

Emilio Betti

Probleme der römischen Volks- und Staatsverfassung

A cura e con nota introduttiva

di Sandro-Angelo Fusco e Claudia Beyer-Fusco

Nota introduttiva, di Sandro-Angelo Fusco e Claudia Beyer-Fusco — 1. Grund und Wert einer Lehre der «Antiken Rechtsgeschichte» mit vorwiegender Berücksichtigung des römischen Rechts – 2. Roms völkische Grundlagen – 3. Roms älteste Gesellschaftsstruktur – 4. Die ursprüngliche Verfassung des römischen Bürgerstaates: das Königtum – 5. Übergang zur republikanischen Verfassung – 6. Der Ständekampf – 7. Die XII Tafeln – 8. Das alte *'ius civile'* – 9. Die römische Republik und ihre Verfassung – 10. Volk und Rat – 11. Gesetzgebung in der Republik – 12. Die prätorische Rechtsbildung – 13. Charakter der prätorischen Gerichtsbarkeit – 14. Verfassungsmässige Stellung des Prätors – 15. Grundriss einer Entwicklungsgeschichte der prätorischen Rechtsbildung – 16. Die rechtliche Eigenart der prätorischen Edikte – 17. Das doppelte Recht – 18. Die Rechtswissenschaft des letzten Jahrhunderts der Republik (130-30 a. Chr.) – 19. Wesen der Jurisprudenz – 20. Die Krise der Republik – 21. Der Prinzipat – 22. Entwicklung und Ausdehnung des Rechts zur Zeit des Prinzipats – 23. Gesetzgebung und Edikt in der Kaiserzeit – 24. Die Rechtswissenschaft unter dem Prinzipat – 25. Geltung und Anwendung des römischen Privatrechts im römischen Weltreich – 26. Der Dominat – 27. Sogenannter Verfall der antiken Kultur – 28. Die Rechtsbildung in der nachklassischen Zeit – 29. Die Kaiserzeitgesetzgebung bis auf Justinian – 30. Das Gesetzgebungswerk Justinians – 31. Juristische Problemgeschichte.

Nota introduttiva

Non è improbabile che ci si interroghi sul perché della pubblicazione, dopo quasi ottanta anni dalla sua stesura, di questo inedito corso di lezioni tenuto dal Betti in Germania nell'anno accademico 1937-1938. Con sicurezza è completamente estranea alla presente iniziativa l'intenzione di tornare a mettere in primo piano il Betti «storico» anziché «dogmatico», nel tentativo di portare un ulteriore contributo a quell'annosa diatriba metodologica sull'indirizzo da prediligere nell'analisi delle fonti, che mi permettevo di definire di recente in altra sede¹ come «il 'tormentone' che affligge la Romanistica italiana ... da quasi un secolo: un po' come l'autoflagellazione praticata da alcuni ordini religiosi». A parte i fiumi d'inchiostro – mi sentirei a questo punto di dire «sprecati» – su una polemica che, vien da affermare, ha fatto il suo tempo, il risultato forse più eclatante di tanto dibattere è stato, con la sempre più intensa demonizzazione di un sostanzialmente frainteso «indirizzo dogmatico», la tendenziale marginalizzazione della rilevanza del diritto romano all'interno di uno studio come quello di Giurisprudenza fondamentalmente sentito nella maggior parte delle sue materie come «tecnico». Nel sopravvenuto sviluppo degli indirizzi legislativi comunitari la percezione ormai da es-

¹) Cfr. S.-A. FUSCO, *Giuliano Crifò e il diritto privato romano*, in «ARC., Quaderni di lavoro Tavola Rotonda 2012 (Spello 27 giugno, Commemorazione scientifica di Giuliano Crifò)», Napoli, 2013, p. 33. Cfr. anche più specificamente sul Betti storico della costituzione romana il mio intervento su *Emilio Betti e la storia costituzionale di Roma*, in «Atti del Convegno su E. Betti, Costituzione romana e crisi della repubblica» (a cura di G. Crifò), Perugia, 1984, p. 227-239.

si indotta di una sua «inutilità» o comunque fondamentale e progressiva «estraneità» ha fatto il resto.

Sull'idea bettiana della ovvia storicità del, tuttavia irrinunciabile, momento tecnico (chiamiamolo pure dogmatico o come altrimenti si voglia) si potrebbero fare dai suoi lavori innumerevoli citazioni² il che travalicherebbe però lo scopo dell'attuale presentazione. Sia sufficiente concentrarsi, per la sua semplicità e ad illuminante compendio di ogni altra sua dichiarazione d'intenti, sulla Prefazione al manuale romanistico milanese del 1935³. Nell'obiettivo di lungo termine esso avrebbe dovuto costituire la fissazione per iscritto della sola «parte generale» del corso di Istituzioni che aveva cominciato a tenere a Milano come suo insegnamento esclusivo dal '30-'31 (insieme, ma solo per un anno, all'incarico di Storia). La pubblicazione del manuale – frutto, come ci racconta lui stesso⁴, di «un periodo di febbrile lavoro [spaziatura mia] dall'aprile del '34 al febbraio del '35» – segna un decisivo momento di svolta nel suo impegno didattico che, via dalle precedenti tematiche specialistiche (proprietà, successione, compravendita, negozio giuridico; sempre accompagnate da esercitazioni su casi pratici condotte, com'era uso d'insegnamento all'epoca, con metodo «pandettistico»), si concentra ora più generalmente sull'esposizione sistematica del diritto romano. Alla «dogmatica giuridica» – definita come l'insieme di «funzioni logiche della nostra mentalità giuridica, di predisposizioni e di abiti mentali acquisiti con la tradizione e con l'esperienza, quindi scientificamente controvertibili e storicamente contingenti»⁵ – viene ora con inequivocabile chiarezza attribuita «soltanto una funzione strumentale, rappresentativa: la funzione cioè di servire a raffigurarci il fenomeno giuridico nel modo più rispondente alla sua storica peculiare essenza; onde a un diritto positivo diverso deve corrispondere anche una dogmatica diversa»⁶.

E' un discorso questo che, al di là della pura valenza metodologica, va a proporsi parallelamente, come afferma lo stesso autore, un immediato fine pratico in quanto teso a supportare il tentativo «di ristabilire il contatto tra romanisti e giuristi cultori del diritto vigente, prospettando problemi a questi familiari e cercando di parlare un linguaggio non di gergo, ma a loro accessibile, come quello che essi parlano, o dovrebbero parlare, quotidianamente»⁷. Ma l'intento più profondo sotteso allo sforzo davvero notevole di questo manuale milanese (un volume di oltre 700 pagine!) era stato – accanto a quello di attuare «una duplice finalità strettamente solidale scientifica e didattica [spaziatura del Betti]»⁸ – quello di riuscire a contemperare «con l'ordinamento sistematico ... le esigenze di una visione dei fenomeni schiettamente storica: il cui ideale sarebbe quella viva intuizione della fenomenologia del diritto [di nuovo spaziatura del Betti], che forma ancora una delle maggiori attrattive – pure attraverso le inesattezze – della vecchia e pur sempre fresca opera dello Jhering ... , consapevoli di quel che nella ricostruzione storica c'è e ci sarà sempre di valutazione personale e di genialità intuitiva»⁹.

E' appunto a questo emergere in primo piano della storia, profilatosi negli anni con sempre maggiore insistenza nel pensiero bettiano, che il destino sembra dare pienamente la stura con l'iniziativa dell'Università di Francoforte tesa ad uno scambio di cattedratici con alcune delle maggiori

²) Basti pensare alla nota prolusione milanese del 1927 su *Diritto romano e dogmatica odierna*, in «AG.», XCIX-C, 1928, p. 129-150 e 26-67.

³) E. BETTI, *Diritto romano, I. Parte generale*, Padova, 1935, p. VII-XXVIII. *Si parvis licet*, mi sia consentito, senza qui dilungarmi, di offrire una interpretazione banalizzante del discorso di Betti il quale in fondo nient'altro dice se non che – mi si perdoni il paradosso –, ove si intenda oggi restaurare il Colosseo o la torre di Pisa, non si possa prescindere dalle leggi fondamentali della statica – allora come oggi nella loro essenza valide – pur guardandosi bene dal voler applicare all'indietro le progredite implicazioni tecniche attuali! Le affermazioni sembrano di una tale evidenza da indurre a chiedersi quali possano essere stati i motivi reali di tanta avversità: il saluto finale al Duce in quella prefazione? Nel 1935?

⁴) E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Padova, 1953 (ma 1944), p. 29; se ne veda ora la ristampa Padova, 2014, a cura di Eloisa Mura.

⁵) BETTI, *Diritto romano*, cit., p. XVII.

⁶) Cfr. *ibid.*

⁷) BETTI, *Diritto romano*, cit., p. X.

⁸) BETTI, *Diritto romano*, cit., p. VII.

⁹) BETTI, *Diritto romano*, cit., p. X.

università italiane per l'anno accademico 1937-1938. Da questa opportunità – di cui Betti viene a conoscenza quasi incidentalmente nel gennaio del 1937 e che lo coinvolgerà non, come in altre circostanze¹⁰, da semplice inviato ministeriale ma da docente¹¹ e per un periodo sufficientemente lungo, un intero anno accademico – egli si sente subito interiormente spinto a dedicarsi (con autentico entusiasmo e abnegazione, come si evince dal ricordo che ne dà nella sua autobiografia)¹² alla preparazione sistematica dei dattiloscritti di «un complesso corso di diritto romano in lingua tedesca [spaziatura mia], che rispondesse alla funzione didattica di storia e istituzioni propria della 'Antike Rechtsgeschichte' e, insieme, alla parallela natura pandettistica delle esercitazioni: un compito la cui difficoltà [e questo dà conto della decisione di pubblicare qui il testo in lingua originale: ndc.] era tanto maggiore per chi si poneva la esigenza implacabile di scrivere e parlare secondo lo spirito della lingua, e cioè in buon tedesco, non già in un tedesco italianizzato»¹³.

In effetti, diversamente dai corsi precedenti di Parma e Milano e in specie dal sopra ricordato manuale del '35¹⁴ – che si apriva con «Il diritto obbiettivo e le sue fonti» e «Fasi e partizione interna del diritto positivo romano»¹⁵ nelle sue diverse articolazioni –, il qui edito dattiloscritto tedesco del '37-'38 inizia con una lunga (dodici pagine) riflessione su «Grund und Wert einer Lehre der 'Antiken Rechtsgeschichte' mit vorwiegender Berücksichtigung des römischen Rechts». Una riflessione sostanzialmente diretta a contestare il rigetto, che si andava facendo strada, della secolare tradizione romanistica sotto la pretestuosa immagine che si trattasse del tentativo di conservazione di un passato degenerato in «antiquarismo»¹⁶ anziché riconoscerci – e il richiamo è qui esplicitamente al Jaeger – una cosciente presa di posizione critica al fine di selezionare quanto in quel passato vi fosse di migliore e alla ricerca di quello che, al di fuori della pura tradizione, ci possa toccare più da vicino, coinvolgendoci con più forza e al tempo stesso educandoci. Il messaggio di fondo è che il passato non ci deve interessare in quanto è stato, ma piuttosto in quanto in un certo senso è ancora, perché fa parte in altri termini di un contesto comprensivo di quello che siamo abituati a considerare l'universo della storia¹⁷.

C'è in questo una sorta di interessante anticipazione – forse mediata dal condotto ideale attraverso Schleiermacher (presente già allora nella formazione bettiana) indietro fino a Novalis e Schlegel – di quella «presentificazione del passato» che costituisce oggi il nocciolo della riflessione metodologica di storici attuali di primo piano come ad esempio Reinhart Koselleck¹⁸. Comunque non c'è dubbio che Betti si muova pienamente nel solco dello storicismo tedesco, da Droysen a Weber a Meinecke, e ce ne dà del resto apertamente conto. La sua idea guida è che il nascere e il divenire del diritto non siano frutto del caso o di una predisposizione genetica, ma siano piuttosto risultato di un lento e graduale attuarsi di condizionamenti culturali che determinano, nella loro sostanziale uniformità tra i diversi popoli, un altrettanto uniforme processo di formazione del diritto che spiega ad esempio le affinità tra istituti assiro-babilonesi, greci, germanici e romani¹⁹. Il progressivo espandersi dell'Impero romano aveva da una parte agevolato e dall'altra cavalcato questo processo, diremmo oggi, di «globalizzazione», cristallizzandosi infine nel diritto giustiniano come il diritto universale prodotto

¹⁰ Cfr. *infra*, p. 7 s.

¹¹ ID., *Notazioni*, cit., p. 33: cfr anche *infra*, p. 9.

¹² Cfr. ID., *Notazioni*, l.u.c.

¹³ Cfr. *ibid.*

¹⁴ Si veda *supra*, nt. 3.

¹⁵ Sezioni I e II, da p. 1 a p. 66.

¹⁶ «Antiquitätentum»: cfr. *infra*, p. 19.

¹⁷ Cfr. *ibid.*: «Man schüttelt ab, was bloß Tradition war und hebt aus ihr hervor, was uns innerlich ergreift, was noch mit unmittelbarer Wucht zu uns redet, mithin auf uns erzieherisch wirken kann. Denn das Vergangene interessiert uns nicht darum, weil es war, sondern weil es in gewissem Sinn noch ist, weil es in dem ganzen Zusammenhang der Dinge steht, den wir die geschichtliche Welt nennen».

¹⁸ Si veda ad esempio R. KOSELLECK, 'Spazio di esperienza' e 'orizzonte di aspettativa': due categorie storiche, in *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt a.M., 1979, trad. it. – *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici* –, Bologna, 2008, ad esempio p. 304: «L'esperienza è un passato presente ...».

¹⁹ Si veda *infra*, p. 13.

dell'antica cultura ormai espansa a tutto l'orbe ellenistico-romano²⁰.

E' muovendo da questo tracciato dello sviluppo storico che il Betti cerca ora di riflettere insieme al suo uditorio sulla probabile causale del, vien fatto di dire, 'successo' ampio e duraturo di quel diritto: successo che lui tende a ricondurre, a parte la instauratasi situazione geopolitica accennata, non tanto e non solo alla sua agevole recepibilità contenutistica quanto alla strutturazione tecnico-formale ideata per quei contenuti²¹. E' qui che si palesa – e rivela ancora una volta la sua radice tutt'altro che «pandettistica» – l'idea prettamente bettiana dell'inscindibile connessione, quasi ontologica, dell'aspetto storico e dell'aspetto dogmatico (nel senso tecnico-strumentale sopra illustrato) a caratterizzare il fenomeno giuridico. Di ciò – sottolinea – si è andato impregnando, con la mediazione della Recezione a partire dal XVI secolo, anche il diritto privato tedesco nella sua doppia sostanza di diritto particolare (città o regioni) e di Pandektenrecht come elaborazione del diritto romano in veste mutata²². Fino all'inizio del XX secolo, cioè fino all'entrata in vigore del «BGB.», questo doppio filone ha costituito, nella sua felice sintesi, la forza dirompente del diritto privato tedesco²³. E' importante qui – in considerazione del tipo di pubblico cui egli in quell'occasione si rivolgeva – sottolineare il fatto che il Betti non mancasse di ribadire a più riprese come questa tendenza alla strutturazione tecnico-formale, elemento precipuo e pregio della realtà giuridica romana, fosse stata invece allora del tutto estranea al mondo indogermanico²⁴.

Tutto il corso bettiano di Francoforte si dipanerà sostanzialmente da questa premessa, che, a differenza dei corsi di lezione italiani degli anni Venti e Trenta, proseguirà poi con un'ampia (oltre 30 pagine) trattazione degli aspetti etnici e sociali dell'Italia preromana e romana per passare poi agli aspetti costituzionali, processuali e giurisprudenziali nelle loro evoluzioni giù giù fino alle codificazioni tardoantiche. Senza ripercorrere ora tutto il cammino del suo discorso, è interessante constatare come Betti recuperi qui, ampliandolo, quel filone più prettamente «storico» che aveva trovato attuazione, a partire dalla tesi di laurea nel 1913²⁵, in una fitta serie di approfondite ricerche di stampo storico e filosofico²⁶ da cui avrebbe poi finito per derivare in ultima analisi quella sua repu-

²⁰ Cfr. *ibid.*: «So war das Justinianische Recht, das im modernen Europa zur Aufnahme gelangte, kein streng nationales im Sinn der Historischen Schule, sondern das Universalrecht der antiken Kulturwelt, ein Erzeugnis der das römische Reich beherrschenden hellenistisch-römischen Kultur. Vermöge dieser Universalität konnte das römische Recht auch in die nationalen Rechtskreise des modernen Europas wahrscheinlich leichter eindringen».

²¹ Cfr. *ibid.*: «Aber ein weiterer Umstand wirkte entscheidend mit, der im letzten Grund die Überlegenheit des römischen Rechts gegenüber der vorgefundenen Nationalrechten ausmachte. Nicht so sehr jene stoffliche Universalität ... begründete dessen Überlegenheit, d. h. nicht so sehr der Stoff, ... als die Form, die diesem Stoff durch die römische Rechtswissenschaft aufgedrückt worden war. ... seine welthistorische Rolle beruht letztthin auf der Eigenart dieser formaltechnischen Ausgestaltung».

²² Cfr. *infra*, p. 14: «Das gemeine deutsche Privatrecht war ein den deutschen Verhältnissen angepasstes römisches Privatrecht und die Wissenschaft vom Pandektenrecht bedeutete eine Wissenschaft von dem römischen Privatrecht in der veränderten Gestalt, die es als «heutiges» gemeines Recht gewonnen hatte. Natürlich hatte das Pandektenrecht nicht vermocht, das während des Mittelalters in zahlreichen Stadt- und Landrechten zur Ausbildung gebrachte einheimische deutsche Privatrecht zu verdrängen».

²³ *Infra*, p. 14: «So hatte Deutschland, gemäß dem doppelten Ursprung seines Privatrechts, eine doppelte Privatrechtswissenschaft. Die Pandektenwissenschaft war die ältere; ihr gegenüber errang in stetig steigendem Maß die nachgeborene Wissenschaft des deutschen Privatrechts innere Selbstständigkeit, indem sie deutsche Rechtsgedanken festhielt und entwickelte. Das rezipierte römische Recht brachte mit seinen Begriffen und Kategorien die technischen Mittel, mit seinem ungeheuren Inhalt einen reichen Stoff für Gesetzgebung und Rechtslehre; überall wurde es allmählich der strenge Erzieher der deutschen Rechtswissenschaft bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts».

²⁴ Si veda per esempio *infra*, p. 13: «Hier kommt eine spezifisch römische Eigenschaft zum Vorschein: die juristische Anlage, kraft derer die Römer Europas juristische Lehrmeister geworden sind. Eine solche Anlage war kein indogermanisches Erbe: denn sie fehlte den anderen indogermanischen Völkern des antiken Kulturkreises. Sie muss als eine Tatsache hingenommen werden, die dem römischen Recht seine eigentümliche Signatur verleiht».

²⁵ Su «La crisi della costituzione repubblicana in Roma e la genesi del principato»: cfr. le sue *Notazioni autobiografiche*, cit., p. 12.

²⁶ Su tutto ciò e sulle «strane» incomprensioni circa l'essenza e la finalità dell'intero impegno di ricerca bettiano sia consentito di rinviare al ricco e circostanziato lavoro di G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in «Quaderni Fiorentini», VII, 1978, p. 165-292. Allora (quasi quarant'anni fa) Crifò scriveva ad esempio (p. 169) del silenzio che sembrava circondare in Italia l'opera del Betti come di un «fenomeno di sostanziale rimozione» e

tazione iniziale ricordata da lui più tardi – tra il meravigliato e il deluso – con l'icastica affermazione che «i giuristi continuavano a trovarlo troppo 'storico' e poco esegeta, ossia poco giurista»²⁷.

E' un Betti dunque sostanzialmente diverso dal suo nel frattempo acquisito abito accademico quello che si palesa nello scambio tra Francoforte e Milano del '37-'38. Un Betti subito pienamente compenetrato nella difficoltà del compito, intenzionato ad immergersi con tutto se stesso in quell'ambiente culturale tedesco che sempre tanto aveva amato, oltretutto stavolta – come già ricordato – in modo «più duraturo, e non come semplice turista, ma come insegnante».

E chiara traccia se ne riconosce in realtà fin dalle prime battute del corso vero e proprio: già nella seconda lezione (del 4 novembre, un giorno dopo la introduzione metodologica sulla «Antike Rechtsgeschichte») il Betti sente infatti la necessità di fornire ai suoi uditori una chiarificazione di ciò che costituisce per lui la vera essenza di una lezione²⁸. Quale ne deve essere l'utilità per chi la segue? Non certo il semplice beneficio derivante dalla delucidazione, dalla erogazione di informazioni (ché per questo basterebbero i manuali), bensì in primo luogo lo stimolo allo studio e l'orientamento nella sua effettuazione, e poi, in conseguenza di ciò, la formazione spirituale, l'autoeducazione. La finalità della lezione va dunque sempre vista nella formazione (e non solo di chi ascolta, ma anche di chi insegna)²⁹. E fin qui si potrebbe dire che il suo discorso non si discosti da quelle che sappiamo essere state le sue aspettative usuali³⁰. Ma è a questo punto che il Betti sembra alzare invece notevolmente la mira. La condizione irrinunciabile, sottolinea, perché la lezione raggiunga il suo obiettivo è però che da parte degli studenti la si vada a seguire con viva e operosa partecipazione, con un interesse profondo, un interesse che sgorgi dal presente, dalla esistenza attuale, tale da rievocare in modo fremente nell'animo dell'ascoltatore il passato storico analizzato³¹. Un atteggiamento questo di congenialità che, traducendosi in cooperazione attiva ed attenta, si renderà anche esteriormente riconoscibile al docente nella consonante espressione dei volti³².

L'entusiasmo del Betti avrebbe dovuto subire ben presto una brusca frenata. Col senno del poi la enunciazione nella veste sopra riportata delle premesse del corso non può suonare per noi oggi che come una sorta, a dirla con García Márquez, di cronaca di una morte annunciata. Da una parte la insistentemente affermata forza dirompente e soprattutto la rivendicata esclusività del momento tecnico-giuridico del diritto romano rispetto al mondo indogermanico³³ e dall'altra, in tale prospettiva, il desiderio pressante di una quasi ascetica immedesimazione degli uditori nel comune intento di-

cercava di indicarne le cause.

²⁷) Cfr. ancora *Notazioni*, cit., p. 16.

²⁸) Cfr. *infra*, p. 20: «Gerade am Anfang des eigentlichen Kurses. halte ich es für zweckmäßig, Sie über meine Auffassung des Wesens einer Vorlesung aufzuklären».

²⁹) Cfr. *ibid.*: «Was soll überhaupt eine Vorlesung sein und was soll sie leisten? ... kein bloßer Unterricht, keine bloße Information (dazu sind die Bücher da), sondern: unmittelbar Anregung und Orientierung zum Selbststudium; mittelbar, nach Maßgabe solcher Anregung, geistige Bildung, Erziehung. Zweck einer Vorlesung ist schließlich immer Bildung (und nicht nur der Zuhörer, sondern auch des Vortragenden)».

³⁰) Qualcosa di simile aveva espresso anche nella prefazione al *Diritto Romano*, cit., p. XI.

