wahrlich vielgelesene Worte finden sich in seiner 1894 zum ersten Mal erschienenen Schrift „Caligula“, die jetzt in der Fassung der 34sten Auflage von 1926 in der Publikation Karl Holl/Hans Kloft/Gerd Fesser (Hrsg.), *Caligula – Wilhelm II. und der Caesarenwahnsinn. Antikenrezeption und wilhelminische Politik am Beispiel des „Caligula“ von Ludwig Quidde* (2001) wieder leicht zugänglich geworden ist. Sie lauten (a.a.O. S. 47) für die Antike zutreffend (Sueton, Caligula 34): „Die Wissenschaft der Jurisprudenz hat Caligula in der Praxis völlig beseitigen, den Stand der Juristen völlig ausröten wollen. Mag in dieser Juristenfeindschaft auch der gesunde Kern stecken, dass die Existenz einer Fachjurisprudenz dem Wesen des lebendigen Rechts widerstreitet, so ist der Gedanke selbst doch unter den gegebenen Verhältnissen des damaligen römischen Lebens doch wieder echt cäsaristisch.“ In der von Quidde als Gedächtnisprotokoll wiedergegebenen Vernehmung in dem bald nach dem ersten Erscheinen gegen ihn eröffneten und alsbald eingestellten Ermittlungsverfahren hatte ihm der junge Staatsanwalt vorgehalten (loc. cit. S. 74), sich „über die Rechtspflege verächtlich geäußert zu haben“. Quiddes Antwort: „Dazu habe ich volles Recht. Ich darf Staatseinrichtungen verächtlich machen, so viel ich will.“ Vom Standpunkt des *nulla poena sine lege* hatte er Recht. Als vielgehörte Stimme des öffentlichen Lebens trägt er aber eine Mitverantwortung dafür, dass derjenige, der am 26. April 1942 eine gegen Justiz und Richtertum gerichtete Reichstagsrede hielt, sich nicht als ein Caligula fühlen musste, wenn er sagte: „Ich werde nicht ruhen, bis jeder Deutsche einsieht, dass es eine Schande ist, ein Jurist zu sein.“

⁶ Vgl. meine Studie „Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken“ in: R. Dreier, W. Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“* (1990) S. 34–80.

⁷ Vgl. Louis Aragon, *Le droit romain n'est plus*, in: *Oeuvres romanesques croisées d'Elsa Triolet et Louis Aragon*. IV (1964) p. 185–223. Der radikal freirechtliche Hintergrund des Zivilisationsbruches wird an zwei Stellen (S. 191, 205) dieser 1944 verfassten Novelle sachkundig herausgestellt.

Ciceros, die kaiserzeitlichen Rechtsschulen in der Phase der vermittelnden Meinungen und die Rolle des Juristenkaisers Justinian, dem wir die „Kodifikation“ des römischen Rechts verdanken. An allen wird deutlich, wie notwendig es ist, das Recht als beschreibbare soziale Ordnungskraft wieder in die Rechtsgeschichte zu integrieren. Die erfolgreiche Idee der insofern von Cosima Möller vertretenen drei Organisatoren, die Beiträge jeweils in einen Hauptvortrag und eine vorbereitete Stellungnahme zu gliedern, erlaubt dabei eine gewisse, vom jeweiligen Auftakt ausgehende Konzentration.