³¹) Cfr. *infra*, p. 20: «Damit aber die Vorlesung ihren Bildungszweck erreichen kann, tut eines vor allem not: nämlich, dass dem Vortrag seitens der Zuhörer ein lebendiges Interesse entgegengebracht werde, dass sie ihm mit einer lebendigen Anteilnahme zuhören. Ich meine ein aus der Gegenwart, aus dem heutigen Leben entspringendes Interesse, das bei einer rechtshistorischen Vorlesung die dargestellte Vergangenheit im Geist der Zuhörer schwingen lässt».

³²) Cfr. *ibid.*: «... eine kongeniale Anlage, ... eine geistige Mitarbeit [spaziatura del Betti] zwischen Vortragenden und Zuhörern ... keine einseitige Mitteilung von oben herab, ... sondern ein zweiseitiger Vorgang, bei dem die Zuhörer berufen sind, mit wachsamer Aufmerksamkeit mitzuwirken, und zwar in einer dem Vortragenden selbst erkennbaren Weise ... durch den geistigen Einklang ihrer Gesichter».

³³) Che questo fosse un punto centrale e non risultato accidentale dell'impegno didattico bettiano a Francoforte si estrae con chiarezza dal rapporto inoltrato il 18 marzo 1938 al Ministero: cfr. E. BETTI, *Per la nostra propaganda culturale all'estero*, in «Studi G. Pacchioni», Milano, 1939, p. 5-32, qui p. 16: «Fine costante dell'autore fu quello d'interessare un uditorio tedesco nell'espone la peculiare formazione storica e la fine architettura concettuale del dir. romano pubblico e privato. Nessuna occasione fu trascurata per mostrare la profonda continuità storica che lega il dir. dell'Europa odierna al dir. di Roma, e per confutare balordi pregiudizi [spaziatura mia] oggi correnti in Germania circa il valore e il carattere del dir. romano».

dattico e di autoeducazione non potevano non suonare in area culturale tedesca (e in quella attualità: si badi bene, nel 1937/1938, nel pieno fiorire della Hitler-Jugend³⁴, di fronte alla sempre maggiore diffusione delle idee nazionalsocialiste e in un clima politico internazionale di estrema tensione, prodromo dello scoppio, di lì ad un anno, della guerra) quanto meno estranei se non addirittura per molti provocatori.

Nel rapporto inviato al Ministero il Betti si vede costretto ad ammettere che «il risultato raggiunto a Francoforte non corrispose all'entità dello sforzo» e a lamentare «lo scarso interessamento degli studenti»; e non mancherà di esortare nel contempo le autorità competenti a fare tutto il possibile «per evitare che in avvenire lo scambio culturale cada su terreno refrattario»³⁵. Né diversa fu la situazione nel semestre estivo del '38. Del corso sul negozio giuridico, corredato di esercitazioni, Betti riferirà: «Dopo una vana attesa dipendente dalla mancanza di qualsiasi interesse da parte degli studenti di Francoforte, questo doppio corso non poté essere iniziato che ai primi di maggio davanti a un ristretto uditorio. Poterono essere effettivamente tenute solo 15 lezioni ...: il loro effetto utile fu praticamente assai limitato»³⁶. A puro titolo di raffronto, non è che le cose andassero meglio nelle Università limitrofe: un suo corso parallelo di 6 esercitazioni a Bonn vede la presenza di 4 dottori in Giurisprudenza (dunque non certo un successo di pubblico nonostante la presenza dello stesso Kunkel), e delle 10 lezioni tenute a Colonia informa che mentre la prima «suscitò vivo interesse e un notevole concorso di pubblico, le successive non richiamarono un concorso apprezzabile degli studenti di quella Università»³⁷.

La conclusione che Betti trarrà da tutto ciò ha un sapore amaro che rende ancor più apprezzabile l'impegno e l'accuratezza da lui profusi nella redazione del corso qui edito, della cui scarsa presa nel clima universitario imperante all'epoca gli venivano inequivocabili segnali. Vale la pena, ai fini di un corretto inquadramento scientifico e politico-culturale del lavoro qui in edizione, riportare testualmente le frasi salienti dello «sguardo retrospettivo» da lui offerto nel '38 alla considerazione del Ministero: «Dato il vigente ordinamento degli studi nelle Facoltà giuridiche tedesche e l'attuale orientamento dello spirito pubblico, l'insegnamento del diritto romano in Germania è, allo stato attuale delle cose, privo di qualsiasi efficacia educativa. ... [Alla] mancanza d'interesse pratico ... si aggiunge la mancanza d'interesse scientifico, causata ... in particolare da una campagna condotta da anni contro il diritto romano ... (per esempio che il diritto romano sarebbe stato individualistico e antisociale, privo d'ogni esigenza etica di solidarietà e di ogni spirito di comunione, che i giuristi classici sarebbero stati dei non-ariani, che la recezione del dir. rom. in Germ. sarebbe stata una sciagura nazionale e così via). L'orientamento generale dello spirito pubblico in senso angustamente nazionalista e razzista porta, poi, a svalutare tutto quanto sappia di cultura 'straniera', estranea alla razza 'nordica' e al suo genio, e induce a guardare con intransigente diffidenza a ogni presunto tentativo di 'importazione'»³⁸.

L'impegno febbrile nell'opera di docenza a Francoforte va inteso dunque nell'ottica di un disperato tentativo che Betti aveva con convinzione intrapreso per portare alla coscienza di quelli che individuava come «gli strati delle persone colte» l'importanza del diritto romano non quale nostalgico recupero di quello che era stato l'atteggiamento del Romanticismo e nemmeno come oggetto d'una sorta di antiquariato culturale, ma al contrario, al di là della «pura erudizione storica nell'ambito di una 'antike Rechtsgeschichte' meramente facoltativa, ... [quale] parte viva e integrante dell'educazione giuridica, elemento inseparabile della disciplina mentale del giurista odierno»³⁹. L'inquietudine

³⁴) E' lo stesso Betti a lamentare a questo proposito – cfr. *Per la nostra propaganda*, cit., p. 20 – che gli studenti siano «talmente impegnati dall'Arbeitsdienst e da cento altre occupazioni che per gli studi resta loro un margine di tempo relativamente piccolo».

³⁵) *Per la nostra propaganda*, cit., p. 16.

³⁶) *Per la nostra propaganda*, cit., p. 17.

³⁷) Per entrambi i corsi si veda ancora *Per la nostra propaganda*, cit., p. 18.

³⁸) *Per la nostra propaganda*, cit., p. 20 ss.

³⁹) *Per la nostra propaganda*, cit., p. 23.

concreta del Betti è che con l'espansione del mondo germanico nell'Europa centro-orientale (non dimentichiamo che in realtà da pochi giorni, il 12 marzo del '38, era avvenuto il cosiddetto Anschluss dell'Austria alla Grande Germania e di lì ad un anno, il primo settembre del 1939, le finora preoccupanti avvisaglie politiche si sarebbero concretizzate con l'avvio dell'occupazione militare della Polonia!) l'orientamento negativo da lui constatato vada ad operare anche in quelle regioni di tradizionale cultura latino-romana. Non a caso di lì a poco sarà costretto a rimarcare che già con l'annessione austriaca le temute conseguenze si sono davvero verificate: «Il prof. Wenger ha visto cadere – scriverà⁴⁰ – il suo imponente auditorio a 3 o 4 studenti. Non sembra che i romanisti austriaci di tendenza nazionalistica si siano resi conto della gravità del fatto. ... Ed è melanconico constatare che noi [Italiani] non siamo stati in grado di frenare in qualche modo questo fatale andare».

Con l'entrata in guerra anche dell'Italia il 20 giugno del 1940 il fragore delle armi si sovrapporrà ormai purtroppo definitivamente a questi accenti di malcontento e di protesta.

Per quanto riguarda gli aspetti più prettamente editoriali della qui offerta pubblicazione del corso, va sottolineato che non è stato davvero facile tentare di dare alle stampe in forma organica questi inediti dattiloscritti romanistici bettiani. E ciò non soltanto per i problemi di riordino materiale delle pagine, a volte mescolate tra loro o con strani rinvii o infine sbiadite dal tempo. La vera difficoltà nasceva piuttosto da altri, diversi ordini di motivi.

Innanzitutto è ovvio che della sorta di piccolo manuale che ne risulta vada data da parte del lettore una valutazione con uno sguardo che parta dal 1937/'38: quindi premesse, preoccupazioni, impostazioni didattiche e contenuti vanno riferiti a quegli anni. Lo stesso vale ovviamente per la bibliografia, i cui riferimenti non sempre sono chiaramente identificabili e che quindi si è preferito toccare il meno possibile.

E' indispensabile inoltre tener conto delle circostanze di, per così dire, 'gestazione' del corso. A parte le radici contenutistiche nella pluriennale esperienza d'insegnamento a Camerino, Firenze e soprattutto Parma e Milano (con i relativi esiti editoriali presso la Cedam di Padova), non va trascurato che le linee generali nascono in quella cornice della cura dei rapporti culturali tra il mondo di lingua tedesca e l'Italia alla vigilia della seconda guerra mondiale di cui si è appena parlato. Le prime stesure di tracce espositive, poi certamente qua e là rifeuse nel dattiloscritto di Francoforte, risalgono al maggio del 1936 e sono redatte dal Betti in vista di semplici c o n f e r e n z e, quindi non di un vero e proprio corso di lezioni, pur se tenute – come lui stesso riferisce⁴¹ – «sempre in università e ad un pubblico formato bensì prevalentemente di studenti, ma anche di professori e di giudici». La prima di queste conferenze (rigorosamente in quella lingua tedesca che Betti aveva con passione appreso ed esercitato già nella più giovane età) fu tenuta, con il significativo titolo «*Methode und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts*», a Zurigo il 25 maggio e ripetuta a distanza di pochi giorni a Francoforte sul Meno, Colonia, Amsterdam, Vienna⁴². Lo scopo – poi esplicitamente messo in evidenza nella relazione inoltrata al Ministero⁴³ – era stato già allora quello da sempre radicato nella concezione bettiana e, come si è visto sopra, insistentemente ricorrente nelle sue prese di posizione, ufficiali e non, cioè «di procurare una più esatta comprensione dello studio odierno del diritto romano dissipando equivoci^[44] di recente diffusi in Germania» e accentuando «il valore educativo (così tecnico come etico) di uno studio ... non come materia di pura erudizione, ma come strumento di disciplina mentale ... che ... continui a costituire compito comune di tutti i giuristi europei»⁴⁵.

⁴⁰) *Per la nostra propaganda*, cit., p. 22.

⁴¹) Nella relazione da noi più volte citata in data 18 giugno 1936 al Ministero degli Esteri: cfr. *Per la nostra propaganda*, cit., p. 6.

⁴²) Rispettivamente il 28 maggio, il 3 giugno, il 4 giugno e il 10 giugno.

⁴³) Cfr. *Per la nostra propaganda*, cit., p. 5 s.

⁴⁴) Ne parlerà più tardi come di «balordi pregiudizi»: cfr. *supra*. nt. 33.

⁴⁵) Già nel 1936 ha modo, soprattutto come ripercussione di incontri fatti alla Akademie für Deutsches Recht di Monaco, di veder confermate le proprie impressioni su «l'indirizzo generale del socialismo nazionale e le tendenze particolari, miopemente antistoriche e isolazionistiche, che ispiravano i giuristi tedeschi nella riforma della propria legislazione di diritto privato». E' questo che, anche a seguito dei suoi viaggi ad Oxford e Parigi, lo farà

Ma il motivo maggiore di difficoltà nasce dal fatto che nell'ambito dello scambio tra Milano e Francoforte del '37-38, quindi ad un solo anno di distanza, il quadro cambia completamente. Betti si sente adesso chiamato ad un'incombenza completamente diversa, sia come contenuti che come impianto (qui didattico e precedentemente invece semplicemente espositivo, quando non addirittura propagandistico): si trattava ora cioè di strutturare un corso completo di lezioni che toccasse non soltanto l'aspetto metodologico, ma l'intero arco del nascere e divenire del diritto romano, per di più in un'ottica che contemplasse partecipazione di studio da parte degli uditori ed esercitazioni pratiche. Le lezioni del semestre invernale ebbero inizio il 3 novembre 1937, dapprima con una lettura fedele del dattiloscritto tedesco faticosamente per l'occasione apprestato⁴⁶. Di questa pedissequità espositiva il Betti si scusa addirittura apertamente con i suoi studenti, adducendo la propria inadeguatezza linguistica⁴⁷, mentre dal nostro punto di vista sono queste le pagine di maggiore finitezza. Ché già a partire dal 19 novembre, quindi solo dopo poche sedute, «cominciò – come scrive Betti come al solito di se stesso in terza persona nell'autobiografia⁴⁸ – a valersi della lezione scritta a guisa di semplice traccia e ad esporre liberamente [*spaziatura mia*]; nella esercitazione faceva una esposizione libera valendosi di schematici appunti [*di nuovo spaziatura mia*]». Questo fatto, oltre alla diversa quantità di fonti e letteratura esaminata di volta in volta – nonché al probabile sempre più frequente utilizzo, non solo nelle esercitazioni, di interventi discorsivi che ovviamente non potevano rispecchiarsi nella stesura scritta –, può dar ragione della disuguale estensione e qua e là stringatezza di alcune tracce dattiloscritte: si veda per tutte la lezione 31 che, nella sua brevità e nel fatto che contenga unicamente una citazione del von Gierke, non è altrimenti interpretabile che come semplice stimolo ad una discussione: che poi avrà impegnato (o avrebbe dovuto impegnare!) i partecipanti per il resto del tempo di lezione.

C'è infine un problema di numerazione delle lezioni. L'attività didattica del semestre invernale – come si legge nel rapporto al Ministero – si concluderà il 25 febbraio 1938 dopo complessive «65 lezioni, 10 esercitazioni⁴⁹ espositive ed esegetiche, 7 esercitazioni di seminario (di due ore ciascuna) con esegesi approfondita di testi e discussione di questioni giuridiche»⁵⁰. Se, a giudicare dai contenuti dei dattiloscritti che qui si pubblicano, da questi complessivi 82 interventi didattici vanno escluse le 30 lezioni dedicate al diritto privato e le 12 sul processo – quindi complessivamente 42 lezioni di diritto privato e processuale⁵¹ – rimangono 40 interventi per la sezione che – identificabile con quella qui pubblicata – sempre dal Betti viene definita «una prima parte ... dedicata alla storia della costituzione sociale e politica e alla formazione del diritto (fonti)»⁵². Sennonché proprio lui⁵³ ci descrive questa parte come «comprendente 22 lezioni oltre quella introduttiva»!

Dall'originale a nostra disposizione è desumibile invece un elenco di 31 partizioni⁵⁴ con testi di lunghezza maggiore o minore, probabilmente come si è detto in relazione a discussioni, trattazioni di fonti o riepiloghi previsti nel corso di ciascuna lezione. Va però tenuto presente che nel semestre estivo 1938 il Betti è invitato anche a tenere «Gastvorlesungen» ed esercitazioni romanistiche

dichiarare avverso «ad ogni forma di unilaterale nazionalismo e di angusto provincialismo dello spirito»: cfr. per tutto ciò le sue *Notazioni autobiografiche*, cit. [pubblicate nel 1953 ma scritte «sibi et paucis amicis» – come ci dice là nella *Prefazione* – nel giugno del 1944], p. 32 s.

⁴⁶ Cfr. *Per la nostra propaganda*, cit., p. 16: «... qua e là venne messa a profitto anche qualche esposizione tedesca di singoli istituti nei limiti in cui ciò parve possibile e opportuno; ma la struttura del corso e talune parti sostanziali vennero composte ad hoc con arduo lavoro e con cura assidua».

⁴⁷ Cfr. la seconda lezione, qui a p. 20.

⁴⁸ Cfr. ancora *Notazioni*, cit., p. 34.

⁴⁹ «Per principianti» le definirà più tardi: così in *Notazioni*, cit. p. 34.

⁵⁰ Cfr. il testo della relazione in *Per la nostra propaganda*, cit., p. 15.

⁵¹ In cui a detta dello stesso Betti «venne fusa una buona parte del manuale italiano dell'autore, previamente tradotto in tedesco (circa 230 pagine a stampa)»: vedi ancora *Notazioni*, cit., p. 16.

⁵² Di nuovo *Notazioni*, cit., p. 15.

⁵³ Cfr. *ibid.*

⁵⁴ Sulla diversa ampiezza dei corsi tenuti a Colonia (soltanto sette partizioni) e Francoforte, cfr. G. CRIFÒ, *Una lezione di Emilio Betti*, in «Estudios A. D'Ors», Pamplona, 1987, p. 383 nt. 10.

nelle Università di Bonn («un corso di 6 esercitazioni esegetiche di dir. romano ... , al quale presero parte con vivo interesse 4 dottori in giurisprudenza e lo stesso Prof. Kunkele»⁵⁵) e Colonia («un corso di 10 ore su taluni problemi della costituzione sociale e politica di Roma»⁵⁶). E' dunque plausibile che la contemporanea cura di queste molteplici attività didattiche abbia potuto portare a congiungimenti o ritagli differenti dei contenuti, estratti da quel dattiloscritto tedesco che tanto impegno nel 1937 gli era costato prima dell'inizio ufficiale dei corsi⁵⁷. La diversa lunghezza delle partizioni (vedi ad esempio la 9, la 10 e la 11; e ancora la 13 e la 21) è inoltre ragionevolmente riconducibile a discussioni con gli studenti, a riepiloghi o alla trattazione specifica di fonti ritenute per l'occasione particolarmente rilevanti. Per farla breve – e anche in considerazione dell'esperienza personale di ognuno di noi relativamente alla costruzione e all'uso flessibile e circostanziale delle proprie tracce di lezione –, non sembra utile attardarsi ulteriormente su riflessioni congetturali di partizione e numerazione.

Mi sia consentita piuttosto qui – in tutta umiltà ed utilizzando primariamente le parole dello stesso Betti⁵⁸ – un'osservazione di tipo psicologico-caratteriale sulla intensa immedesimazione nel compito di cui Betti ci dà testimonianza in questa occorrenza, percepita in quel periodo della sua vita come cruciale: nel '36 è ormai un uomo di quarantasei anni, dalle molteplici esperienze scientifiche in Italia e all'estero, ma pur sempre evolutosi da quel suo ormai lontano passato da germoglio di provincia, che in maniera toccante ci descrive lui stesso in autobiografia: «ragazzo animato dal desiderio di adempiere con la più scrupolosa esattezza tutto quanto è suo dovere (preparazione coscienziosa, emulazione dei migliori, attenzione ai maestri, senso di disciplina), con orizzonte intellettuale limitato [!], ma con cuore aperto ...»⁵⁹. E' ancora questa originaria concezione morale profonda, quasi religiosa, di vita doverosa che lo avrebbe spronato, tanti anni dopo, al primo ciclo di conferenze in tedesco in Svizzera, Germania, Olanda e Austria al fine di «difendere l'indirizzo sistematico nello studio del diritto romano e propagandare la funzione educativa, ... una missione di cultura e di propaganda scientifica [evidenziazione mia] spontaneamente assunta». Quando nell'ottobre del 1937 il Ministero lo invierà da Milano a Francoforte – a seguito di quella proposta di avvicendamento di cui dal gennaio era venuto per caso a conoscenza – «in scambio e vece del Prof. Erich Genzmer, la redazione del corso romanistico [tedesco] era già bene avviata; e sebbene restasse da stenderne la più gran parte, la fede nella propria missione educativa era nel docente [egli stesso, come si è detto] così viva da ispirargli la fiducia che le proprie forze sarebbero per dimostrarsi pari al grave compito»⁶⁰. E' una sorta di ritrovata giovinezza che sembra spingerlo in questa particolare, certo anche per lui inconsueta, opera d'insegnamento. Il Betti ne è pienamente cosciente e vi si immedesima con energia, come emerge apertamente dalle sue dichiarazioni non soltanto ufficiali: «In realtà l'insegnamento all'estero – ricorda nell'autobiografia⁶¹ –, facendo appello a tutte le sue forze e acuendo il suo senso di responsabilità, segnò una rinascita della vocazione didattica, che nel precedente anno '36-37 a Milano ... si era illanguidita»⁶². Ma non si tratta del solo aspetto lavorativo. Ricomincia ad esempio a scrivere un diario, come dieci anni prima (nel '27), stavolta in tedesco «per esercizio d'intimità con una lingua del proprio pensiero»⁶³. Interessanti sono le annotazioni di appena due mesi dopo l'inizio del corso: vi si parla di impegno e sacrificio coinvolgenti l'intera personalità⁶⁴, parallelamente si sottolinea il riacquistato vigore e, al di là del risveglio della

⁵⁵) Così testualmente nella relazione in *Per la nostra propaganda*, cit., p. 18; cfr. anche *supra*, p. 6.

⁵⁶) Cfr. *ibid.*

⁵⁷) Cfr. *supra*, p. 3.

⁵⁸) In questo le sue *Notazioni autobiografiche* sono essenziali.

⁵⁹) *Notazioni autobiografiche*, cit., p. 3.

⁶⁰) *Notazioni*, cit., p. 33.

⁶¹) Cfr. *ibid.*

⁶²) *Op. ult. cit.*, p. 34.

⁶³) *Op. ult. cit.*, p. 33.

⁶⁴) *Notazioni*, cit., p. 34: 11.1.1938 «die Ergebenheit an meine Aufgabe erfordert Einsatz und Aufopferung meiner ganzen Persönlichkeit ... unter fremden Menschen ... kann man viel an munterem und resolutem Leben gewinnen».

passione per l'insegnamento, il ritrovamento di se stesso⁶⁵. Ben presto questa sua ritrovata passione avrebbe urtato contro il disinteresse apertamente ostentato dal suo uditorio e di cui si è dato conto sopra. Ma in un entourage dal cui afflato culturale si sentiva intrinsecamente coinvolto Betti riuscì tuttavia a non farsi avvilito ed anzi – nonostante la perdita nel frattempo anche dell'amato padre, da sempre faro di orientamento della propria vita – la ripresa dell'insegnamento in Italia, per sua stessa ammissione, «beneficiò ... di quella rinata vocazione didattica che il docente portò seco dall'esperienza fatta all'estero, sebbene gli facesse risentire l'angustia provinciale dell'ambiente milanese»⁶⁶ [*spaziatura mia*].

I ripetuti insuccessi dopo il rientro in Italia nel tentativo di costruire con amici e colleghi una sorta di cenacolo intellettuale per realizzare quel proficuo scambio di idee su problemi di comune interesse che vagheggiava a superamento di questo lamentato senso d'angustia – angustia che lui vive in verità, al di là dei luoghi (Milano, Parma, Roma), come un'angustia del mondo culturale italiano in generale⁶⁷ – e il continuo inevitabile raffronto recondito con l'appena conclusa esperienza di Francoforte, per lui così interiormente appagante, finiscono per gettarlo, soprattutto dopo il trasferimento a Roma nel secondo semestre del 1939 – con il «senso di tetra solitudine, che lo colse in un ambiente che sentiva estraneo ed opaco» –, in una grave crisi di, come scrive, fiducia e serenità di spirito⁶⁸. Sostegno gli verrà – siamo nei primi anni Quaranta e non ha ancora quella che sarà poi la compagna della sua vita – oltre che dal «tenero e devoto amore della madre»⁶⁹, dal contatto di tanto in tanto nella sua patria camerte «con la vita dei campi e dalla consuetudine che, contadino egli stesso, aveva con la gente mite, umile e buona dei contadini marchigiani»⁷⁰. Particolarmente interessante è per noi una lettera del 2 febbraio '43 al suo vecchio compagno di studi ed amico Gaetano Righi che ci dà la possibilità di meglio comprendere quello che possa aver rappresentato la parentesi 'storica' tedesca in quella fase prebellica del suo impegno universitario: «Sul terreno teoretico ... mi sono lasciato assorbire dalle esigenze della specialità, senza obbedire alla mia vocazione storica e speculativa. Gli studi dei miei venti anni li lasciai (ricordi?) con la riserva di ritornarvi, per sottopormi intanto a una dura e formativa disciplina quale lo studio del diritto [anche per lui dunque una sorta di autoflagellazione]. Ma poi accadde che non ci ritornai se non in via sporadica e saltuaria, quando maggiore diveniva in me l'insoddisfazione e l'impazienza generate da quello studio [*spaziature mie*]»⁷¹.

In questa (sua) ottica e tenendo conto degli sviluppi che egli ne farà derivare nei decenni successivi – fino all'elaborazione di una ermeneutica storica coinvolgente l'intero ambito delle Geisteswissenschaften – vanno valutati a mio avviso il corso di Francoforte ed il suo autore, lasciando da parte ormai le astrusità polemiche e improduttive su storia e dogma.

Sandro-Angelo Fusco

⁶⁵ Cfr. *ibid.*: 13.1.1938 «die didaktische Wiedergeburt, die mich von innen heraus umarbeitet, wirkt immer fort: ich bin mir selbst wiedergegeben. Sich in's Fremde zu verlieren ist vielleicht der beste Weg um sich wiederzufinden».

⁶⁶ *Op. ult. cit.*, p. 36.

⁶⁷ *Op. ult. cit.*, p. 38: «... riluttanza degli interlocutori, ... vera crisi del colloquio scientifico (quel colloquio che gli spiriti dell'età romantica tanto apprezzavano e praticavano) ... circostante insuperabile opacità».

⁶⁸ *Op. ult. cit.*, p. 40.

⁶⁹ *Ibid.*: «sempre a lui vicina, vigile angelo tutelare nella buona e nell'avversa vicenda della sorte». Cfr. anche le parole accurate alla morte di lei, il 15 ottobre 1950, p. 55 s.

⁷⁰ *Op. ult. cit.*, p. 40.

⁷¹ *Op. ult. cit.*, p. 43.

Avvertenze

Non sempre è stata possibile una datazione incontrovertibile delle lezioni perché o essa manca del tutto nel dattiloscritto o, in quanto collegata ad altri eventi in altre occasioni (ad esempio conferenze in altre Università), è parzialmente contraddittoria nella cronologia. Indicativa è già la circostanza dell'evidente uso di diverse macchine da scrivere, di diverso modo di citazione, di diverse o non chiare indicazioni bibliografiche etc. La concatenazione dei contenuti – come si dà conto nella Introduzione – ha comunque fornito nei casi di dubbio un aiuto logico alla individuazione del susseguirsi delle lezioni.

Le correzioni apportate riguardano soltanto l'aspetto meramente formale – ad esempio omissione del verbo a fine frase, vocaboli ormai del tutto desueti o nel dattiloscritto difficilmente leggibili, e simili – e sono sempre contrassegnate da doppia linea trasversale prima e dopo la parola o frase (//...//).

Si è cercato di applicare in linea di massima – impresa non facile, perché a volte ostacolata dal costruito, allora usuale, di certe frasi – le nuove regole tedesche di grafia («Rechtschreibreform» del 1996 e successivi aggiornamenti) apportando i necessari cambiamenti senza darne esplicitamente conto; e lo stesso si è operato per le espressioni latine cambiando per esempio la «j» in «i» (non «jus» ma «ius») e simili. Altrove si è consapevolmente intervenuti – ad esempio unificando le complesse e fluttuanti regole relative a maiuscola e minuscola dopo i due punti; oppure usando l'indicazione unitaria «S» ad indicare «Seite» («pagina») o, per le enciclopedie, «Spalte» («colonna») – per evitare disorientamenti al lettore. La evidenziazione di parole o frasi mediante spaziatura è invece opera dello stesso Betti. Problemi ha causato l'uso bettiano del corsivo a mettere in risalto nomi o brani, non sempre univocamente impiegato.

Il Betti includeva inoltre le citazioni di fonti e letteratura in parentesi tonde nel testo. Nella presente edizione si è preferito trasferirle in note a piè di pagina.

Qualsiasi annotazione inserita, sia nel testo che nelle note, è stata messa tra parentesi quadre, a volte con l'indicazione «ndc.» (nota dei curatori, vedi nt. 1).

Per ciò che riguarda la bibliografia, si è preferito, a scanso di equivoci dovuti alla mancanza nel dattiloscritto di indicazioni complete e attendibili circa l'edizione a disposizione del Betti, non intervenire. Lo stessa scelta si è ritenuto di dover fare per le abbreviazioni delle riviste, nel dattiloscritto non uniformi e non sempre indubitabilmente riconoscibili.

Claudia Beyer-Fusco

Probleme der römischen Volks- und Staatsverfassung

1. Grund und Wert einer Lehre der «Antiken Rechtsgeschichte» mit vorwiegender Berücksichtigung des römischen Rechts *

Das Staatsgebilde des römischen Reichs war längst untergegangen, als das römische Recht wieder auferstand und die Herrschaft über einen großen Teil Europas eroberte: eine Herrschaft, die es dann durch Jahrhunderte hindurch behauptete und auch heute noch durch Vermittlung der dadurch beeinflussten modernen Gesetzgebungen bedeutsam nachwirkt. Diese weltgeschichtliche Tatsache, die in der heutigen Studienordnung den Hauptinhalt eines Kurses der antiken Rechtsgeschichte entscheidend mitbestimmt, bedarf der Erklärung. In erster Linie erklärt sie sich gewiss aus bestimmten geschichtlichen Konstellationen, die dem eindringenden römischen Recht den Sieg über die alteinheimischen Rechte erleichterten. Aber es hätte diesen Sieg doch niemals erringen können, wenn es nicht eine eigentümliche innere Lebenskraft besessen hätte, die es befähigte, auch den Bedürfnissen der modernen Welt gewachsen zu sein. Diese Lebenskraft gilt es zuerst zu erkennen. Dabei ist es Recht und Pflicht unserer historischen Betrachtung, die Tatsachen im Licht der Bedeutsamkeit //zu prüfen//, die sie durch ihre Folgewirkungen (ähnliche Kulturverhältnisse führen zu ähnlichen Rechtsbildungen)¹ gewonnen haben. Dieses Marbe-Brönnner-Haffsche Gesetz – ich möchte lieber //es «Gesichtspunkt» nennen// – der wenigstens tendenziellen Gleichmäßigkeit des rechtlichen Geschehens, das auf rechtsgeschichtlichem Boden der Bastianischen Lehre vom Elementar- und Völkergedanken entspricht², darf hier wohl zur Erklärung herangezogen werden. Unter den an der Rechtsbildung beteiligten Richtungskomponenten lassen sich die einen als typisch (konstant), die anderen als individuell (veränderlich) bezeichnen. Eine Menschengemeinschaft, in ein bestimmtes geografisches, soziales und wirtschaftliches Milieu gestellt, reagiert bei der Rechtsbildung in einer bestimmten, der allgemeinen Richtung nach gleichmäßigen Weise, die der gegebenen Kulturstufe entspricht. Nur wird diese Reaktion in Richtung und Ergebnis durch atypische Komponenten abgeändert, aufgehalten oder beschleunigt³, hauptsächlich durch innere Faktoren, wie besondere Veranlagung und Volkscharakter, ausnahmsweise

*) Questa prima lezione viene riprodotta qui integralmente – con piccoli interventi integrativi o correttivi – nella versione pubblicata da G. CRIFÒ, *Una lezione di Emilio Betti*, in «Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro d'Ors», I, Pamplona, 1987, p. 381-400. La lezione, tenuta il 3 novembre all'Università di Francoforte sul Meno, era preceduta dalle seguenti parole introduttive: «Hochverehrte Versammlung, es ist für mich eine schwere und verantwortungsvolle Aufgabe, aber auch ein Grund besonderer Freude, die Vorlesung der antiken Rechtsgeschichte an Stelle meines Freundes Professor Erich Genzmer zu übernehmen, während er in Rom über italienische Rechtsgeschichte der Glossatorenzeit lesen wird. Dieser Dozentenaustausch soll zunächst einen Beitrag zur politischen Freundschaft Deutschlands und Italiens darstellen. Doch darüberhinaus beansprucht er m. E. eine weitere, gleichsam symbolische Bedeutung. Er soll nämlich zugleich dazu dienen, das Bewusstsein einer europäischen Kulturgemeinschaft – auch bei dieser Gelegenheit – zu fördern. Ein solches Bewusstsein wachzuhalten, ist vor allem für uns Juristen Aufgabe und Pflicht. Ich werde versuchen, Sie über Sinn und Wert einer Darstellung der «Antiken Rechtsgeschichte» aufzuklären, die darauf angelegt ist, das römische Recht in den Vordergrund zu stellen» [ndc.].

1) J.G. DROYSEN, *Grundriß der Historik*, Düsseldorf, 1882, S. 91.

2) K. HAFF, *Grundlagen einer Körperschaftslehre*, I, S. 3; 28 f.; J.G. LAUTNER, *Zeitschr. für vergl. Rechtswiss.*, S. 47; E. GENZMER, *Zeitschr. der Akademie für deutsches Recht*, 1936, S. 8.

3) P. KOSCHAKER, *Festschrift für H. Hirt, Germanen und Indogermanen*, I, S. 148.

durch äußere, wie Entlehnung aus einem vorgerückten Einfluss übenden Kulturkreis⁴.

Unter diesem Gesichtspunkt der Gleichmäßigkeit des Rechtsbildungsprozesses bei ähnlichen kulturellen Bedingungen erklärt sich die enge Verwandtschaft, die sich in den Grundzügen mancher Institute herausgestellt hat zwischen griechischem und germanischem, weiter zwischen assyrisch-babylonischem, nationalägyptischem, griechischem und römischem Recht; ebenso leuchtet die fortschreitende Annäherung und Angleichung des Rechts der modernen Kulturvölker ein. Nun, einem ähnlichen Angleichungsprozess waren schon in der römischen Kaiserzeit allmählich mehrere spezifisch römische Elemente des römischen Reichsrechts zum Opfer gefallen. Dass immer mehr Rechtssätze nicht allein für die römische Bürgergesellschaft, sondern für den gesamten Reichsrechtskreis zur Geltung kamen, dafür war vor allem⁵ die zunehmende äußere Angleichung der Lebensverhältnisse maßgebend. Die Rechtsordnung streifte mehr und mehr die nationalen Besonderheiten ab, mit dem Bestreben, sich einheitlich auf das ganze Weltreich auszudehnen und so ein Bindemittel für die auseinander strebenden Rechtsteile zu werden. Auf diese Weise waren allmählich Reichsrecht, Volksrecht und Provinzialrecht immer enger aneinander gerückt. So war das Justinianische Recht, das im modernen Europa zur Aufnahme gelangte, kein streng nationales Recht im Sinn der Historischen Schule, sondern das Universalrecht der antiken Kulturwelt, ein Erzeugnis der das römische Reich beherrschenden hellenistisch-römischen Kultur. Vermöge dieser Universalität konnte das römische Recht auch in die nationalen Rechtskreise des modernen Europas wahrscheinlich leichter eindringen; durch seine Aufnahme wurden vielfach Entwicklungen vorausgenommen, die sich auch ohne sie vermutlich in diesen Rechtskreisen selbst hätten autonom vollziehen müssen. Ein stärker national gefärbtes Recht würde einem ganz anderen Widerstand begegnet sein. Aber ein weiterer Umstand wirkte entscheidend mit, der im letzten Grund die Überlegenheit des römischen Rechts gegenüber den vorgefundenen Nationalrechten ausmachte. Nicht so sehr jene stoffliche Universalität, die doch auf einem in vieler Beziehung anderen Kulturboden gewachsen war, begründete dessen Überlegenheit, d. h. nicht so sehr der Stoff, den die Rezeption übermittelte, als die Form, die diesem Stoff durch die römische Rechtswissenschaft aufgedrückt worden war. Das römische Recht war unter allen Kulturrechten das erste und lange das einzige, das //der Bearbeitung durch eine hochentwickelte juristische Kunst unterzogen wurde//: seine welthistorische Rolle beruht letztthin auf der Eigenart dieser formaltechnischen Ausgestaltung. Und hier kommt eine spezifisch römische Eigenschaft zum Vorschein: die juristische Anlage, kraft derer die Römer Europas juristische Lehrmeister geworden sind. Eine solche Anlage war kein indogermanisches Erbe: denn sie fehlte den anderen indogermanischen Völkern des antiken Kulturkreises. Sie muss als eine Tatsache hingenommen werden, die dem römischen Recht seine eigentümliche Signatur verleiht. Derselbe sichere Formensinn, der die antike Kunst auszeichnet, hatte auch der römischen Rechtswissenschaft jenes Ebenmaß, jene Durchsichtigkeit, jene einleuchtende Kraft ihrer Begriffe gegeben, welche nur in Europa, sobald das römische Recht in den Gesichtskreis der Zeit eintrat, die Geister gefangen nahm. Gewiss stand die juristische Anlage der Römer in engem Zusammenhang mit ihrer überlegenen politischen Befähigung. Dasselbe Volk, bei dem sich der Staatsgedanke machtvoller als bei irgendeinem anderen antiken Volk entwickelte, das zu herrschen und gleichwohl im Innern und nach außen überall den politischen Forderungen Rechnung zu tragen verstand, ist auch am ehesten dahin gelangt, das Recht kunstmäßig zu behandeln und ihm so die Festigkeit und die Geschmeidigkeit zu verleihen, die durch das Bedürfnis des Lebens gefordert wird.

Das römische Recht wurde durch die «Rezeption» im 16. Jahrhundert gemeines deutsches Privatrecht, das für das ganze deutsche Reich galt. Von dem vornehmsten Teil des *Corpus iuris civilis*,

⁴) Von der sogenannten Kulturkreislehre, die grundsätzlich wellenförmige Ausbreitung der Kulturgüter von einem Gebiet aus annimmt und eine geschichtlich-geographische Kontinuität der Ausbreitungslinien aufzudecken bestrebt ist, berichte ich hier nur beiläufig. Siehe GENZMER, a.a.O.

⁵) Wie jüngst Schönbauer wahrscheinlich gemacht hat: E. SCHÖNBAUER, ZRG., R.A., 57, S. 319 f.

den *‘Digesta seu Pandectae’* empfing es in Deutschland den Namen «Pandektenrecht». Aber das «Pandektenrecht» fiel nicht schlichtweg mit Justinians *Corpus iuris* zusammen. Deutschland empfing es aus den Händen der italienischen Juristen in bereits fortgebildeter Gestalt: fortgebildet durch die mittelalterliche Gesetzgebung der Kirche (das im *Corpus iuris canonici* enthaltene kanonische Recht) und durch die italienische Rechtslehre und Rechtsübung. Besonders hatten die italienischen «Kommentatoren» das römische Recht in die Praxis eingeführt, und zwar dadurch, dass sie es mit dem praktisch geltenden Recht Italiens zu einer höheren Einheit verschmolzen (sie hatten die Statuten berücksichtigt und zugleich die Aufnahme lombardischer Gewohnheiten in das römische Recht und umgekehrt bewirkt). In Deutschland selbst ist eine weitere Fortbildung des aufgenommenen römischen Rechts durch die Reichsgesetzgebung sowie durch die deutsche Rechtslehre und Rechtsübung eingetreten. Das gemeine deutsche Privatrecht war ein den deutschen Verhältnissen angepasstes römisches Privatrecht und die Wissenschaft vom Pandektenrecht bedeutete eine Wissenschaft von dem römischen Privatrecht in der veränderten Gestalt, die es als «heutiges» gemeinsames Recht gewonnen hatte.

Natürlich hatte das Pandektenrecht nicht vermocht, das während des Mittelalters in zahlreichen Stadt- und Landrechten zur Ausbildung gebrachte einheimische deutsche Privatrecht zu verdrängen. Eine ganze Reihe deutscher Rechtssätze blieb auch nach der Aufnahme des römischen Rechts in partikularrechtlicher Geltung. Das Pandektenrecht wurde nur ergänzendes (sog. subsidiäres) gemeinsames Recht. Es kam zur Anwendung nur soweit und solange das örtliche Recht eine Lücke ließ: Abweichende Bestimmungen des Partikularrechts gingen vor. Ja das gemeine Pandektenrecht selber musste unter der Hand deutscher Juristen nicht bloß einzelne deutsche Rechtssätze, sondern ganze Rechtseinrichtungen in sich aufnehmen (so die Familienfideikommisse, die Reallasten, die Erbverträge), welche, dem römischen Recht fremd, aus dem einheimischen Recht emporgewachsen waren. Darüber hinaus drangen an zahlreichen Stellen im unscheinbaren Kleid der sog. heutigen Anwendung des römischen Rechts germanische Rechtsanschauungen ein. So behauptete sich, trotz der Aufnahme des römischen Rechts, dennoch ein erhebliches Stück des einheimischen Privatrechts, zum größten Teil in partikularrechtlicher, zum Teil auch in gemeinrechtlicher Form.

Selbstverständlich forderte auch dieses einheimische Recht seine wissenschaftliche Pflege. So ist denn seit dem 18. Jahrhundert neben der Wissenschaft des Pandektenrechts, die bis dahin auf privatrechtlichem Gebiet allein das Zepter geführt hatte, auch eine Wissenschaft des «deutschen Privatrechts» aufgekommen, nämlich die Lehre von dem in der Hauptsache partikularrechtlich geltenden einheimischen Privatrecht. So hatte Deutschland, gemäß dem doppelten Ursprung seines Privatrechts, eine doppelte Privatrechtswissenschaft. Die Pandektenwissenschaft war die ältere; ihr gegenüber errang in stetig steigendem Maß die nachgeborene Wissenschaft des deutschen Privatrechts innere Selbstständigkeit, indem sie deutsche Rechtsgedanken festhielt und entwickelte. Das rezipierte römische Recht brachte mit seinen Begriffen und Kategorien die technischen Mittel, mit seinem ungeheuren Inhalt einen reichen Stoff für Gesetzgebung und Rechtslehre; überall wurde es allmählich der strenge Erzieher der deutschen Rechtswissenschaft bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts.

Aber das Pandektenrecht war als gemeinsames Privatrecht des «Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation» aufgekommen. So war mit dem Niedergang des alten Reichs notwendig ein Niedergang der Geltung des Pandektenrechts verbunden. Seit dem 18. Jahrhundert ging die Führung auf dem Gebiet der Gesetzgebung auf die Landesstaatsgewalt über. In den kleineren Ländern begnügte sich die Landesgesetzgebung mit der Regelung einzelner Gegenstände, also mit der weiteren Ausgestaltung ihres Partikularrechts, und ließ die «subsidiäre» Geltung des gemeinen Rechts unberührt. In den größeren Staaten aber regte sich der Gedanke einer «Kodifikation», die das Privat-, Straf- und Prozessrecht als Ganzes neu gestalten sollte. Die überkommene Zwiespältigkeit des gemeinen römischen und des vielfältig zersplitterten partikulären deutschen Rechts drängte zu einer Aufhebung durch ein neues, das doppelte Recht zu einem Ganzen verschmelzendes Gesetzesrecht. Solange es kein lebenskräftiges Deutsches Reich gab, konnte diese Aufgabe nur von

der Landesgesetzgebung der größeren Einzelstaaten übernommen werden. Und so ist es geschehen. Für manche Länder ward, wie Strafrecht und Prozess, so auch das Privatrecht «kodifiziert», damit die Geltung des Pandektenrechts aufgehoben.

So zerfiel Deutschland bis zum Inkrafttreten des BGB in zwei große Rechtsgebiete.

Das eine war das Gebiet des gemeinen Pandektenrechts, d. h. das Gebiet, in dem das rezipierte römische Privatrecht noch formelle Gesetzeskraft besaß, wo es also noch galt, soweit es nicht partikularrechtlich geändert worden war. Es war ein großes geschlossenes, von Schleswig-Holstein im Norden bis nach Bayern im Süden hinabreichendes Rechtsgebiet. In all diesem Gebiet waren zwar viele Gesetze erlassen, die das Pandektenrecht im Einzelnen bisweilen auch weitgehend geändert hatten. Aber überall hatte hier das Pandektenrecht gemeinrechtliche ergänzende Geltung (es galt soweit und solange die Landesrechte keine entgegenstehenden Bestimmungen enthielten). Das andere war das Gebiet des kodifizierten Privatrechts, d. h. das Gebiet, wo die formelle Geltung des Pandektenrechts ausgeschlossen und das ganze Privatrecht durch eine erschöpfende einheimische Gesetzgebung beherrscht war. Inhaltlich wurden jedoch auch in diesen Gesetzgebungen viele römische Rechtssätze aufgenommen. Das waren die Gebiete des preußischen Landrechts vom Jahr 1794, des französischen Bürgerlichen Gesetzbuchs vom Jahr 1804, das am linken Rheinufer und in Baden in der Form des badischen Landrechts vom Jahr 1809 (daneben auch in Holland) galt; weiter das Gebiet des königlich-sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs vom Jahr 1863. Außerdem gilt eine derartige Kodifikation auch im cisleithanischen Österreich: Ich meine das österreichische BGB vom Jahr 1811, das ebenfalls das bisherige Pandektenrecht beseitigte. Fast die ganze östliche Hälfte deutscher Länder und der äußerste Westen links des Rheins hatten bereits kodifiziertes Privatrecht empfangen.

Am 18. August 1896 wurde dann das deutsche BGB nebst einem Einführungsgesetz für das Deutsche Reich verkündet und trat am 1. Januar 1900 in Geltung. Die Entwicklung, die um das Jahr 1500 mit der Aufnahme des römisch-italienischen Rechts ihren Anfang genommen hatte, kam nunmehr nach vier Jahrhunderten zum Abschluss. Alles bislang in den einzelnen Ländern geltende Privatrecht, das «gemeine» wie das partikulare Privatrecht, verschwand vor dem deutschen BGB soweit nicht ausdrücklich⁶ Vorbehalte zugunsten des Landesprivatrechts gemacht wurden. Inhaltlich fanden sich jedoch auch im deutschen BGB Rechtssätze, die sowohl dem rezipierten römischen Recht wie seiner nachträglich auf deutschem Boden erfolgten Bearbeitung entstammten.

Das Pandektenrecht ist also seitdem als geltendes Recht aufgehoben. Es verhält sich aber nicht so, als ob es niemals dagewesen wäre! Von der Aufnahme des römischen Pandektenrechts bis zu dessen Überwindung sind die Deutschen durch eine aufsteigende innere Entwicklung gelangt, innerhalb welcher das rezipierte Recht als anregender Lehrmeister auf das neue deutsche Recht wirkte. Denn es war nicht das mittelalterliche einheimische Recht, das durch das deutsche BGB wieder in Geltung trat: es war neuzeitliches Privatrecht, welches mit altererbten einheimischen Rechtsgedanken die Errungenschaften des Pandektenrechts und die Ideen des modernen Verkehrsrechts organisch zusammenverband: die letzteren freilich mit urrömischen Rechtsanschauungen des individualistischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts sehr stark durchsetzt. Das fremde Kulturgut war also den Deutschen von Grund auf zum geistigen Eigentum geworden und die Rezeption hatte sich als ein Zeichen der Lebenskraft, nicht der Lebensschwäche der rezipierenden Nation enthüllt. Nachdem so das fremde Geistesgut in ihr Wesen aufgenommen und umgewandelt war, hatten die Deutschen sich nicht darüber zu schämen, die Anregung zu ihrer juristischen Bildung von außen her geschöpft zu haben. Es sei übrigens hier an die wiederkehrende Uerscheinung der Geschichte erinnert, dass, was uns nach irgendwelchem Wertmaßstab als gut oder schlecht, als Vorzug oder Mangel erscheint, in unzähligen Fällen wachstümlich derart ineinander übergeht, dass das Höherwertige als Vorläufer eines unausbleiblichen Minderwertigen, das Schlechte als notwendige Vorbedingung des Guten erscheint, und die historische Entwicklung sich in feindlichen Gegensätzen

⁶ Im E.G. S. 56 ff.

scheinbar unterbrechen muss, um sich in Wahrheit kontinuierlich fortzusetzen⁷. Die durch diese historische Dialektik bedingten weltgeschichtlichen Zusammenhänge sollten die Späterkommenden nie aus den Augen verlieren. Wie es im Leben des Einzelnen eine persönliche Notwendigkeit des Unglücks gibt, dass uns Entbehrungen, Verarmungen, Schrecken, Wagnisse, Fehlgriffe so nötig sind wie ihr Gegenteil, ebenso im Leben der Völker: Eine reibungslose, geradlinige Entwicklung innerhalb des eigenen Kulturraums, so idyllisch sie auch muten kann, ist m. E. reine Utopie.

Schon lange vor Inkrafttreten des BGB hatte die deutsche Pandektenwissenschaft neben ihrer praktischen eine ganz andere, rein wissenschaftliche Bedeutung gewonnen, die ein Ruhmesblatt der abendländischen Geistesgeschichte darstellt, soweit diese als Geschichte der aus dem Geiste der Antike sich aufbauenden Kultur Europas aufgefasst wird. Die lang andauernde Arbeit, die eine Reihe von Geistern ersten Ranges im ganzen Abendlande von der Zeit der Glossatoren bis zur Gegenwart dem römischen Recht gewidmet hatte, galt nicht lediglich der Herausstellung des positiven in den römischen Rechtsquellen gegebenen Stoffs, sondern an erster Stelle der Entwicklung der juristischen Begriffe und Kategorien, mit deren technischer Hilfe wir nicht bloß das römische, sondern ebenso jedes andere positive Recht irgendwelcher geschichtlicher Epoche begrifflich zu bewältigen vermögen. Das Pandektenrecht war der Boden, aus dem durch das juristische Denken der Jahrhunderte eine Rechtsdogmatik als Methode der juristischen Begriffsbildung hervorgegangen ist, deren wissenschaftlicher Wert von der Gestaltung des praktisch geltenden Rechts in weitgehendem Masse unabhängig erscheint. Die Pandektenwissenschaft war das Zeughaus, in welchem die für jede rechtswissenschaftliche Erfassung unentbehrlichen Waffen und Werkzeuge bereitet, bewahrt und immer vollkommener ausgestaltet wurden; sie war die hohe Schule aller Jurisprudenz.

Allerdings bedeutete die Pandektenwissenschaft, dass die Lehre des römischen Privatrechts im Mittelpunkt der Privatrechtswissenschaft stand. Heute ist das in Deutschland nicht mehr der Fall. Schon die deutsche Kodifikation bezeichnet hier den entscheidenden Wendepunkt. Das lebendige Privatrecht der Gegenwart hat heute in Deutschland das sich entwickelnde BGB zum Mittelpunkt und die deutsche Rechtswissenschaft hat dem deutschen Recht zu dienen als eine dem geltenden Recht und seiner schöpferischen Ausgestaltung mit allen Kräften hingeebene Wissenschaft. Denn die Rechtswissenschaft ist um des Lebens willen da. Trotzdem hinterlässt die Pandektenwissenschaft ein reichliches Erbe und eine doppelte Aufgabe, die nicht allein der Wissenschaft des bürgerlichen Rechts zufallen soll. Vor dem BGB vermittelte die Pandektenwissenschaft das Verständnis des *Corpus iuris* zugleich mit der Dogmatik des Privatrechts. Die erste, historische Aufgabe war früher in einem beträchtlichen Maß einer Lehre von «Geschichte und System des römischen Privatrechts» zugewiesen; heute ist sie als Hauptaufgabe zusammen mit einer Vergleichung der antiken Rechtsanschauungen einer Lehre der «antiken Rechtsgeschichte» zugefallen. Die zweite, rechtsdogmatische Aufgabe aber fällt hauptsächlich, doch nicht ausschließlich, der Wissenschaft des bürgerlichen Rechts zu. Nicht ausschließlich! Denn neben ihr ist m. E. die Lehre der antiken Rechtsgeschichte am Eingang des juristischen Studiums zu dieser selben Aufgabe berufen, indem sie eine juristische Problemgeschichte liefern soll. Gewiss: heute gilt es, das römische Recht nicht als ein Geltendes, sondern als ein geschichtlich Vergangenes in seiner historischen Eigentümlichkeit zu erkennen. Für den heutigen Rechtshistoriker muss also, im Gegensatz zu den italienischen Legisten und zu den deutschen Pandektisten, die kritisch festgestellte geschichtliche Wirklichkeit des positiven klassisch römischen Rechts ein festes Endziel bilden; und sein Bestreben soll sich darauf richten, die in diesem Recht sachlich durchgeführte römische Auffassung gegen Verschüttungen und Verdrehungen wiederherzustellen und rein herauszuarbeiten. Aber eben diese römische Auffassung ist keineswegs etwas, was die kritisch geläuterten Quellen uns fix und fertig gleichsam durch Wunder enthüllen. Es ist etwas, was im Geist wieder lebendig entstehen soll: Also ist sie etwas, was wir selbst durch unsere juristische Problematik wieder aufrichten und aufbauen sollen. Zu diesem Zweck ist nun unsere heutige Rechtsdogmatik, als Methode der juristischen Begriffsbildung, ein

⁷) F. MEINECKE, *Die Entstehung des Historismus*, 1936, S. 419 und 423.

absolut unentbehrliches Hilfsmittel.

Auf diese Weise wird der Zugang zum *Corpus iuris*, insbesondere zu den unvergleichlichen Denkmälern der von den römischen Juristen gehandhabten Kunst, wirklich erhalten bleiben. Dadurch wird m. E. eine doppelte Gefahr vermieden werden: einerseits nämlich die, dass die Lehre der antiken Rechtsgeschichte zu einem philologisch gelehrten Vorspiel ohne juristischen Erziehungswert entartet; andererseits aber die, dass die Wissenschaft des heutigen deutschen Privatrechts der Abschließung und Isolierung gegenüber anderen in Europa geltenden Privatrechten verfällt. Der Zugang zum *Corpus iuris* ist ja doch zugleich der Zugang zur Bewältigung des heute geltenden Privatrechts, dessen historisches und dogmatisches Verstehen Kenntnis und Verständnis des Pandektenrechts voraussetzt, jenes Pandektenrechts, das nach seiner Aufnahme in Europa so stark und tief die weitere Rechtsentwicklung beeinflusste. Darum wird es auch angezeigt sein, dann und wann über das römische Recht Justinians hinaus die großen Verbindungslinien aufzuweisen, die vom Privatrecht des *Corpus iuris* zum heutigen bürgerlichen Recht führen. So wird die Rechtsgeschichte seinerseits dazu beitragen, die Kulturgeschichte des Abendlandes als Geschichte der aus der Antike sich aufbauenden Kultur Europas zu erkennen.

Die Vergangenheit des Rechts wird sie als eine rastlose, bis zur Gegenwart sich steigernde, kontinuierliche Bewegung fassen, als eine tausendjährige Arbeit, die die Gegenwart weiterzuführen berufen ist und, gemäß der symbolischen Bedeutung des olympischen Fackelwettkampfs, der Zukunft übermitteln soll⁸.

Im Hinblick auf dieses hohe Endziel möchte ich hier kurz auf eine Methodenstreitigkeit hinweisen, die auf historischem Gebiet eine Prinzipienfrage aufrollt, welche der allgemeinen Problematik der Geisteswissenschaft angehört. Besonders auf dem Gebiet der Kunstgeschichte streiten sich die Vertreter «problemgeschichtlicher» und «kulturgeschichtlicher» Methoden. Kunstgeschichte, sagen die einen, z. B. Heinrich Wölfflin, ist Historie der Kunst, nur der Kunst; sie ist historische Darstellung spezifisch künstlerischer Probleme und ihrer Lösungen. Die Entwicklung der Kunst, sagen die anderen, z. B. Georg Dehio, ist verflochten in das geistige Leben des Volks und schließlich der Persönlichkeit, die sie hervorbringt: Sie empfängt aus der Kultur ihren Gehalt; sie nimmt am Stil des Lebens teil, sie ist eine Spiegelung des öffentlichen Geschmacks, der sinnlichen und sittlichen Ideale einer Epoche. Damit wird eine Lebenstotalität oder die geistige Haltung einer solchen, ein Lebenszustand in den Mittelpunkt der Kunstgeschichte gerückt, heiße sie Volk, Nation, Kultur, Epoche oder Gesellschaft, sei sie individualisiert im Volksgeist oder des näheren als Gesinnung, Ethos, Haltung, Einstellung, Lebensgefühl oder Weltanschauung dieses Volks bezeichnet. Der Gegensatz zur Betrachtung der Kunst als autonome Geistesfunktion mit ihren spezifischen Problemen und Lösungen ist offensichtlich. Nun handelt es sich dabei nicht, wie es zunächst scheinen könnte, um rein historische Tatsachenfragen, sondern, wie Rothacker richtig gesehen hat⁹, um einen methodologischen Gegensatz, der weit über das kunsthistorische Gebiet hinausgreift. Nicht anders als die Kunst kann aber z. B. die griechische Religion und Philosophie als Ausdruck des griechischen Menschen und Volksgeistes betrachtet werden. Es ist ein Grundthema von Rannes «Politischen Gesprächen», denselben Gesichtspunkt für die Staatsverfassungen durchzuführen. Selbst Heeresverfassungen, die einen so unbedingten und vom Gange der inneren Staatsverwaltung unabhängigen Zweck zu haben scheinen, sind mit diesem Zustand der Gesellschaft unlösbar verbunden. Die Entwicklungen von Verfassung, Wirtschaft, Kunst, Religion stehen im großen Zusammenhang des nationalen Lebens und sind mit der gesamten Kulturgeschichte unlösbar verflochten. Unter diesem Gesichtspunkt galt im 19. Jahrhundert die Archäologie als ein Glied der umfassenden Altertumswissenschaft und diente gemeinsam mit der klassischen Philologie und der Geschichte des Altertums der Erforschung antiker Kultur.

⁸) DROYSEN, *Hist.*, S. 268.

⁹) E. ROTHACKER, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, S. 27 ff.; *Geschichtsphilosophie*², S. 40, S. 120/5, S.132; *Schichten der Persönlichkeit*, 1938, S. 38.

Demgegenüber eröffnet sich eine ganz andere Perspektive wissenschaftlicher Zusammenhänge, wenn man die Kunst-, Religions-, Wirtschafts- und Verfassungsgeschichte unter dem Standpunkt relativ autonomer Geistesfunktionen als gesonderte Problemgeschichten betrachtet. Dann ist der nächste Fachgenosse des Archäologen als griechischer Kunsthistoriker nicht mehr der Altphilologe, sondern der moderne Kunsthistoriker: Kunst als autonome Funktion verbindet sie enger als die Substanz des griechischen Lebens den Archäologen an den Philologen fesselt. Die Reformationgeschichte wird zum Forschungsgebiet des Theologen; die Wirtschaftsgeschichte fällt den Nationalökonomem zu, die Verfassungsgeschichte wie die Rechtsgeschichte überhaupt dem Juristen. Denn um eine Verfassung oder irgendein Rechtsgebilde zu verstehen, muss man Jurist sein: die Entwicklung des spezifisch Rechtlichen im Zusammenhang des allgemeinen Volkslebens erscheint damit verglichen als etwas Nebensächliches.

Nun, der Kern der die verschiedenen Perspektiven bestimmenden Prinzipienfragen ist doch wohl der: welche Momente in der Phänomenologie des Rechts, der Wirtschaft und der Kunst als die eigentlich Wesentlichen anzusehen sind. Sind es formal-technische, charakteristische Momente, so betrachtet man folgerichtig die Rechts-, Wirtschafts- und Kunstgeschichte als spezifische Problemgeschichte dieser Geistesformen. Sind es //inhaltliche// allgemein geistige Momente, so wird man sie als Kultur- und Geistesgeschichte auffassen. Dabei wird aber m. E. der Historiker vor kein ausschließendes Entweder-Oder gestellt. Eher wird von ihm eine Entscheidung über den Rangstreit zweier Interessensrichtungen der Geschichtsschreibung gefordert: denn sie schließen einander nicht aus, sondern grenzen sich gegenseitig ab. Es handelt sich also mehr um eine Grenz- und Maßfrage, deren richtige Lösung durch die Erkenntnis der Sphäre bestimmt werden soll, innerhalb derer die eine oder die andere Interessensrichtung ihre Berechtigung hat.

Auf dem Gebiet der antiken Rechtsgeschichte erfolgt m. E. die richtige Abgrenzung beider Interessensrichtungen durch Rücksichtnahme auf die zweifache Aufgabe, die für die Gegenwart erwächst: einmal, die Eigentümlichkeit des römischen Rechtsgeistes sowohl nach seinen allgemeinen Grundideen als auch nach seinen spezifischen Lösungen praktischer Rechtsfragen zu erfassen; sodann, das römisch-italische Rechtsleben in seiner Entwicklung sowie im genetischen Zusammenhang mit der sozialen und politischen Struktur der antiken Gesellschaft zu verstehen. Die erste Aufgabe stellt dem Rechtshistoriker die Forderung einer juristischen Problemgeschichte ebenso wie einer rechtshistorischen Morphologie, die auch da, wo die Überlieferung schweigt oder unzuverlässig erscheint, den Faden organischer Überreste eines älteren Rechtszustand verfolgt, die sich im jüngeren Recht, ihrer ursprünglichen Funktion beraubt, wie abgedorrte Zweige erhalten haben. Die zweite Aufgabe stellt die Forderung einer rechtlichen Kulturgeschichte, die vor allem im Hinblick auf die sich wandelnde politische Verfassung die römische Rechtsbildung in ihren Quellen und Grundlagen durch die verschiedenen Epochen hindurch entwickelt.

Dabei wäre gewiss im Rahmen einer antiken Rechtsgeschichte eine Vergleichung der römischen Rechtsgebilde mit den entsprechenden griechischen, altägyptischen, assyrisch-babylonischen, hethitischen, überhaupt orientalischen Rechtsinstituten sehr zweckmäßig und geeignet, durch Erweiterung des Gesichtskreises zu richtiger Einordnung der Erscheinungen und zum Unterscheiden des Organischen vom Zufälligen das Auge zu schulen¹⁰. Indessen steht hier die Forschung noch immer in den Anfängen, und davon abgesehen würde eine übermäßig ausgedehnte Rechtsvergleichung das Interesse auf Erfassung des römischen Rechtsgeistes in eine m. E. nebensächliche Richtung verschieben. Nur darauf kommt es an, die römischen Lösungen praktischer Rechtsprobleme nicht von ihren geschichtlichen Wurzeln gelöst als normativ vorbildlich für jede Zeit hinzustellen (wie es der alten Pandektistik beliebte), sondern als geschichtlich bedingt im Problemzusammenhang ihrer eigenen Zeit mit historischem Sinn zu entwickeln. Überhaupt scheint jede geistige Größe, die zu geschichtlichem Nachleben kommt, einem solchen Schicksal unterworfen zu sein. Sie muss sich erst gleichsam von ihren geschichtlichen Wurzeln lösen und

¹⁰) GENZMER, *Zeitschr. d. Akad. f. dtsh. Recht*, 1936.

neutralisieren lassen, ehe sie gangbares Gut für die Nachwelt werden kann. Nur die Geschichte kann dann die weitere Frage beantworten, wann der Punkt erreicht ist, wo diese lebendige Nachwirkung in ihr Gegenteil umschlägt und wo nur die Rückkehr von der Tradition auf die Quellen und auf den echten Sinn des Kulturgebildes es im Geiste der Nachlebenden vor der Gefahr der Erstarrung bewahren kann. M. E. soll aber im Rahmen einer Rechtsfakultät die juristische Problemgeschichte den Vorrang behaupten. Nur auf diese Weise wird dann auch die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die juristische Bildung und Erziehung voll zur Auswirkung kommen.

Bildung ist überhaupt nicht identisch mit hoher technischer Kultur; sie ist ihrem Wesen nach ethisch gerichtet, denn sie gründet sich darauf, dass wir das Menschliche in seinen mannigfachen Lebensformen verstehen und würdigen lernen. Ebenso die juristische Bildung. Sie ist keineswegs als eine nur technische Schulung, gleichsam als eine äußerliche Dressierung aufzufassen: Sie soll ja doch wesentlich den ethischen Sinn und Geschmack für allseitige Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen in der Richtung auf einen gerechten Ausgleich erziehen und im Juristen den historischen Sinn und den staatspolitischen Geist eines selbstbewussten Bürgers erwecken und pflegen. Das Verständnis der rechtlichen Zustände und Gestaltungen der Gegenwart in ihrem Inhalt und ihrer Bedeutung vertieft sich in dem Maß, wie wir sie in ihrem geschichtlichen Gewordensein auffassen; und dies tiefere Verständnis ist es, was dem Gebildeten sein Übergewicht über die breite Masse gibt¹¹.

Gewiss fühlt jede Gegenwart das Bedürfnis, sich die eigene Vergangenheit von neuem zu rekonstruieren, d. h. im Licht der gewonnenen Erkenntnis, gleichsam von einer höheren Warte aus mit umso weiterem Horizont das, was geworden ist, zu begreifen¹². Indessen, wiewohl prinzipiell berechtigt, soll uns doch diese Forderung nicht das Bewusstsein davor verschließen, dass es eine große, ununterbrochene Kontinuität der fortschreitenden geschichtlichen Arbeit und Gestaltung gibt: sie ist eben das Allgemeine und Notwendige, das die einzelnen Tatsachen und Lebensformen der Geschichte verbindet und jeder in ihrer Sonderart ihren Wert gibt¹³. Übrigens bedeutet diese Kontinuität keineswegs die stete Entfaltung eines natürlich Gesetzten, das sich wandelt, indem es sich erhält, sondern die *Dialektik* eines in sich Gegensätzlichen, das sich erhält, indem es sich rastlos wandelt, d. h. den Widerspruch in sich erzeugt, versöhnt und in der Versöhnung erneuert, um ihn immer wieder auszugleichen¹⁴.

Zum Schluss meines Vortrags gelangt, mochte ich eine Aussicht und zugleich einen Wunsch aussprechen.

Voraussichtlich wird die «Antike Rechtsgeschichte» in der Hauptsache dem römischen Privatrecht, wie es von Justinian auf dem Boden der römischen Rechtsentwicklung zum Abschluss gebracht wurde, gewidmet bleiben. So wird sie am besten dazu helfen, den Zusammenhang des heutigen Rechts und der heutigen Rechtsdogmatik mit dem Inhalt des *Corpus iuris* dauernd zu bewahren. Denn dieser Zusammenhang darf uns heutigen Europäern bei Gefahr der Zersplitterung und gegenseitigen Isolierung nie verloren gehen. Bei den gegenwärtigen Neuansätzen und Revolutionen des europäischen Geistes soll kein einfacher Bruch mit einer hundertjährigen Tradition beabsichtigt sein. Man nimmt nur Abstand von der nächstliegenden, manchmal zu losem «Antiquitätentum» entarteten Vergangenheit, um eine kritische Stellung gegenüber der Gesamtheit aller Traditionen, gegenüber früherem und jüngerem Geisteserbe einzunehmen, um in bewusster Vergleichung alles zu prüfen und nur das Beste zu behalten¹⁵. Man stößt gleichsam eine Rinde ab; man schüttelt ab, was bloß Tradition war und hebt aus ihr empor, was uns innerlich ergreift, was noch mit unmittelbarer Wucht zu uns redet, mithin auf uns erzieherisch wirken kann. Denn das Vergangene interessiert uns nicht darum, weil es war, sondern weil es in gewissem Sinn noch ist, weil es in dem ganzen Zu-

¹¹) DROYSEN, *Hist.*, S. 82, 309.

¹²) DROYSEN, S. 83.

¹³) DROYSEN, S. 29.

¹⁴) DROYSEN, S. 243.

¹⁵) W.W. JAEGER, *Der Humanismus als Trad. und Erlebnis*, aus der Sammlung *Humanistische Reden und Vorträge*, 1937, S. 18.

sammenhang der Dinge steht, den wir die geschichtliche Welt nennen¹⁶. Im Übrigen handelt es sich für uns nicht mehr darum, die Rechtsgebilde und die Kunstwerke der Alten als juristisch oder ästhetisch «höherwertig» oder ihre Lösungen der vorkommenden Probleme als inhaltlich «richtiger» zu erweisen. Nachdem wir uns des historisch-konkreten Charakters all unserer Werte bewusst geworden sind, liegt die erzieherische Bedeutung der Alten überhaupt unser produktives Verhältnis zu ihnen für uns prinzipiell auf einer höheren Ebene als die eines normativen Vorbildes. Sie sind die Schöpfer und der Prototyp unserer eigenen Lebensformen und ihr Formenkosmos ist das lebendige Grundgerüst unserer geistigen Bildung. Diese Art der Betrachtung, die von dem Einsgefühl der Vergangenheit und Gegenwart getragen ist, weicht etwas von der üblichen rein kausalen ab, die den Wert der Alten lediglich durch Hinweis auf ihre einzelnen Einflüsse und Wirkungen zu begründen sucht, aber sie kann die Einsicht dieser kausalen Beziehungen als bestätigenden Grund in sich aufnehmen¹⁷.

Da es mir in der Vaterstadt Goethes zu Ihnen zu sprechen beschieden wurde, darf ich //Sie// vielleicht auch daran erinnern, dass, so oft die Deutschen auf ihrem Weg durch das 19. Jahrhundert geistige Höhepunkte erreichten, sie Vergangenheit und Gegenwart lebhaft in Eins empfanden und von dem neuen Erlebnis in einer neuen schöpferischen Tätigkeit Zeugnis ablegten. Die Haltung eines großen Deutschen gegenüber der Antike und der Geschichte überhaupt (wie sie jüngst von Meinecke beleuchtet wurde) bleibt unter diesem Gesichtspunkt vorbildlich: ich meine eben Goethe.

2. Roms völkische Grundlagen¹⁸

Gestern habe ich Sie über meine Stellungnahme bei der Darstellung der antiken Rechtsgeschichte aufgeklärt. Heute gerade am Anfang des eigentlichen Kurses halte ich es für zweckmäßig, Sie über meine Auffassung des Wesens einer Vorlesung aufzuklären. Was soll überhaupt eine Vorlesung sein und was soll sie leisten? Ich möchte die zweite Frage vorwegnehmen. Das, was sie für die Hörer leisten soll, ist meines Erachtens kein bloßer Unterricht, keine bloße Information (dazu sind die Bücher da), sondern: unmittelbar Anregung und Orientierung zum Selbststudium; mittelbar, nach Maßgabe solcher Anregung, geistige Bildung, Erziehung. Zweck einer Vorlesung ist schließlich immer Bildung (und nicht nur der Zuhörer, sondern auch des Vortragenden). Damit aber die Vorlesung ihren Bildungszweck erreichen kann, tut eines vor allem not: nämlich, dass dem Vortrag seitens der Zuhörer ein lebendiges Interesse entgegengebracht werde, dass sie ihm mit einer lebendigen Anteilnahme zuhören. Ich meine ein aus der Gegenwart, aus dem heutigen Leben entspringendes Interesse, das bei einer rechtshistorischen Vorlesung die dargestellte Vergangenheit im Geist der Zuhörer schwingen lässt. Ein solches Interesse immer wieder anzuspornen und zu erwecken, ist natürlich Sache des Vortragenden; aber dazu soll er eben im Geist der Zuhörer einen günstigen Boden, d. h. eine kongeniale Anlage, finden. Damit komme ich dazu, die erste zurückgestellte Frage zu beantworten: was eine Vorlesung eigentlich sein soll. Die Vorlesung soll meines Erachtens ihrem Wesen nach eine geistige *Mitarbeit* zwischen Vortragenden und Zuhörern sein: sie soll keine einseitige Mitteilung von oben herab sein, zu der sich die Zuhörer ganz passiv verhalten sollten, sondern ein zweiseitiger Vorgang, bei dem die Zuhörer berufen sind, mit wachsamer Aufmerksamkeit mitzuwirken, und zwar in einer dem Vortragenden selbst erkennbaren Weise: erkennbar nämlich durch den geistigen Einklang ihrer Gesichter.

Leider bin ich wegen meiner sehr mangelhaften Übung in der gesprochenen deutschen Rede vorläufig nicht in der Lage, den Inhalt der Vorlesung frei vorzutragen: vorläufig halte ich es für zweckmäßig, einer schriftlichen Vorlage zu folgen, die nur eine genaue planmäßige Darstellung ermöglichen soll. Aber ich werde trotzdem immer danach trachten, bei der Entwicklung meines Gedan-

¹⁶) DROYSEN, S. 275.

¹⁷) JAEGER, *Humanistische Reden und Vorträge*, S. 30; S. 133.

¹⁸) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume la doppia indicazione «2.-3. Vorlesung, den 4.-5. November 1937».]

kengangs auf Ihre geistige Reaktion Bedacht zu nehmen. Etwaige Beobachtungen und Fragen wären mir am Ende der Vorlesung sehr willkommen. Zur Not dürfen Sie mich auch während der Vorlesung selbst um Aufklärung bitten.

Wir werden heute zuerst Roms völkische Grundlagen in aller dabei möglichen Kürze behandeln. Die Entwicklung des römischen Reichs ist eine der merkwürdigsten Erscheinungen. Wir sehen das Recht einer latinischen Landstadt, berechnet auf die Bedürfnisse einer kleinen ackerbauenden Bevölkerung, sich im Lauf der Zeit zum Recht eines Weltreichs mit Weltverkehr entwickeln. Diese Entwicklung aber vollzieht sich, abgesehen von den Umwälzungen der Staatsverfassung, ohne schroffe Übergänge, nur wenig unterstützt von der Gesetzgebung, wesentlich nur durch die Gerichtspraxis und Jurisprudenz. Man hält konservativ am ererbten Recht fest, man weiß es aber für die neuen Bedürfnisse umzubiegen und so brauchbar zu erhalten. Daneben treten neue Rechtsgebilde auf, zum Teil fremden Rechten entlehnt, zum Teil auf römischem Boden gewachsen; aber sie werden von der römischen Jurisprudenz in ihrem Geiste bearbeitet und gewinnen so ein entschieden römisches Gepräge. Das so entstandene Ganze ist keineswegs, wie man vormals glaubte, ein ewiges absolutes Vorbild für alle Völker und Zeiten; aber sein Inhalt ist in einer Vollendung durchgebildet, dass insofern für die Völker der europäischen Kulturgemeinschaft eine theoretisch und praktisch lehrreiche Erfahrung und Erziehung gegeben ist.

Das Volk, das in griechischer Zeit als das Römervolk bekannt ist, ist ein indogermanisches Volk, also europäischen Ursprungs, jedoch vielfach mit Volksbestandteilen und Volkssplintern anderweitigen Ursprungs durchsetzt. Auf der apenninischen Halbinsel wohnte während der jüngeren Steinzeit im dritten Jahrtausend vor Chr. eine Urbevölkerung, deren Herkunft zweifelhaft erscheint, die Ligurer, das sind die Vorfahren der in späterer Zeit an der Bucht von Genua ansässigen Bevölkerung sowie der in Sizilien ansässigen Elymer. Diese Urbevölkerung, die ihre Toten zu beerdigen pflegte, wäre nach der herrschenden Meinung autochthon (d. h. ureinheimisch auf Italiens Boden) und nicht arischer Herkunft. Indessen erscheint der Schluss, der aus ihrer Zugehörigkeit zum neolithischen Zeitalter gezogen wird, insoweit nicht zwingend, als es wohl denkbar wäre, dass eine europäische Völkerwanderung über den Alpen schon frühzeitig, nämlich im dritten Jahrtausend vor Chr. stattgefunden hätte¹⁹. Wie dem auch sei, begannen die eigentlichen Italiker erst seit Anfang des zweiten Jahrtausends vor Chr. auf der apenninischen Halbinsel einzuwandern: sie kamen von Norden her aus Mitteleuropa, vielleicht aus Schlesien-Böhmen, vielleicht auch aus den Donauländern. Es handelt sich um eine jener Wanderbewegungen der Urzeit, die sich bezeichnenderweise in großen Massen vollziehen, wie etwa die dorische Wanderung in Griechenland oder die germanischen Völkerwanderungen: solche Massen erscheinen, aus welchen Gründen auch immer, dazu gedrängt, ihre bisherigen Wohnsitze zu verlassen, auf der Suche nach einer neuen Heimat, in der sie sich unter Verdrängung oder Unterwerfung der bisherigen Landeseinwohner festsetzen. Bei der Wanderung der Italiker kann man unschwer drei große untereinander verwandte Volksstämme unterscheiden, die nacheinander staffelweise, Stamm nach Stamm, im zweiten Jahrtausend v. Chr. südwärts schwärmten: ähnlich dem latinisch-faliskischen Volksstamm, (der wohl auch Herniker, Aequer und Volsker mit umfasst), dann dem umbrischen, endlich dem sabellisch-oskischen. Der erste Schwarm von Italikern kam anscheinend von der Schweiz her am Anfang des zweiten Jahrtausends (J. 2000-1800) zunächst in der Poebene (westliche Lombardei und Aemilia) zum Stehen. Die Ausgrabungen haben uns gezeigt, dass sich die Einwanderer in höherem Maß nach Osten und Südosten als nach Westen wendeten und in Pfahlbausiedlungen (Dorffestungen) niederließen, und zwar zuerst in solchen, die noch im Wasser errichtet waren («palafitte»), dann in solchen auf dem festen Lande («terramare»); sie kannten noch nicht den Gebrauch des Eisens, sondern nur der Bronze und pflegten, im Gegensatz zur einheimischen (ligurischen) Bevölkerung, ihre Toten nicht zu beerdigen, sondern zu verbrennen. Man hat zwar in der Frage der ethnografischen Diagnose dieser Pfahlbausiedler sehr geschwankt: einige Forscher rieten auf Latiner (Modestow, Homo), andere auf Umbrier (Helbig,

¹⁹ L. HOMO, *Italie primitive*, S. 58 f.

Pigorini), andere sogar auf Ligurer (Brizio), andere auf sogenannte «Protoetrusker» (De Sanctis, Pareti). Uns scheint die erste Diagnose, die auf die Latiner rät, die am besten begründete: denn es bestehen zwischen der Pfahlbausiedlerkultur und der späteren Kultur der Prisci Latini schlagende Ähnlichkeiten; und eine lange Folge sprechender Indizien wie in der Keramik der sichelförmige Griff, der durch zwei hornartig aufstrebende Erhöhungen gebildet ist (*ansa cornuta* oder *lunulata*), ermöglicht uns, das stufenweise Vorschreiten dieser Italiker von der Poebene bis zum unteren Tibertal und zum Latium zu verfolgen.

Ich will hier den Ausspruch eines hochangesehenen Forschers der Vorgeschichte anführen²⁰. Durch die gleichmäßige Verteilung der Wohnplätze im Inneren der auf eine beschränkte Zahl von Familien berechneten Anlage (Dorffestung) sowie der Acker- und Weideplätze außerhalb (das bemerkt v. Duhn) wurde die Grundlage einer Gemeinwirtschaft festgehalten, die wieder ohne soziale Gleichheit aller Bewohner nicht wohl denkbar war, wie wir sie denn auch in der völligen Gleichheit im Tod auch in den älteren Terramare-friedhöfen und in ihrer späteren Nachwirkung wahrnehmen können. Nun, in diesen Verhältnissen, bemerkt weiter v. Duhn, wurzelte das Staatsgefühl des späteren Römertums: Sie erklären dasselbe.

Die eiserne Regelmäßigkeit der Anlage, nur mit einer bereits ausgebildeten Feldmessenkunst zu erzielen, ihre stete Orientierung nach Süden mit dem einzigen Eingang von dort, die innere im römischen Lager wiederkehrende Weg- und Raumerteilung, die Aussparung des freien Platzes im Innern, die an den römischen *'mundus'* gemahnende Einrichtung innerhalb dieses, jedenfalls bei der ersten Herrichtung durch die *'pontifices'* sakral ausgeschiedenen Platzes, der *'sulcus primigenius'*, der die Siedlung zuerst umriss, unmittelbar innerhalb des Wallfußes – alle diese Erscheinungen rufen uns bereits Rom vor Augen, wo die *'casa Romuli'* und der *'niger catillus'* Erinnerungen an die Anfänge bewusst festhielten, wie sie uns die Terramaren vor Augen führen. Erst mehrere Jahrhunderte später im Verlauf des zweiten Jahrtausends drang ein fernerer Volksstamm von italischen Einwanderern wahrscheinlich durch die Ostalpen ins östliche Oberitalien und nach Mittelitalien ein. Sie werden nach einer von ihnen herrührenden Siedlung in Oberitalien, nämlich in Villanova bei Bologna, als «Villanovaner» bezeichnet. Mit den Bewohnern der «Terramare» waren sie wohl verwandt, aber nicht wesensgleich: sie kannten bereits den Gebrauch des Eisens. Sie hielten an der Sitte der Totenverbrennung fest: ihre Nekropolen sind durch Schachtgräber (italienisch: «tombe a pozzo») charakterisiert, welche die Reste des verbrannten Toten im tönernen Aschebehältern, einem «Ossuar», nebst den ebenfalls durch das Feuer verunstalteten, dem Toten zugehörigen Schmuck- und Gebrauchsgegenständen enthalten. Das ist für ihre geistige Einstellung zum hinterweltlichen Leben sehr bezeichnend, indem es einen Glauben zum Ausdruck bringt, der wohl die Erhaltung des Geistes behauptet, aber eine Auferstehung des Fleisches leugnet. Die Diagnose dieser Villanovaner, obwohl bestritten, ist meines Erachtens sicherer durchzuführen: sie sind Umbrier (Brizio), griechisch Ombrikoï genannt. In der literarischen Überlieferung erscheinen die Umbrier als ein uraltes echtes Volk Italiens²¹. Gewiss ist es, dass sie von alters her ein sehr weites Land bewohnten: außerdem, welcher der Name Umbrien blieb, umfasste ihr Wohnsitz die auf dem nordöstlichen Abhang des Apennins gegen das obere Adriatische Meer und dem Padus liegende Landschaft (Spina an der Pomündung und Atria, die schwarze Stadt, waren umbrisch); weiter die zwischen dem Apennin und dem oberen und mittleren Tibertal liegende und, jenseits des Tibers, die später Etrurien benannte Landschaft (auch hier gibt die Toponomastik einen Wink: Ombrone-fluss, Camars der alte Name von *Clusium*, *Castrum Amerinum*; *Cortona* und *Perusia* waren ursprünglich umbrisch). Hier wurden die Umbrier gegen das 8. Jahrhundert v. Chr. von den Etruskern, die ihnen technisch überlegen waren, unterworfen, teilweise auch verdrängt²², sie hätten an die Etrusker 300 Städte, wohl Dorfgemeinschaften verloren. An dem arischen Charakter ihrer Sprache ist nicht zu zweifeln: er ist sowohl von der Toponomastik

²⁰) Ich meine Fr. v. DUHN, in: Reallexikon der Vorgeschichte hgg. v. Ebert, XIII. Bd., S. 261.

²¹) «*Gens antiquissima Italiae*» nennt sie Plin., *nat. hist.* 3.14 (19).112; vgl. Dion., 1.19.

²²) Plinius, a.a.O., 113.

wie von Urkunden wie den *'tabulae Iugviniae'* bezeugt.

Weiter südlich von den Umbrenn ist ein dritter Volksstamm von italischen Einwanderern festzustellen, die aber, in dem sie sich gleichfalls südwärts bewegten, als vor den Umbrenn nach Mittelitalien eingedrungen und von ihnen gedrängt und verdrängt zu denken sind. Sie drangen zunächst bis in die Abruzzen und nach Kampanien, dann weiter südlich bis zum Silawald im heutigen Kalabrien vor. Es handelt sich //um die// sabellischen Völkerschaften der Sabiner, Marsen, Paeligner, Vestiner, Preatutier, wohl auch der Picenter, sowie //um die// südlich von ihnen angesiedelten oskischen Stämme der Samniten, Frentaner, Lucaner und Bruttier. Es war ein italischer gottesdienstlicher Brauch, in schweren Kriegsläufen oder Sterbezeiten den Göttern einen heiligen Lenz (*'ver sacrum'*), d. h. alle Geburten des Frühlings, zu geloben: nach zwanzig verflossenen Jahren war das Vieh geopfert oder gelöst, die Jugend ausgesandt, damit die Götter sie nach ihrem Gefallen verderben oder auswärts ihr neue Sitze beschereu möchten. Nun erzählt die Sage, dass solche Gelübde die Aussendung der sabellischen Pflanzvölker veranlassten und dass die Götter, denen die Ausgewanderten geweiht wurden, heilige Tiere sandten, um sie auf dem Pfad zu leiten. Den einen Schwarm führte der Stier des Mars (woher der Name *Bovianum* der ihnen gemeinsamen Dingstätte) und der wurde der kräftige samnitische Stamm; einen zweiten Schwarm führte der Specht des Mars: das wurden die Picenter, das Spechtvolk, das die heutige anconitanische Mark gewann; einen dritten führte der Wolf (*hirpus*) in die Gegend von Benevent: das wurden die Hirpiner.

Bei den sabellisch-oskischen Stämmen tritt wieder die Beerdigung als Begräbnissitte auf, die sie möglicherweise von den bisherigen Landeseinwohnern übernahmen. Etwa um das Jahr 1000 v. Chr. taucht bei ihnen das Metall, und zwar das Kupfer als Zahlungsmittel auf, zunächst in ganz ungeformten Stücken (*aes rude*), dann in Barren, die in kleinere Einheiten zerlegt werden konnten (*raudusculum* bei der römischen *mancipatio*), und schließlich wurden diese Kupferbarren mit einer Marke versehen, die dartun sollte, dass sich das Stück Metall durch seinen Kupfergehalt dazu eigne, als Zahlungsmittel verwendet zu werden.

Der geschichtliche Tatbestand dieser Einwanderungen der Italiker tritt vorbehaltlich des späteren Eintretens der Etrusker im Westen und der Gallier im Norden noch in der endgültigen Verteilung der Volksstämme auf der apenninischen Halbinsel und in ihrer dialektischen Gliederung deutlich hervor. Während aber die arischen Italiker in langem Streifen von Norden nach Süden längs des Apennins das Rückgrat der Halbinsel einnahmen, saßen östlich und westlich von ihnen Völker anderer Herkunft. Im Südosten, im heutigen Apulien, die zum illyrischen Stamme gehörenden Japyger, die wahrscheinlich durch das Adriatische Meer hinkamen; im Nordosten, im heutigen Venetien, die zu demselben Stamme gehörenden Veneter, deren Kultur durch die bronzene *'situla'* mit geometrischen oder Tierzeichnungen charakterisiert ist: wahrscheinlich rückten sie staffelweise den Umbrenn nach. Auch im *Picenum* könnte eine japygische Urbevölkerung gesessen haben.

Westlich von den Italikern (Umbrenn) vom Tiber bis zum tyrrhenischen Meer saßen die Etrusker, denen bis zur Mitte des 5. Jahrhunderts die kampanische Ebene und ein Teil Oberitaliens gehörten; weiter nordwestlich die Ligurer. Hinzuzudenken sind, um das Bild zu ergänzen, im Süden die phönizische Kolonisation aus Sizilien und die griechische Siedlung in Unteritalien (Großgriechenland), die unter Verdrängung der italischen Sikeler und Sikanen erfolgte; im Norden die im 5. Jahrhundert v. Chr. aus Mitteleuropa eingedrungene keltische Einwanderung in die Poebene, welche Etrusker und Umbrer von der Küste des adriatischen Meeres verdrängte und die jüngste Schicht der Bevölkerung Italiens bis zur germanischen Völkerwanderung bildete.

Indessen kommt, gegenüber der italischen Einwanderung, allen diesen nichtitalischen Einwanderungen nicht die gleiche völkische und kulturelle Bedeutung für die Bildung einer italischen Nation zu. Eine tiefgreifende dauerhafte völkische Bedeutung für die nachfolgende Geschichte des Abendlandes ist nur der Einwanderung der arischen Kelten, eine große vorwiegend kulturelle Bedeutung auf allen Gebieten des sozialen Lebens ist nur der Einwanderung der Etrusker sicher zuzuerkennen. Darum hat die Frage nach der Herkunft der Etrusker ein einzigartiges kulturhistorisches Interesse. Die Meinungen (von feineren Nuancierungen abgesehen) stehen hier einander gegenüber:

1. Die eine sucht die Heimat der Etrusker im Osten, an der Küste Kleinasiens und auf den Inseln im nördlichen Gebiet des ägäischen Meeres und lässt sie von da her zu Schiff, etwa vom 10. Jahrhundert v. Chr. an, nach Italien gelangen und von der Westküste des nach ihnen benannten Etruriens aus dieses erobern, dann sich weiter in nordöstlicher Richtung ausbreiten. Diese Meinung stützt sich wohl auf einen, lydischer Sage nachklingenden Bericht Herodots²³ wie auf anderweitige Nachrichten, welche das Vorhandensein von Turscha/Tyrsenoi seit dem 14. Jahrhundert und noch für das 5. Jahrhundert v. Chr. in nördlichen Teilen des ägäischen Meeres, auf der Athoshalbinsel und auf den Inseln des thrakischen Meeres sicher bezeugen. Darauf wird die Vermutung gegründet, dass jene Tyrsenoi, die den Griechen als ein seegewaltiges Piratenvolk galten und die wir in Italien an der tyrrhenischen Küste mit demselben Namen wiederfinden, den weiten Weg übers Meer in das ferne Westland fanden. Da die ägäischen Tyrsener zur Zeit ihres Aufbruchs nicht in geschlossener Masse beieinander, sondern zerstreut in einzelnen Clans wohnten, so wird auch der Aufbruch nicht auf einmal, sondern in kleineren Scharen erfolgt sein: diese setzten sich zunächst an der Küste fest, indem sie vermöge ihrer besseren Waffen die italischen (und zwar umbrischen) Einwohner unterwarfen; dann drangen auf die Kunde von ihrem Erfolg neue Scharen nach, so dass die ganze Einwanderung sich vielleicht über ein Jahrhundert erstreckt haben wird. Aus der allmählichen Verschmelzung einer verhältnismäßig dünnen Schicht tyrsenischer Eroberer und der unterworfenen umbrischen Bevölkerung erwuchs ein neues Volk, die Etrusker.²⁴ Wenn nicht die ganze Hypothese so doch ihr wesentlicher Kern erscheint uns als ziemlich einleuchtend.

2. Die zweite Meinung dagegen stellt die Hypothese auf, dass die Etrusker von Norden her über die Alpen, also in südlicher Richtung eingewandert wären und sich, wie die früher vorgerückten Italiker, zunächst in der Poebene niedergelassen hätten, und zwar im Zusammenhange mit der großen Völkerbewegung, die sich in Mitteleuropa um das 10. Jahrhundert v. Chr. vollzog. Diese geht auf Niebuhr²⁵ zurück und wurde in neuerer Zeit namentlich von Helbig²⁶ nachdrücklich und erfolgreich²⁷ vertreten. Indessen ist ihr Ausgangspunkt mehrdeutig: dass nämlich in den rätischen Alpen Etrusker saßen, wie es durch Ortsnamen und durch dort aufgefundene etruskische Inschriften bestätigt wird; denn diese sind ziemlich jung, meist erst aus dem 2. Jahrhundert v. Chr. Ebensovienig erscheint die Beurteilung stichhaltig, die Helbig den beiden Teilen der Nekropole von Bologna in ihrem Verhältnis zueinander werden lässt. Doch hierüber später.

3. Eine dritte Hypothese (im Gegensatz zu den beiden besagten) wurde neuerdings von italienischen Archäologen und Sprachforschern (Antonielli, Ribezzo, Pareti, Devoto, Nogara) aufgestellt mit dem Bestreben, besonders den Ergebnissen der Ausgrabungen besser gerecht zu werden: nämlich die Hypothese der sogenannten Autochthonie der Etrusker im Verhältnis zu den vermeintlich später eingewanderten Italikern. Diese Hypothese geht von der angeblichen Feststellung aus, dass die Entwicklung der etruskischen Kultur mit einer stufenweisen Kontinuität und in einer regelmäßigen chronologisch-topografischen Nachfolge auftritt, von den Lebensformen der ersten Eisenzeit her, die als «Villanovaner Epoche» bezeichnet wird, bis zu ihrer vollendeten klassischen Ausgestaltung. Vom eingenommenen Standpunkt einer solchen ununterbrochenen Kontinuität und allmählichen Entwicklung aus wird eine etwaige Einwanderung neuer andersartiger Volksstämme während des 2. Jahrtausends v. Chr. als sehr unwahrscheinlich beurteilt, und dementsprechend wird die Einwanderung der Etrusker ins eigentliche Etrurien bis zur früheren Eisenzeit zurückdatiert, und zwar bis zum Anfang des I. Jahrtausends v. Chr. Aber wie ist das Verhältnis der Etrusker mit

²³) Herodot, 1.96.

²⁴) G. KOERTE, *Etrusker*, in Pauly-Wissowas Real. Enc. d. kl. A. Wiss., VI, 1, 730-770 bes. 735.

²⁵) B.G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*, I, S. 144.

²⁶) W. HELBIG, *Die Italiker in der Poebene*, 1879, S. 100 ff.

²⁷) Vgl. z. B. K. J. BELOCH, III, 204-207.

den vorherbestehenden Volksstämmen der neuen Stein- und Bronzezeit zu denken^{28?} Hier gehen die Meinungen der Vertreter dieser autochthonischen Hypothese auseinander:

a) Die einen (Antonielli, Ribezzo, Devoto) fassen die Etrusker als die «Nachfolger» der uralten Volksstämme der Stein- und Bronzezeit auf und betrachten die Arier-Italiker als die eigentlichen Träger der Villanovaner Kultur: eine solche materiell vorgeschrittene Eisenkultur hätte dann seit der ersten Berührung auf die vermutlich überlegenen geistigen Eigenschaften der Etrusker befruchtend eingewirkt, indem sie sich die Villanovaner Kultur zu eigen machten und zur weiteren Entwicklung brachten. Die historische Kultur der Etrusker wäre also nach dieser Meinung das Erzeugnis einer Verschmelzung, die zwischen den die Eisenkultur einführenden Italikern und den vorher angesiedelten äneolithischen Uretruskern eintrat²⁹. Dabei wäre aber der sonderbare Vorgang erklärungsbedürftig, dass – entgegen allem normalen Lauf kulturgeschichtlicher Entwicklung – die Jäger einer überlegenen Kultur (nämlich die Italiker) nicht ihre eigenen Lebensformen durchgesetzt hätten, sondern gerade umgekehrt den Einfluss einer kulturell tiefer stehenden Bevölkerung bis zur völligen Angleichung und Entnationalisierung erfahren hätten³⁰.

b) Die anderen dagegen (Pareti, Nogara; De Sanctis war schon in diese Richtung teilweise vorangegangen) identifizieren die «Villanovaner» geradezu mit den Etruskern und bezeichnen diese als die «Eisenträger». Zu diesem, allerdings kühnen Schluss gelangen sie aufgrund der Feststellung einer vermeintlich engen ethnischen Verwandtschaft zwischen den die Poebene bewohnenden Pfahlbausiedlern der Bronzezeit und den gleichfalls angeblich von Norden her früh eingewanderten Etruskern: eine so enge Verwandtschaft, die sogar die Bezeichnung der ersten als «Protoetrusker» rechtfertigen würde. Was die Einwanderung der Italiker Mittelitaliens betrifft, unterscheidet diese Meinung notgedrungen zwei verschiedene Strömungen: d. h. eine in der fernen äneolithischen Zeit vor sich gegangene Einwanderung von den Alpen bis nach Sizilien, und eine andere, jüngere, in der Übergangsepoche von der Bronze- zur Eisenzeit stattgefundene Einwanderung, die Umbrien und Latium durchquerte³¹. Auf diese Weise wird aber, ohne triftige Gründe, die Einwanderung der Italiker in ihrer kulturellen Bedeutung herabgesetzt und zu der sehr unwahrscheinlichen Hypothese gegriffen, dass die Etrusker, nachdem sie sich mit orientalischer Kultur getränkt hatten, ihren Einwanderungsgang umgekehrt und sich zurück nach Norden wieder gewandt hätten³² und, während sie als ethnische Gruppe mit den Italikern verwandt waren, als Träger einer orientalischen Kultur aufgetreten wären³³. Eine solche Trennung zwischen europäischer Natur und orientalischer Kultur ist bei den Etruskern alles andere als wahrscheinlich.

Was wir wissen von dem Körperbau und von den Sitten und Gebräuchen der Etrusker, lässt auf eine tiefe, ursprüngliche Verschiedenheit von den italischen und griechischen Stämmen schließen. Statt des schlanken Ebenmaßes der Griechen und Italiker zeigen die Bildwerke der Etrusker nur kurze stämmige Gestalten mit großem Kopf und dicken Armen. Ebenso erscheint die Religion, die bei den Etruskern einen trüben phantastischen Charakter trägt, weit entfernt von dem klaren Rationalismus der Römer wie von dem menschlich heiteren hellenischen Bilderdienst. Hinzu kommt das wichtigste Kennzeichen des Volkstums, die Sprache, deren auf uns gekommene Reste vollkommen von den arischen Mundarten isoliert stehen. Wahrscheinlicher erscheint eher die Hypothese einer späteren kulturellen und völkischen Angleichung von ursprünglich voneinander getrennten und einander scharf gegenüberstehenden Völkern verschiedener Herkunft, nämlich einerseits der Etrusker, andererseits der Umbrier. Eine solche Hypothese wird denn auch durch eine unbefangene Beurteilung der beiden Teile der Nekropole von Bologna in ihrem Verhältnis zueinander meines Erachtens bestätigt.

²⁸⁾ L. PARETI, in *Encicl. Ital.* XIV, 510 ff.

²⁹⁾ G. DEVOTO, *Gli antichi italici*, S. 88 ff.

³⁰⁾ B. NOGARA, *Gli Etruschi e la loro civiltà*, 1933, XXIV; vgl. doch S. 45.

³¹⁾ PARETI; vgl. auch DEVOTO, *Ant. Ital.*, S. 76-79.

³²⁾ NOGARA, *Etr.*, S. 45.

³³⁾ NOGARA, S. 45 f.

Hier besteht, wie Brizio³⁴ und Montelius³⁵ beweisen, zwischen dem älteren (4 Gruppen von Gräbern umfassenden) und dem jüngeren (aus 6 Gruppen bestehenden) Teil der Nekropole nicht nur eine räumliche Trennung, sondern darüber hinaus ein tiefgreifender Gegensatz: zuerst im Grabitus, dort fast ausschließlich Verbrennung und Schachtgräber mit einem tönernen Aschenbehälter; hier ganz überwiegend Bestattungsgräber ohne Sarg («a fossa») und Gruben mit steinernem Sarg («a cassa»); weiter auch in den dem Toten mitgegebenen Beigaben und in der durch sie widergespiegelten Kultur. Dieser Befund weist deutlich darauf hin, dass sich hier eine stammesfremde Bevölkerung mit höherer entwickelter Kultur in einem gewissen Abstand von dem Friedhof der Alteingesessenen eine neue Ruhestätte für ihre Toten schuf: die jüngere Bevölkerung ist, wie Inschriften in ihrer Sprache bezeugen, die etruskische; die ältere kann demnach nur als italische, genauer: umbrische, angesprochen werden. Wahrscheinlich erhielt sich bei den in der Poebene zurückgebliebenen Umbren die Villanovakultur länger als bei den weiter südlich vorgedrungenen Stammesgenossen. Sicher ist, dass die Etrusker erst nach Eroberung Etruriens von dort aus in die Poebene eindringen. Im Übrigen ist es wohl denkbar, dass auch in Tarquinia und sonst in Etrurien die älteste Gräberschicht der Schachtgräber («tombe a pozzo») mit Leichenbrand, die eine bis Ende des 8. Jahrtausends hinreichende Kulturschicht anzeigt, gerade den Umbren zuzuschreiben ist (es handelt sich um eine umstrittene und noch immer offene Frage). Die etruskischen Gräbertypen, die sich zu Kreis- und Kuppelgräbern («tombe a circolo») sowie zu stollenförmigen («a corridoio») und zu eigentlichen Kammergräbern («tombe a camera») entwickeln, bringen eine Weltanschauung zum Ausdruck, die von dem Glauben an einer Auferstehung des Körpers und an eine Fortsetzung des irdischen Lebens getragen erscheint (charakteristisch erscheint das zuweilen auftauchende Bestreben, ein Bild des Hauses der Lebenden im Kleinen zu geben): eine Weltanschauung, die von derjenigen der dem Verbrennungsritus anhängenden Italiker bedeutend abweicht.

Indem wir also die gestellte Frage nach der Herkunft der Etrusker beantworten, kommen wir zu dem Schluss, dass sie wahrscheinlich aus Kleinasien und aus dem nördlichen Gebiet des ägäischen Meeres stammen (so Brizio, Körte, auch Lehmann-Haupt³⁶ und jüngst Ducati³⁷ und Fichter³⁸), daher nicht indogermanischer Herkunft sein können. Aus ihrer alten Heimat im Osten haben die Uretrusker eine hochentwickelte städtische Kultur mitgebracht, in der das unter griechischem Einfluss übernommene Kulturgut selbstständig verarbeitet war, und sie den damals noch auf einer ziemlich niedrigen Kulturstufe befindlichen arischen Bewohnern Mittelitaliens übermittelt. Darauf, und nicht etwa auf einer angeblich durch sie bewirkten Veränderung des völkischen Bestands der Italiker, beruht ihre wichtige Rolle in der Geschichte des Abendlandes. Eine völkische Veränderung war bei der verhältnismäßig dünnen Schicht der Eroberer von vornherein ausgeschlossen. Dass den Einwanderern kein wirksamer Widerstand geleistet werden konnte, erklärt sich einfach daraus, dass die Italiker gegen das 8. Jahrhundert sich eben auf einer niedrigen Kulturstufe und noch im Stadium völliger politischer Zersplitterung befanden. Es geschah etwas ähnliches auch im Süden, wo die Küsten des italischen Festlandes von der Bucht von Tarent bis zur Bucht von Neapel, ebenso die Küste Siziliens von der Messinastraße fast zur Westspitze der Insel sich unter Verdrängung oder Unterwerfung der italischen und ligurischen Ureinwohner mit einem dichten Kranz hellenischer Ansiedlungen bedeckten. Was in Mittelitalien an fremden Volksbestandteilen vorhanden war, das haben die zähen Latiner bzw. die Umbren allmählich assimiliert. Dass dieses Schicksal auch die etruskischen Eroberer traf, ist nicht wunderbarer als die im Licht der Geschichte vollzogene Anglisierung der französisch sprechenden normannischen Eroberer Englands durch die breite angelsächsische Unterschicht.

Die Vermutung eines Assimilationsprozesses zwischen Etruskern und Umbren scheint mir

³⁴) E. BRIZIO, in *Atti e mem. St. patr. Rom.* 1885, III, 3, S. 183 ff.

³⁵) O. MONTELIUS, *Civilisation primitive en It.*, I, 1895, S. 358 ff.

³⁶) C. F. F. LEHMANN-HAUPT, in *Einleitung in die Altertumsw.*, III, S. 102 ff.

³⁷) P. DUCATI, *Etruria antica*, 2 Bde, 1925.

³⁸) FICHTER, *Dealona*, I A.

unter anderem auch durch die Herkunft des römischen Hauses bestätigt zu werden, dessen eigentliche Anordnung aus einer Vereinigung des alt-umbrischen mit dem alt-etruskischen Wohnhaus entsprang. Der Typus des Atriumbaues ergab sich nämlich aus einer Verschmelzung des alt-umbrischen Walmdachhauses mit dem alt-etruskischen Satteldachhaus, das ein Haus mit Bretterwänden war. Dabei wurde an das umbrische *atrium* das etruskische Bretterhaus (*tablinum*) als Hauptwohnraum angefügt.

Im Übrigen ist die Übermittlung der etruskischen Kultur an die Italiker leicht festzustellen. So sind die Etrusker bei der Errichtung fester steinerner Wohngebäude mit mehreren, nach einem eigentümlichen Plan verteilten Innenräumen die Lehrmeister der Italiker gewesen. Das System der Limitation, auf welcher die Landvermessung beruht, ist, wenn auch in seinen Anfängen schon den Italikern bekannt – nämlich in den Dorffestungen (Terramaren) der Poebene –, von ihnen auf religiöser Grundlage ausgebildet worden. Ebenso sind die Etrusker zweifellos in den planmäßigen Anlagen von Städten mit einem auf den Hauptlinien *decumanus* und *cardo* beruhenden Straßensystem, der kunstvollen Pflasterung der Straßen und deren Entwässerung vorangegangen (die gegen das Ende des 6. Jahrhunderts gegründete etruskische Stadt in «Pian di Misano» bei Marzabotto zeigt diese Einrichtungen schon in höherer Vollendung, während in Rom erst am Anfang des 3. Jahrhunderts mit der Pflasterung der Straßen begonnen wurde). Auch im Bau fester Steinmauern zum Schutz der Städte sind sie vorangegangen; zweifellos auch in der Erbauung von Tempeln nach einem eigentümlichen Plan, der von den umwohnenden Italikern einfach übernommen wurde.

Die griechischen Grundlagen dieser etruskischen Kultur sind nach der Ankunft in Italien durch fortgesetzten Verkehr mit Griechen in derselben Richtung erweitert worden. Von der äolisch-chalkidischen Kolonie Kyme in Kampanien empfangen die Etrusker – ungefähr gleichzeitig auch die Latiner – das Kulturgut der Schrift: denn das etruskische Alphabet ist aus einem zur westlichen Gruppe der griechischen Alphabete gehörigen abgeleitet. Die etruskische Schrift ist, soweit wir sie aus den Denkmälern kennen, von der ionischen nicht wesentlich verschieden. Die etruskische Kunst beruht nach Inhalt und Form durchaus auf Nachahmung der griechischen. Daraus aber darf man nicht den Schluss ziehen³⁹, dass das wirkliche Leben in den etruskischen Städten in weitem Umfang wie eine Kopie griechischer Zustände aussah, wie aufgrund der auf die Leichenspiele bezüglichen Darstellungen etruskischer Grabgemälde vermutet wurde. In dem Wenigen, was wir von den inneren Zuständen Etruriens wissen, ist ein starker nationaler Einschlag unverkennbar, der im Gegensatz zu griechischem Wesen steht. Dahin gehört das starre Festhalten an einer aristokratischen priesterlichen Verfassung, die formalistisch spitzfindige Tendenz der Religion, eine Neigung zur Pracht und zum äußeren Zeremoniell, die sich früh in der Ausbildung von Tracht und Insignien der Magistrate betätigt, ferner ein geringer Zug zum Düsternen (z. B. die Gladiatorenspiele sollen von Etrurien nach Rom gekommen sein). Wie höhere Bildung überhaupt auf die Kreise des Adels beschränkt geblieben sein wird, so wird die Literatur schwerlich über Ritualvorschriften und Divination (die sogenannte *etrusca disciplina* der *haruspices*) sowie geschichtliche Aufzeichnungen wesentlich hinausgegangen sein⁴⁰. Es bestand bei den Etruskern ein fest organisiertes Priestertum, das die Zukunft aus Vorzeichen wie dem Flug der Vögel (*augures*) oder aus den Eingeweiden der Opfertiere (*haruspices*) voraussagte. Ähnlich wie die griechischen Amphiktyonen waren auch die Etrusker anfangs anscheinend nur zu religiösen Zwecken des Gottesdienstes im «Bund der zwölf Städte» (12 *populi*) geeinigt. Auch bei dem Ritus der Städtegründung spielt die Religion – wie angedeutet – wesentlich mit: unter religiösen Feierlichkeiten wird die Stadt systematisch angelegt und mit einem Mauerring umgeben. Daher kommt es, dass bei den Römern noch in geschichtlicher Zeit die Mauern und Tore der Stadt ‘*quodammodo divini iuris sunt*’⁴¹ und dem Verkehr entzogen (*res extra commercium*).

Hieran anknüpfend möchte ich über den etruskischen Einschlag in manchen römischen Einrichtungen und Gebräuchen Folgendes bemerken. Ein solcher Einschlag ist natürlich nicht zu leugnen.

³⁹) E. MEYER, *Gesch. d. Altert.*, II, §439.

⁴⁰) KOERTE, *Real. Enc. d. kl. AW.*, VI, 1, S. 768-70.

⁴¹) Gai., *inst.* 2.8.

Zurückzuweisen sind aber die weitgehenden Schlussfolgerungen, die von modernen Forschern hieran angeknüpft wurden, welche den angeblichen Einfluss der Etrusker auf dem Gebiet des italischen Rechts und Volkstums weit übertreiben. Dass z. B. das äußere Symbol der höchsten Amtsgewalt in seiner Ausgestaltung zu den Rutenbündeln und Beilen (*fascēs et securēs*) in der Hand von Gefolgsleuten (*lictōres*) des Imperiumsträgers auf ein etruskisches Vorbild zurückgeht, kann man wohl zugeben. Ebenso kann man zugeben, dass ein Volk solche Formen nicht annimmt oder sie wenigstens nicht auf Dauer beibehält, wenn sie nicht seinen eigenen Anschauungen von dem Wesen des damit symbolisierten Instituts entsprechen⁴².

Damit ist aber gar nicht die weitgehende Vermutung zu begründen, dass das zugrunde liegende politische Gebilde selbst, nämlich das magistratische Imperium, seiner Idee nach den Etrusker entstamme, die in ihrer eigenen politischen Verfassung gar nichts ähnliches eindeutig aufweisen. Ebenso wenig einleuchtend ist der Versuch, die entsprechende Übersteigerung der Macht des Familienoberhauptes in der *patria potestas* mit der *potestas vitae et necis* auf ein angebliches etruskisches Vorbild zurückzuführen. Offenbar willkürlich ist die Behauptung, dass das Imperium sich nur bei einem Fremdherrscher mit unbeschränkter Gewalt über Leben und Freiheit der Untertanen, wie es die Tarquiner waren, entwickeln konnte. Gegen die Annahme einer etruskischen Fremdherrschaft in Rom steht das laute Zeugnis der Denkmäler: denn keine etruskische Inschrift, kein etruskisches Grab ist in oder bei Rom zum Vorschein gekommen; keiner der für Etrurien charakteristischen Grabhügel erhebt sich in der Nähe der Stadt⁴³.

Nicht als Vorbilder, sondern als Landesfeinde können die Etrusker auf die latinischen Stämme in dem Sinn hingewirkt haben, dass sie sich eine widerstandsfähigere politische Organisation gaben (gegen die Etrusker setzt am Anfang des 5. Jahrhunderts eine starke Reaktion ein). Einer eindeutigen Begründung entbehrt auch die Vermutung, die aus der angeblich etruskischen Benennung den etruskischen Ursprung einer Reihe von römischen Adelsgeschlechtern herleiten möchte. Demgegenüber ist die überlieferte Tatsache festzuhalten, dass die Gemeinde Rom (als Stadtstaat) auf eine Vereinigung von mindestens zwei am gleichem Orte gelegenen älteren Dorfgemeinschaften mit latinischen Namen zurückgeht: nämlich einerseits auf die selbst aus dörflichen Siedlungen hervorgegangene Gemeinschaft der Palatini, welche '*montani*' hießen, und andererseits auf die am Quirinalis angesiedelte Gemeinschaft der '*collini*' genannten latinischen Bauern.

Was der Weg, den die latinische Wanderung einschlug, betrifft, so ist er uns weniger kenntlich als der Zug des umbrischen und des sabellischen Stammes, der in der Richtung von Norden nach Süden auf dem mittleren Bergrücken Italiens sich noch deutlich verfolgen lässt. Vermutlich zog die latinische Wanderung in ähnlicher Richtung von der Poebene, in deren ruhiger Abgeschlossenheit die Latiner sich auf der Halbinsel akklimatisiert hatten, durch die nördlichen Apenninen an der Westküste entlang, wohl lange bevor die ersten sabellischen Stämme aufbrachen. Die Schicksale der eingewanderten latinischen Stämme waren sehr ungleich. Die in Großgriechenland und Kampanien Angesiedelten kamen mit den Griechen in Berührung in einer Epoche, wo sie deren Kultur Widerstand zu leisten nicht vermochten und wurden entweder völlig hellenisiert oder doch so geschwächt, dass sie später den sabinischen Stämmen unterlagen. Anders war es im Latium, wo griechische Kolonien nicht gegründet worden sind und es den Einwohnern nach harten Kämpfen gelang, sich einerseits gegen die Sabiner, andererseits gegen die Etrusker zu behaupten. Die Tibergränze gegen Norden ist uralte: alles Land nördlich vom Tiber ist den Latinern ein feindliches Gebiet, mit dessen Bewohnern ein Landfriede nicht möglich erschien und Waffenruhe stets auf beschränkte Zeit abgeschlossen worden zu sein scheint.

Übrigens hat in Mittel- und Süditalien die nahe Berührung der Umbrer bzw. der Sabeller mit Etruskern und Griechen die Kulturentwicklung unleugbar sehr beschleunigt und die dadurch bewirkte Durchsetzung mit hellenischen Kulturelementen Italien zur geschichtlichen Rolle befähigt, wesentliche

⁴²) J. RUBINO, *Über den Entwicklungsgang der römischen Verfassung*, 1839, S. 109.

⁴³) BELOCH, *Einl.*, III, S. 165.

Momente der griechischen Kultur im Westen und Norden Europas zu übermitteln. Eine solche Übermittlung konnte stattfinden trotz der zwischen Griechen, Etruskern und Italikern waltenden tiefgreifenden Unterschiede in Anlage, Charakter, Religion, Lebenssitte, Recht und der ganzen Richtung des geistigen Lebens (auch nach den neueren Ergebnissen der Sprachvergleichung erscheint der italische Sprachzweig näher mit dem keltischen als mit dem griechischen verwandt). Aber die völkischen Grundlagen und Quellen, woraus Rom die Kraft seines politischen Aufbaues und seiner Ausbreitung in Italien und in der antiken Welt schöpfte, bildeten, wenn nicht ausschließlich, so doch ganz überwiegend jene arischen Volksstämme, die, untereinander verwandt, nacheinander in die Poebene einwanderten und den größten Teil der Halbinsel besetzten: Latiner, Umbrier, Sabeller, drei große Volksstämme, die mit vollem Recht als die Glieder des italischen Volkstums und, als Italiker im engeren Sinn des Wortes, als führende Macht bezeichnet werden. Erst Rom aber hat alle drei Volksstämme durch Blut und Eisen zur Einheit zusammengeschweißt, indem es ihnen allen den Stempel der eigenen Nationalität aufdrückte: was doch nicht zugehen konnte, ohne vielfache Spuren der alten Unterschiede in Dialekt, Charakter und äußerer Erscheinung zu hinterlassen. Damit will ich natürlich nicht leugnen, dass schon vorher eine allmähliche Verschmelzung nicht nur der drei italischen Volksstämme untereinander, sondern auch mit nichtitalischen Stämmen und Volkssplintern vor sich ging, besonders zwischen den Umbriern und den nichtarischen Tyrsenen-Etruskern.

Man könnte von Rosenbergs Deutung der europäischen Völkergeschichte dasselbe sagen, was der goethesche Faust von den Historikern überhaupt sagt (gemeint sind die Historiker der Aufklärung): «Was ihr den Geist der Zeiten heißt, das ist im Grund der Herren eigener Geist, in dem die Zeiten sich bespiegeln». Nur die Völker vermeintlich indogermanischer Herkunft sind dem Verfasser kongenial: den anderen kann er irgendwelche Verdienste um die Bildung der europäischen Kultur nicht anerkennen. Mir scheint ein solcher Standpunkt – was Italien anbetrifft – einseitig und unhistorisch. «Die Bildner des römischen Staats» – heißt es z. B. – «standen den Etruskern rassistisch-völkisch feindlich gegenüber, unterwarfen sie sich, rotteten sie teilweise aus und nur der Geist, der Wille, die Werte, die sich hier in diesem Kampf offenbarten, verdienen römische genannt zu werden»⁴⁴. Hier liegt zwar ein Kern Wahrheit, dabei ist aber meines Erachtens eines nicht beachtet: dass nämlich die besiegten Etrusker mit ihren Kulturreformen vielfach bei den Römern Aufnahme fanden und dass ein Volk solche Formen nicht annimmt oder sie wenigstens nicht auf die Dauer beibehält, wenn sie nicht seinen eigenen Anschauungen von dem damit symbolisierten Geist und Sinngehalt entsprechen. Vollends willkürlich und ungerecht⁴⁵ scheint mir aber die Wertschätzung, die der Verfasser an seine historischen Betrachtungen anschließt: das etruskische Volk hätte nämlich das römische Blut «vergiftet», seine schreckenerregende Vorstellungswelt der Höllenqualen im Jenseits auf die Kirchen übertragen; die «grauenhaften Tier-Menschendämonen» wären bleibende Einwirkungsmittel des Papsttums geworden und beherrschen angeblich die durch die römische Kirche «vergiftete» Vorstellungswelt unseres Mittelalters. Eine solche abfällige Beurteilung kann höchstens dem praktischen Politiker geziemen, der manchmal zu vermeintlichen Erziehungszwecken gegen die Vergangenheit zu Gericht sitzen will (ich möchte auch das bestreiten, offen gesagt finde ich das Verfahren ein bisschen geschmacklos); keineswegs aber scheint die angeführte Beurteilung dem Mann der Wissenschaft und dem unbefangenen Historiker zu geziemen, der nur bestrebt ist, die Vergangenheit von innen heraus zu verstehen. Dieser wird zunächst nicht verkennen, dass die Berührung mit den Etruskern die Italiker zur geschichtlichen Rolle mitbefähigte, wesentliche Momente der vorderasiatischen-griechischen Kultur dem Westen und Norden Europas zu übermitteln. Weiter wird er nicht verkennen, dass das Wunder der italienischen Renaissance gerade in der von Etruskern am meisten befruchteten Gegend (in der Toskana) ihren Mutterboden fand und von dort aus ihren Lauf nahm (Rosenberg nennt nur den Machiavelli, und zwar sehr abfällig, aber Machiavelli ist nicht von der Renaissance zu trennen und er war der größte Politiker aller Zeiten).

⁴⁴) A. ROSENBERG, S. 61.

⁴⁵) [Ndc.: originariamente Betti aveva scritto: «oberflächlich und ein bisschen geschmacklos».]

Der unbefangene Historiker wird ferner auch über den angeblichen Einfluss der Etrusker auf die römische Kirche ganz anders urteilen. Was endlich die angebliche völkische Vergiftung betrifft, möchte ich folgendes bemerken: Es bewährt sich meines Erachtens bei der Angleichung zwischen Umbrenn (überhaupt Italikern) und Etruskern ein Erfahrungssatz der Völkergeschichte, dass nämlich eine Verschmelzung zwischen ethnisch stark voneinander abweichenden Menschengruppen nur dann produktiv und kulturfördernd wirkt, wenn unter den sich einander angleichenden Menschen der eine Volksstamm das entscheidende völkische Übergewicht behält. Das war eben beim Verhältnis zwischen Etruskern und Italikern der Fall. Die etruskischen Eroberer in Etrurien waren im Verhältnis zu der breiten Schicht der unterworfenen umbrischen Bevölkerung eine ziemlich dünne Schicht ebenso wie die Normannen gegenüber der angelsächsischen Bevölkerung in England. Außerdem waren die Umbrenn-Italiker, wenn auch noch unentwickelt, doch in einem hohen Maß kulturfähig, wie uns die Überreste ihrer Lebensformen unzweideutig zeigen. Nun, auf diesem von vornherein günstigen Boden hat die etruskische Kultur wie ein mächtiger Sauerteig und als ein umformendes Ferment eingewirkt, das die kulturelle Entwicklung beschleunigte.

Immer in den Bewegungen der Völkerwanderung, die wir überschauen können, wirkten solche Berührungen und Verschmelzungen zwischen Fremdartigen überhaupt belebend und befruchtend, indem sie neue fortschreitende Kulturformen hervorbrachten. Ich möchte nur noch jenes dorische Wesen vergleichend heranziehen, in dem sich wirkliche Dorer, Achäer, Aeoler zusammenfanden, oder jenen Geschlechterstaat, den die germanischen Sachsen, Angeln, Jüten und Friesen im keltischen Britannien gründeten⁴⁶.

Was die Einwanderung der arischen Kelten in die Poebene anbetrifft, so ist zu bemerken, dass, während die Küstenebenen (Latium, Kampanien, Apulien) schon früh eine bedeutende Volksdichtigkeit erreichten, die Poebene im Altertum zum großen Teile von Wald bedeckt war und nur eine verhältnismäßig dünne Bevölkerung hatte. Außerdem war sie von der griechischen Kultur wie abgesperrt. Aus diesen Umständen ist es wohl zu erklären, dass Norditalien in der älteren Geschichte nur eine sehr unbedeutende Rolle spielte, während es später am Ausgang des Altertums, im Mittelalter und bis heute vielfach wirtschaftlich und geistig führend auftrat⁴⁷.

Am Ausgang des Altertums und im Mittelalter ergossen sich dann über das Land - wie Sie alle wissen - Fluten germanischer Völker, die hier vererbten. Das bewirkte nochmals eine bedeutende Menschengewechsel, aber doch keine tiefgreifende Verschiebung des völkischen Typus: jedes Volk ließ Gruppen und Einzelmenschen zurück, die sich mit den alten Landesbewohnern vermischten und absorbiert wurden. Volkssplitter kamen an und verschwanden: Allmählich gingen sie in der italischen Bevölkerung auf. Ebenso ging es später, als von Süden her im 9. Jahrhundert die Sarazenen, im 11. die Normannen über das Meer ins Land kamen. Auch später, als die Einwanderungen nachgelassen hatten, ist fremdes Kriegsvolk immer wieder landaufwärts, landabwärts geführt worden. Von alledem ist nicht viel übrig geblieben, das Land hat fremde Volkssplitter durch einen raschen Anverwandlungsprozess aufgerieben⁴⁸.

Besonders in Süd- und Mittelitalien ist der von den alten Italikern hinterlassene völkische Bestand und Volkstypus - wie auch Goethe seinerzeit bemerkte - wesentlich unverändert geblieben. Das organische Werden des Volkstums scheint dabei durch die Konstanz der Formen in einem gleichbleibenden Rhythmus gebunden⁴⁹.

Heute leben auf italischem Boden, in friedlicher produktiver Zusammenarbeit, zu einer festen nationalen Einheit zusammengeschlossen Leute, deren Urahnen unter sich einstmals auf Leben und Tod verfeindet waren!

Aber ganz abgesehen von dieser mittelalterlichen und modernen Entwicklung, die wir hier

⁴⁶) Über den genetischen Prozeß einer Nation s. R. KIELLÉN, *Der Staat als Lebensform*, 1924, S. 108 f.

⁴⁷) BELOCH, in *Einleitung in die Alt. Wiss.*, III, 2.A., S. 163.

⁴⁸) E. KAHLER, *D. deut. Charakter in d. Gesch. Eur.*, S. 294, S.32 f., S. 362 f.

⁴⁹) R. KIELLÉN, *Staat als Lebensform*, S. 115.

prinzipiell außer Acht lassen müssen, wenn wir auf die römische Anschauung der italischen Nation zurückgehen wollen, so finden wir etwas ganz Merkwürdiges. Nach dieser Anschauung nämlich besteht das Wesen der Nation nicht so sehr in einer Abstammungsgemeinschaft, obwohl diese als normales gedankliches Schema des Volkstums doch vorausgesetzt wird, als vielmehr in einer geschichtlichen Schicksalsgemeinschaft und in dem Bewusstsein der Einheit, die Rom zur *'communis patria diversis gentibus una'* als Träger einer schicksalhaften Kulturmission erhebt. Dieses Bewusstsein der Einheit ist aber selbst ein geschichtliches Ergebnis und, einmal da, fasste es und umfasste es alle Teilnehmer mit der ganzen Stärke natürlicher, mitgeborener Zusammengehörigkeit. Dieses Bewusstsein organisierte sich seine Daseinsform, baute sich den nationalen Körper aus den Menschen, die nur in diesem Geist sich als Volk eins fühlten und waren. Dieser Volksgeist war das einigende, formgebende Moment. Aber er ist nicht ursprünglich, sondern geschichtlich geworden; er bleibt nicht starr und unbewegt, sondern lebte und wandelte sich im Fluss der Geschichte.

3. Roms älteste Gesellschaftsstruktur (Patrizier und Plebejer)⁵⁰

Versuchen wir, aus den Resten der Überlieferung ein ungefähres Bild von der Art der ältesten sozialen Zustände in Rom zu gewinnen. Diese sollen wir uns sehr einfach denken. Stadt und Gebiet umfassten wenige Quadratmeilen; die latinischen Einwohner waren entsprechend gering an Zahl, eine Bauernbevölkerung. Die Viehwirtschaft hatte große Bedeutung; doch die Kraft des Landes bestand im Ackerbau. Der innere Verkehr war nur gering: Der Güteraustausch kann noch nicht lebhaft gewesen sein. Barzahlung oder Treu und Glaube (*fides*) beherrschten den Verkehr. Als Wertmesser und Zahlungsmittel diente zuerst das Vieh (*pecunia* von *pecus*). An dessen Stelle trat dann nach einem Brauch vermutlich sabellischer Herkunft der Barren aus Kupfer (*raudusculum, aes rude*), der von Privaten gegossen wird und deshalb im Handel gewogen werden muss (*pendere, dependere*). Die Zuwägung erfolgte vor Zeugen durch einen Vertrauensmann der Parteien, dem sogenannten *libripens*: das war ein *negotium per aes et libram*. Freies Sondereigentum des Einzelnen gab es ursprünglich nicht am Boden, sondern nur an dem, was der Bauer «in der Hand» fassen konnte, d. h. an Sachen, die des «Handgriffs» (*mancipium*) fähig waren: Sklaven (*mancipia*) und Arbeitsvieh – Zug- und Lasttiere – (*res mancipi*), die im Gegensatz zum tauschfähigen *pecus* das stehende Kapital des Bauern bilden.

Übrigens ist auch dies Sondereigentum anscheinend aus einem einstigen Gesamteigentum der Geschlechtsgenossen hervorgegangen. Methodisch leitender Gesichtspunkt muss daher sein: bei der Betrachtung einer jeden hochaltertümlichen Gesellschaft darf nicht übersehen werden, dass auf dieser Stufe der kulturellen Entwicklung die Rechtssphäre des Einzelnen stark hinter jener des ihn umfassenden gesellschaftlichen Kreises zurücktritt. Das Geschlecht erscheint in jenen ältesten Zeiten als Träger sowohl der wirtschaftlichen wie der politischen Organisation. Bei der Erforschung dieser Organisation ist überhaupt nicht von den Einzelnen, sondern von den Stammesverbänden auszugehen. Die ganze Struktur der Urgesellschaft erscheint nach Stämmen (Kleinstämmen) gegliedert und wieder in Stämmen (Großstämmen) zusammengeschlossen. So ist alles Eigentum grundsätzlich Gesamteigentum der Geschlechtsgenossen, der *gentiles*. In Rom bildet es die urgeschichtliche Grundlage des ergänzend (wenn kein nächster Agnat dar war) eintretenden Erbrechts der Gentilen, das ursprünglich als Rückfall (Reversion) aufgefasst wurde und noch bis zum Anfang der Kaiserzeit bestand. Der Stammesverband vermittelt in der Urzeit sowohl die Eigentumsrechte wie die Bürgerrechte seiner Genossen. Der Einzelne ist durch sich selbst nichts. Was er ist, das ist er politisch und wirtschaftlich durch seinen Stammesverband. Dies gilt namentlich von dem Verhältnis des Einzelnen zum Bürgerstaat, zur *civitas*. Diese ist – wie wir näher ausführen werden – ein verhältnismäßig junges Gebilde und setzt sich aus Stammesverbänden zusammen, die ihm vorangehen. Nur insoweit und

⁵⁰) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume la triplice indicazione «3., 4., 5. Vorlesung, den 8.-9. November 1937».]

in der Art, wie der Einzelne Mitglied eines Stammesverbandes ist, beurteilt sich, ob und mit welchen Berechtigungen er Mitglied der staatlichen Gemeinschaft ist. Der Begriff des Staatsbürgers ist für den modernen Staat unentbehrlich, der alle örtlichen, religiösen und ständlichen Verbände nur kraft der von ihm getragenen Ordnung gelten lässt; geistesgeschichtlich aber ist er Erzeugnis des griechischen Denkens etwa seit dem 5. Jahrhundert v. Chr. Auch in Rom gehört die Bezeichnung als *civis Romanus* erst den letzten vorchristlichen Jahrhunderten an. Die älteste Bezeichnung ist die der Quiriten: Sie hängt wohl mit *curia* zusammen und hat einen anderen geistigen Inhalt.

Rückschlüsse aus den Instituten des ältesten Staatswesens auf die vorherbestehende Gesellschaftsstruktur sind wohl zulässig. Durch Institute wie die *tribus*, die *curiae* und die *gentes* gewinnen wir ja festen Boden, um die Hebel unserer rechtsmorphologischen Methode anzusetzen:

1) Das römische Staatswesen soll aus drei *tribus* – den *Rames*, *Tities* und *Luceres* – bestanden haben. Das Wort *tribus* bedeutet so viel wie die Gesamtgemeinde selbst: wahrscheinlich Dorfgemeinschaft. Die Namen der drei Tribus sind ursprünglich die Namen der drei ältesten Reiterzenturien des Heeres (ähnlich ist in gewisser Hinsicht nämlich die Bedeutung der griechischen *phylè*). Wohl älter wird die Einteilung in *curiae* und *gentes* gewesen sein.

2) Nach der Überlieferung umfasste jede *tribus* in Rom 10 *curiae* – die Gesamtgemeinde daher 30 – und jede *curia* 10 *gentes* – die Gesamtgemeinde daher 300 *gentes*. Die Einteilung der Bürgerschaft in Kurien ist unter den Italikern allgemein und ist noch in den römischen Kolonien der Kaiserzeit zu finden. Ebenso ist die Erinnerung an die *gens* erhalten geblieben, solange es überhaupt Römer gab. *Curiae* und *gentes* dürfen daher als die wesentlichen Bestandteile des römischen Bürgerstaats angesehen werden. Das Wort *curia* bedeutet so viel wie Männergesamtheit, Genossenschaft; sprachlich geht es auf *co-viria* zurück: Ihr entspricht die griechische *phratría* (Bruderschaft). Es handelt sich um vorstaatliche Verbände, deren Bezeichnung entweder – wie bei *Titia* und *Fancia* – auf Gentilnamen oder aber – wie *Voriensis*, *Veliensis* und *Velitia* – auf Ortsbezeichnungen zurückgeht, die wohl die gemeinsame Feldmark einer Reihe von Geschlechtern zusammenfassten. Nach der allerdings sehr unsicheren Überlieferung besaß die *curia* eigenes Vermögen (*aes curionum*), ein Gemeindehaus, das vornehmlich eine sakrale Bestimmung hatte, also einen Opferraum. Hierbei zeigte die *curia* einen Dualismus der Leitung bei weltlichen Geschäften und beim Opferdienst (jene versah der *curio*, diesen ein *flamen dialis*). Wie nahe die Kurien in Rom dem Bürgerstaat stehen, ergibt sich daraus, dass außer den *sacra* des Staats nur ihre *sacra* als *publica* bezeichnet werden, alle anderen hingegen als *privata*. Die Volksversammlung ist das Zusammentreten der *curiae* (*comitia curiata*). Da bildet die einzelne Kurie einen Abstimmungsverband: d. h. es wird nicht nach den abgegebenen einzelnen Stimmen gezählt, sondern das Abstimmungsergebnis richtet sich nach der Mehrheit der Kurien. Solche Kuriatkomitien fanden in Rom in geschichtlicher Zeit zweimal im Jahr, am 24. März und am 24. Mai statt: Diese Bestimmung geht wohl auf geschichtliche Zusammenhänge zurück, etwa indem die beiden Gemeinden von Palatin und von Quirinal an den bei ihnen üblichen Versammlungstagen festhielten. In den Kuriatkomitien wird darüber entschieden, ob die Ernennung eines Nachfolgers des Familienhauptes (durch *testamentum calatis comitiis*) zu genehmigen ist, ebenso darüber, ob einem vollberechtigten Hausvater der Übergang aus seiner Familie und damit aus seiner *gens* in eine andere zu gestatten sei (nämlich durch *adrogatio* seitens eines anderen Familienhauptes: was als arger Bruch mit dem Herkommen gilt).

3) Was die *gens* anbetrifft, so erscheint sie in unserer Überlieferung als bloße Unterabteilung der *curia*. Aber nach den Erfahrungen der vergleichenden Rechtswissenschaft, die uns überall das Geschlecht als den Ausgangspunkt der Entwicklung zeigt, ist es sehr wahrscheinlich, dass die *curia* – ebenso wie dann die *tribus* – erst eine spätere Zusammenfassung darstellt; eine noch spätere freilich //stellt// das Zusammentreten der Gesamtheit der Kurien //in Form der *comitia curiata* dar,// das wohl schon eine Bürgergemeinde voraussetzt (der *gens* entspricht wohl, ihrem Wesen und Alter nach, auf dem Boden der griechischen Rechtsgeschichte die griechische *phylè*). Vor allem knüpft

sich an die römische *gens* die allem Anschein nach sehr alte Namensgebung, die in der Art ihres Aufbaus eine römische Eigentümlichkeit darstellt. Während nämlich in den anderen Sprachen die Entwicklung von einem individuellen Namen ausgeht, der meistens aus zwei Wurzeln zusammengesetzt ist (z. B. So-krates, Sieg-fried), heißt der Römer nach der *gens*, der er angehört (was für den Gemeinschaftssinn der Römer zeugt). Daher bezeichnen die Römer die Gesamtheit der Gens als eine solche der Namensgenossen. Cincius⁵¹ sagt: *'gentiles sunt, qui meo nomine appellantur'*.

Unter den Angehörigen der *gens* (*gentiles*) ist die Idee einer näheren, freilich nicht immer nachweisbaren Verwandtschaft lebendig: eine Idee, die besonders in der Zurückführung der *gens* auf einen gemeinsamen Stammvater, auf einen *heros eponymos* hervortritt. Dennoch ist es schwerlich richtig, wenn man, wie es zuweilen geschieht, die *gentes* aus allmählich sich erweiternden Familien entstanden glaubt. Jene Verwandtschaftsidee lebt auch in ganzen Stämmen und Völkern und bringt eine Anschauung zum Ausdruck, welche die Zusammengehörigkeit der Stammesmitglieder bzw. Volksgenossen durch eine gemeinsame Abkunft begründet, die sie von den Angehörigen anderer Stämme und Völker unterscheidet.

Es ist ohnehin ein naheliegender Gedanke, dass die Familie in ihrer weiteren Ausbreitung zu Geschlecht, Stamm, Volk wird, und in den Stammsagen vieler Völker, wie Römer, Griechen, Germanen, wiederholt sich eben dieser Gedanke. Aber woher stammen denn solche Stammsagen? Sie sind, nach der nunmehr herrschenden Meinung⁵², einfache Versuche, wenn man so sagen darf, sich und die Welt zu verstehen. Die gewordene Tatsache, dass das Geschlecht in einer gewissen Gemeinschaft und Gleichartigkeit da ist, sich von anderen unterscheidet, ihnen gegenüber sich von besonderer Art fühlt, diese Tatsache, die man vor Augen hat, erklärt man sich aus der Analogie der erweiterten Familie, durch die Annahme, dass dieser Stamm von einem Stammvater gegründet worden ist, von einem Stammheros, in dem dann der Typus dieser Gemeinschaft angeschaut und verehrt wird. Er ist das leibliche Symbol dieser Einheit; und an was man sich von ihrer Geschichte erinnert, wie man sich ihr Tun und Hoffen vorstellt, das wird einfach in die Lebensgeschichte des Stammheros verlegt. Er ist der allgemeine Name, auf den alles übertragen wird, was diejenigen betrifft, die sich nach ihm nennen oder zu nennen glauben. Ich brauche hier nur an die Stammheroen der Latiner, der Römer, der tyrrhenischen Etrusker zu erinnern, die *Latinus* bzw. *Romulus* oder *Tyrsenos* heißen. Man sieht die psychologische Eigentümlichkeit des Vorgangs. Er fingiert den geschichtlichen Anfang: wie die Einheit als eine gewordene, als Ergebnis, unzweifelhaft da ist, so wird sie aus dem Schluss der Entwicklungsreihe in den Anfang verlegt; das Endergebnis wird von vornherein als Zweck der Entwicklung hingestellt. In diesem Sinn dürfte man den droysischen Ausdruck «sich selbst verstehen» gebrauchen.

Wahrscheinlich wird man in keinem einzigen Fall eine wirkliche verwandtschaftliche Gemeinschaft aller Stammesmitglieder nachzuweisen vermögen, aber in vielen Fällen beweisen können, dass die Verwandtschaft, um es griechisch zu sagen, nicht *physei*, natürlich gewachsen, sondern *thesei*, thetisch gesetzt wurde: also dass sie nur ein Schema der Organisation darstellt. Wo diese eintrat, war die Tatsache einer großen Gemeinschaft von Menschen, die sich wandernd, erobernd oder ansiedelnd als Gemeinschaft fühlten und hielten, die in eben diesem Zusammensein eine durchaus bindende Lebensgemeinschaft entwickelten. Es liegen Beispiele vor, dass die Stammesgenossen nicht einmal den gleichen Dialekt sprechen, wie die Dorer, die den Peloponnes eroberten, in den Herakliden ein achäisches, in den Aegiden ein böotisches, also äolisches Geschlecht in ihrer Verwandtschaft haben. Diejenigen unter den Hellenen, die sich rühmen, Autochthone zu sein, die Attiker, bezeugen ausdrücklich, dass viele fremde Geschlechter in ihren Geschlechterstaat aufgenommen sind, und wir kennen derer noch mehrere. Also: In Geschlecht und Stamm ist nicht das wesentliche Moment die erweiterte Familie. Ihre wachstümliche Gemeinschaft ist durch Zusam-

⁵¹) Festus, 94.

⁵²) DROYSEN, *Historik*, S. 209 f.

menleben und Zusammenhandeln auf geschichtlichem Weg erwachsen. Aber sie prägt sich aus und setzt sich fort in der Form der «Verwandtschaft»: d. h. das geschichtlich Politische wird zu einem Natürlichen, wird geglaubt und wirkt weiter als ein solches⁵³.

Bei der römischen *gens* wird als normaler Rechtsgrund der Stammesangehörigkeit die Geburt innerhalb des Stammes angesehen, d. h. eine Abkunft, die von den Stammesgenossen als der ihrigen gleich allgemein anerkannt ist. Indessen wird mit dieser allgemeinen Wertschätzung gerade über Entstehungsprozess und Wesen derartiger Stammesverbände, wie die römische *gens* einer ist, nichts ausgesagt. Vielmehr dürfte die urzeitliche *Gens* (ebenso wie die keltischen *Clans* und die griechischen *phratrīai* und *phylai*) eine politische Organisation innerhalb des Stammes gewesen sein, entstanden, wie dergleichen Stammverbände überhaupt entstehen, durch gemeinsame kriegerische Unternehmungen, gemeinsame Ansiedlung, gemeinsame Abwehr nach außen hin usw. Man braucht nur an die Einwanderung der Italiker wie anderer arischer Völker zurückzudenken, um sich die Notwendigkeit eines strammeren Zusammenschlusses in ziemlich größeren Stammverbänden anschaulich vorzustellen. Übrigens könnten derartige Stammverbände schon einer altarischen Grundorganisation entsprechen⁵⁴.

Der ursprüngliche politische Charakter der *gens* tritt noch in geschichtlicher Zeit vor allem dadurch hervor, dass sie in Versammlungen (*contiones*) zusammentritt und für ihre Mitglieder bindende Beschlüsse (*decreta gentilitia*) fasst, wodurch sie ihnen z. B. die Führung bestimmter Vornamen untersagt; weiter darin, dass sie ihnen gegenüber eine Sittengerichtsbarkeit ausübt, wodurch sie ihnen eine zensorische Rüge erteilt (*nota gentilitia*). Das sind lauter politische Funktionen. Dann aber kann es der *gens* auch an einem Rat der Älteren und an einem Exekutivorgan nicht gefehlt haben, wenn auch das Dasein eines Häuptlings – *princeps pater* oder *magister gentis*⁵⁵ – nicht ausdrücklich bezeugt ist. Unzweifelhaft hatte die *gens* ein gewohnheitsmäßig gebildetes Hausrecht und eine eigene Rechtsordnung (*mores, statuta gentis*), die gar nicht von der staatlichen Rechtsordnung abgeleitet sein konnte, da sie vorher bestand. Ursprünglich war jede *gens* auf dem gleichen engen Territorium, auf einer gemeinsamen Feldmark – die vielleicht *pagus* genannt war – in Ackergemeinschaft angesiedelt. Eine Spur dieses alten Zustandes zeigt sich noch in den gentilizischen Namen der römischen Landbezirke (*tribus rusticae*), die doch nur so verstanden werden können, dass dort die betreffende *gens* als solche ihre Niederlassung hatte (doch nicht so, als ob die ganze *tribus* dieser *gens* gehört hätte; denn die Zahl der *tribus rusticae* beträgt nur einen Bruchteil von der der *gentes*, die doch alle am Bodeneigentum teilnahmen). Beim Beginn unserer historischen Kenntnis ist freilich die politische Bedeutung des Stammesverbandes bereits gebrochen. Aber die Zusammengehörigkeit der *gentiles* macht sich noch durch Jahrhunderte geltend in der Gleichheit des Namens, in der gemeinsamen Gottesverehrung (*sacra*) – wodurch die *gens* als ein gottesdienstlicher Verband erscheint –, in den gemeinsamen Festen, Begräbnissen, Gebräuchen; auf privatrechtlichem Gebiet in dem der *gens* zustehenden Erb- und Bevormundungsrecht; endlich in der unter *gentiles* waltenden Sitte als gegenseitigen Beistand – kraft welcher sie in den feierlichsten wie in den schwersten Lebenslagen sich zusammenschließen und einander Hilfe durch Rat und Tat zu leisten pflegen.

Mehrere⁵⁶ *gentes* zerfallen in Zweige (*stirpes*: eine Entsprechung sind vielleicht die griechischen *géne*): so z. B. die *Cornelii* in die *Cinnae*, *Dolabellae*, *Cethegi Lentuli*, *Scipiones*, *Sisennae* und *Sullae*. Diese Namen heißen *cognomina* und werden dem *gentile* nachgesetzt (z. B. *Corn. Scipio*). Mit ihm zusammen treten sie im Gegensatz zum *praenomen*, dem Vornamen, den indessen überwiegend und ursprünglich ausschließlich Männer führen, Frauen erst nach der Eheschließung. Normalerweise gliedert sich aber die *gens* in Familienverbände. Nach der literarischen Überlieferung, insbesondere nach einem Bericht Ulpians,

⁵³) DROYSEN, a.a.O., S. 209-211.

⁵⁴) Dazu M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 528 ff.; O. HINZE, *Staat und Verfassung*, S. 159 f.

⁵⁵) M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, S. 777; P. BONFANTE, *Storia*, I, S. 66; B. KÜBLER, *Gens* in R. Enc. Pauly-Wissowa, VII, 1, S. 1183.

⁵⁶) [Ndc.: qui compare nel dattiloscritto originale l'indicazione: «2. Vorlesung in Köln am 23. Mai 1938».]

den wir in den Digesten finden⁵⁷, erscheint der Familienverband in einer doppelten Gestalt: erst als Hausgenossenschaft, als Kleinfamilie – *familia proprio iure dicta* –, zweitens als Agnatenverband, als Großfamilie – *familia communi iure dicta*. Ulpian's Bericht werden wir zusammen mit anderen einschlägigen Stellen exegetisch demnächst erörtern. Einstweilen äußern wir die Vermutung, dass ursprünglich der Agnatenverband mit dem 'gens' genannten Stammesverband zusammenfiel und dass aus dessen Zerfall und Zersprengung die Hausgenossenschaften (*familiae proprio iure dictae*) als selbstständige Familienverbände hervorgingen. Gewiss ist jedenfalls, dass ursprünglich Familienverbände nur im Rahmen der *gens*, nur im Schatz und Schirm der *gens* daseinsfähig waren.

Wir kommen also zu dem Schluss, dass die 'gens' die eigentliche Keimzelle der lateinischen wie der allgemein-italischen Urgesellschaft bildete und dass der römische wie jeder lateinische Bürgerstaat (sogenannter Stadtstaat, *civitas*) aus einem Zusammenschluss von Großstämmen (*tribus* und *curiae*) hervorgehen musste, die ihrerseits in Kleinstämmen (*gentes*) und Großfamilien gegliedert waren, welche wieder Hausgenossenschaften (*familiae*) in sich fassten.

Alle diese Stammverbände erscheinen schichtweise übereinander gelagert, in der Weise, dass die höheren, größeren, die niederen, kleineren, umfassen.

Diese eigentümliche Gesellschaftsstruktur kehrt bei anderen arischen Völkern, besonders bei den Griechen, ungefähr gleichmäßig wieder; und sie erscheint sehr geeignet, bei Griechen und Römern den Entstehungsprozess und das Wesen des antiken Bürgerstaats ins richtige Licht zu rücken.

Als die Griechen im Verlauf des 2. Jahrtausends v. Chr. von Norden aus in die südliche Hämus-Halbinsel stufenweise eindringen, waren sie ebenfalls nach Kleinstämmen gegliedert und in Großstämmen wieder zusammengeschlossen. Die allgemeine Bezeichnung der Stammesgemeinschaft ist bei ihnen *phylé* (*phylon*) – die griechische Entsprechung der römischen *gens* – und die Stammesangehörigen tragen einen gemeinsamen Stammesnamen. Die *phylé* tritt bei den Griechen als die früheste Form politischer Gesellschaftsordnung auf (wie etwa bei den Römern die *gens*). Ebenso galt die Gliederung nach *phylé* alle Zeit hindurch als das oberste Einteilungsprinzip staatlicher Genossenschaft in der Weise, dass sowohl da, wo die ursprünglichen Zusammenhänge zerrissen waren, wie auch da, wo völlige Neugründungen erfolgten, fiktive Stammesgenossenschaften geschaffen wurden. Die Stämme selbst, große wie kleine, waren in Bruderschaften (*phratrīai*) und Vaterschaften (*patriai*) und diese wieder in Sippengeschlechtern (*géne*) oder ihnen gleichwertige Geschlechtsgenossenschaften gegliedert. Diese Gliederung, ihrem gentilizisch-kultischen Ursprung gemäß, gaben dem politischen Großverband der *phylé* eine gentilizische Begründung, empfingen aber selbst von ihm als seine Glieder politische Bedeutung. Daher ist noch nach dem Staatsrecht spätester Zeit mit der Erteilung des Bürgerrechts an einen Fremden dessen Aufnahme in einer dieser Abteilungen notwendig verbunden. Die Zusammengehörigkeit zu der Bruder- oder Vaterschaft war durch einen patronymischen Familiennamen angezeigt, der die vermeintliche Abkunft von einem gemeinsamen eponymen Ahnherrn (*archegétes*) zum Ausdruck brachte (z. B. *Demotionidai*). Rechtlich drückte sich die Zusammengehörigkeit der Stammesmitglieder in einer Stammesordnung und in einem gemeinsamen Familien- und Sakralrecht aus, das normalerweise durch Geburt innerhalb des Stammes erworben wurde. Die sagenhaften Namen von Häuptlingen ebenso wie das uralte athenische Kollegium der *phylobasileis* beweisen, dass der Stamm einen Führer (*archòs*) hatte und die ihm untergebenen Mannen umfasste. In Attika bleibt die *phylé* (*gens*) auch nach ihrer Zersprengung stets die Grundlage der Heeresorganisation. Außerdem hatte die *phylé* eine beratende Körperschaft, einen Rat der Alten (*gérontes*), der seine Entstehung der Initiative eines Führers verdankt: denn dieser selbst hatte anfänglich die Alten zusammengerufen, um erst nach ihrer Beratung die Verantwortung der zu beschließenden Maßnahmen zu übernehmen (im griechischen wie im römischen Leben wird in wichtigen Fragen der Entschluss erst gefasst nach Anhörung des Rats von Vertrauenspersonen). So erscheinen im Rahmen der Stammesordnung die drei politischen Komponenten – der Führer, der Rat, und die Volksheeresversammlung – vollkommen ausgebildet. Nun, diese schon politisch gefärbte Stammesordnung bildet

⁵⁷) Ulpian, D. 50.16.195.2.

den Ausgangspunkt für die Entwicklung des griechischen Staatswesens: dieses bewahrt bis in seine letzten Entwicklungsstufen die Charaktere einer gentilizischen Rechtsordnung. Hand in Hand mit der politischen geht die religiöse Einigung der Phyle durch einen einheitlichen Stammeskult, in dem das sakrale Stammesrecht zutage tritt. Die übergeordnete Stellung des Sakralrechts in ältester Zeit verleiht dem griechischen Staatsleben ein besonderes Gepräge. Der Staat erweist sich durch und durch kultisch gebunden; Kulte und Staatsleben durchdringen einander und erscheinen wie zwei nur getrennte Äußerungen ein und derselben Gemeinschaft; kultische und politische Organisation fallen zusammen⁵⁸.

Wir dürfen also schließen: Griechen und Römer sind nicht dabei geblieben, der natürlichen Blutgemeinschaft der Familie bei der Gemeinschaftsbildung einen absoluten Wert und eine führende Rolle zuzuweisen, sondern haben sie zum bloßen Moment des Ganzen herabgesetzt: und zwar eines Ganzen, das aus vielen nebeneinander berechtigten Stammesverbänden besteht, strenger und sicherer in seinem Zusammenhalt auf einer breiteren Grundlage als bloßer Verwandtschaft fußt und einer wesentlichen politischen Bestimmung dient. Es sind nicht die bloß natürlich Verwandten, die sich so einigen, sondern getrennte Geschlechter, die sich zu gemeinsamen Aufgaben zusammen tun und einer einigenden Rechtsordnung unterwerfen, in der ihre Individualität sich bezwingen und abtun muss; oft genug geschieht das erst nach gegenseitigem Kampf, der dann durch eine solche Einigung geschlossen wird, in der die Vereinigten der Form und Bezeichnung nach zu «Blutsverwandten» werden. Hier also tritt an die Stelle der bloßen patriarchalischen Gewalt eine Gleichberechtigung zwischen den vereinigten Familienverbänden, eine rechtliche Beteiligung derselben an gemeinsamen politischen und kultischen Aufgaben, trotz der noch immer möglichen Interessengegensätze, die sich nach dem höheren Gemeinschaftszweck ausgleichen müssen⁵⁹. Angesichts dieses vorgeschichtlichen Verlaufs drängt sich ungezwungen (Droysens) Bemerkung auf⁶⁰: «Diejenigen, welchen es das höchst Vollkommene erscheint, wenn auch das Menschliche naturwüchsig verläuft, mögen hier erkennen, wie sie irren: nicht einmal der Stamm und das Geschlecht, nicht einmal die Familie erwächst in der vielgepriesenen Naturwüchsigkeit: die Menschennatur, auf das Sittliche (Politische) in jedem Moment eingestellt, kommt auch zu den natürlichen Gemeinsamkeiten (wie Droysen sie bezeichnet) nur auf dem Weg einer Geschichte, die, wie groß oder klein sie sein mag, sofort das Natürliche durchgeistigt zeigt».

Wie sollen wir uns nun ungefähr den Entstehungsprozess der antiken Bürgergemeinden, der sogenannten Stadtstaaten (italische *civitates* und griechische *poleis*) vorstellen? Eines scheint jedenfalls sicher: nämlich dass die Grundlage zu solchen Staaten, wie gesagt, durch die vorherbestehende, schon politisch gefärbte Stammesverfassung gebildet wurde. *Tribus, curiae/gentes, familiae* bei den Italiern, *phylai, phratrèai, géne* bei den Griechen sind die sprechenden Überbleibsel einer solchen Struktur der Urgesellschaft. Andererseits konnte kein richtiger Staat ins Dasein treten, solange die Stammesverbände, noch im Wandern begriffen, sich nicht auf eine bestimmte Feldflur mit erkennbarer Beharrungsgesinnung ansiedelten. Eine solche feste Ansiedlung bezeichnet in der Tat im Werdenprozess der antiken Bürgergemeinde – wie der englische Historiker Fowler⁶¹ hervorhob – einen entscheidenden Wendepunkt.

Denn während früher die Stammesgenossen vornehmlich durch den Glauben an eine gemeinsame Abkunft, mithin durch das Bewusstsein eines persönlichen Bandes des Bluts oder der Bruderschaft verbunden und zusammengehalten wurden, waren sie von jetzt an mehr und mehr auf den gemeinsam besetzten Boden, auf die Gemeinweide und Feldflur eingestellt und naturgemäß dazu gedrängt, sie als das heimische «Land der Väter» zu empfinden. So verblasste allmählich die Idee einer Abstammungsgemeinschaft, indem sie mehr als ein (fiktives) Schema der politischen Or-

⁵⁸) B. KEIL, *Griech. Staatsalt.*, in «Einleitung in die Alte Wiss.», III, S. 309-11.

⁵⁹) DROYSEN, *Historik*, S. 212-13.

⁶⁰) DROYSEN., *Hist.*, S. 211 f.

⁶¹) W.W. FOWLER, *The City-state of the Greeks and Romans*, S. 28 ff.

ganisation festgehalten wurde; und es kam jener Sinn für den heimischen Boden auf, der fest mit den darauf angesiedelten Menschen verwachsen ist. Damit verschoben sich auch Sinn und Rolle der bestehenden Stammesverbände: sie wurden mehr und mehr lokalisiert und schlossen sich zu größeren Dorfgemeinden (*village communities*) zusammen, als deren Schwerpunkt der Ort, die Gemeinweide, die Feldflur empfunden wurden (als eine Dorfgemeinschaft ist wahrscheinlich die ursprüngliche *tribus* aufzufassen, die meines Erachtens späteren Ursprungs als die *gens* ist). Das heimische «Land der Väter», worauf man lebte und aus dem man seine Lebensnahrung zog, lernte man als die «Heimat», als das «Vaterland» aufzufassen und zu lieben. Die 1.) Weide- oder Ackergemeinschaft, die eine solche Gesinnung groß gezogen hatte, weiter 2.) die Kultgemeinschaft, die noch immer auf der Annahme einer gemeinsamen Abstammung fußte, und 3.) die Führung durch einen Häuptling, der von einem Rat der Alten beraten wurde, waren vermutlich drei Charaktere solcher Dorfgemeinden, wie wir aufgrund einer vergleichenden Betrachtung aus ähnlichen urgesellschaftlichen Gebilden schließen dürfen⁶². Ihre Entstehung verdanken solche Dorfgemeinden dem Bedürfnis eines weiteren Zusammenschlusses, das feste Ansiedlung hervorruft. Aufrechterhaltung der Eigentumsordnung im Innern, Organisation zu Angriff und Abwehr nach außen, überhaupt Erhaltung des sozialen Körpers, das waren, ihrem Wesen nach, politische Aufgaben, wozu eine Dorfgemeinde besser geeignet erscheint als ein verhältnismäßig kleiner Stammesverband wie die *gens*. Es ist zwar nicht daran zu denken, dass solche Aufgaben nunmehr ausschließlich von der Dorfgemeinde übernommen und den früheren Stammesverbänden entzogen worden wären. Nein! Sie wurden im Gegenteil unter ihnen verteilt. Aber auf dem Weg zur Bildung einer Bürgergemeinde eines Stadtstaats (*civitas, polis*) war damit ein großer Schritt getan.

Rechtsmorphologisch bildet die Dorfgemeinschaft in diesem Werdeprozess die Übergangsbücke von den alten Stammesverbänden zum Stadtstaat. Der letzte entscheidende Schritt wurde damit getan, dass mehrere Dorfgemeinschaften dazu gebracht wurden, auf ihre individuelle Selbstständigkeit zu verzichten, um sich zu einem Bürgerstaat zusammenzuschließen. Ein solcher Zusammenschluss – griechisch *Synoikismos* genannt – wird uns durch eine sagenhafte Überlieferung nacherzählt, sowohl für Athen nach Thukydides' höchst interessantem Bericht⁶³ wie für Rom nach dem annalistischen Bericht über die Vereinigung der drei *tribus* der *Ramnes*, *Titius*, *Luceres*. Ohne diesen Gedankengang näher zu verfolgen, möchten wir uns hier mit der Feststellung begnügen, dass der antike Bürgerstaat in seiner ganzen Morphologie u. E. deutliche Spuren der erwähnten Entstehung trägt; wie denn nur eine solche Morphologie eine eindeutige Erklärung der antiken Auffassung des Stadtstaats liefern kann, die so tief von der modernen abweicht. Weder Griechen noch Römer nämlich vermögen ihrem Staat ein selbstständiges Dasein anzuerkennen, das von der Stadt, worin er fest verankert war und wo er seine politische Lebensform betätigte, gesondert und unabhängig wäre.

Um unsere Übersicht der Gesellschaftsstruktur Roms durch einen Blick auf die geschichtliche Zeit zu ergänzen, werden wir nun ein paar Bemerkungen dem Rechtsverhältnis der Klientel und dem Stand der Plebejer widmen.

Im Übrigen nicht nur die *civitas* und die *tribus* – nach unserer Diagnose die Bürger- und die Dorfgemeinde –, sondern auch der Stammesverband der *gens* weisen in ihrer Struktur eine Zusammensetzung aus Gesellschaftsschichten von verschiedenem Niveau auf. So gibt es innerhalb der *gens* das Treu- und Abhängigkeitsverhältnis zwischen *patroni* einerseits und *clientes* andererseits. Das Wort *clientes*, das im lateinischen von dem Zeitwort *cluere* herkommt, hängt mit einer indogermanischen Wurzel zusammen und hat die gleiche Bedeutung wie der germanische Ausdruck «Hörige». Jeder Klient hat einen *patronus*, der ihn vertritt, und führt dessen Geschlechtsnamen. Für die abhängige Stellung des Klienten ist es bezeichnend, dass die Zwölftafeln, indem sie der Untreue des Patrons gegen den Klienten erwähnen, sie lediglich der göttlichen Ahndung nach Maßgabe der Sakralrechtsord-

⁶²) FOWLER, *City-state*, S. 30 ff., wo auf den Bericht des Thukydides, I, 2.5-6 hingewiesen wird.

⁶³) Thukydides, 2.15; FOWLER, *City-state*, S.48 ff.

nung überlassen⁶⁴. Die Klienten sind in geschichtlicher Zeit eigentumsfähig und für die Auslagen beitragspflichtig, die dem Patron durch die Verheiratung einer Tochter oder durch die Verurteilung zu einer Geldstrafe erwachsen oder mit der Bekleidung einer Magistratur verbunden sind. Sie haben ferner den Patron aus der Gefangenschaft loszukaufen und haben bei der Bestellung der Felder, ähnlich wie die Hörigen im deutschen Recht, Hand- und Spanndienste zu leisten. Es traf sie somit eine weitgehende Beistands- und Treuepflicht zu steuerartigen Leistungen, wohl auch eine Unterhaltspflicht; andererseits nahmen sie an den *sacra* der *gens* teil und auch an ihrer Begräbnisstätte.

In geschichtlicher Zeit wurde ein klientelartiges Verhältnis durch die erst später zulässige Freilassung aus der Sklaverei begründet, indem sie ein weitgehendes Recht des Patrons auf Ehrerbietung (*obsequium*) und Treue (*fides*) sowie auf die Vormundschaft und die Erbschaft des Freigelassenen bedingte. Ein weiterer Grund für die Entstehung der Klienten ist die *applicatio*⁶⁵, d. h. der freiwillige Eintritt in die Hörigkeit, z. B. aus Anlass der Übersiedlung aus einer verbündeten Stadt nach Rom; ferner vielleicht auch die Übergabe in die Klientel (*deditio*). Der Ursprung der Klientel (Hörigkeit) entzieht sich unserer Kenntnis. Man hat in den Klienten unterworfenen Ureinwohner sehen wollen; dagegen //sprechen// aber der religiöse Schatz und die Geschlechtszugehörigkeit (Sippen). Vielmehr liegt die Erklärung des Instituts in der Fesselung der arbeitenden Bevölkerung an die herrschende Klasse⁶⁶ darin, dass mit der wachsenden Ungleichheit des Besitzes der ärmere Teil der Bevölkerung leicht in wirtschaftliche und dann auch rechtliche Abhängigkeit von dem reicheren Teil gerät, indem er wirksamen Schutzes gegen Übergriffe bedarf.

Diese Bemerkung führt uns zur Beleuchtung des Standesunterschieds zwischen Patriziern und Plebejern.

In der römischen Bevölkerung werden (weiter) zwei Bestandteile unterschieden, Patrizier und Plebejer. Die Bedeutung und der Ursprung dieser Zweiteilung sind außerordentlich umstritten. Niebuhr stellte zuerst die Behauptung auf, die Patrizier seien die eigentliche politisch zu allem berechnete Bürgerschaft der alten Zeit gewesen, die Plebejer hätten ihnen gegenüber eine politisch rechtlose Masse gebildet, die namentlich von der Teilnahme an der Volksversammlung – den *comitia curiata* – ausgeschlossen gewesen wäre und diese auch von Mommsen geteilte Ansicht ist auch heute noch weit verbreitet. Im Übrigen besteht unter ihren Vertretern eine weitgehende Meinungsverschiedenheit. Die einen (so Mommsen) identifizieren die Plebs mit den Klienten der Patrizier, andere (wie Niebuhr selbst) setzen sie in ausdrücklichen Gegensatz zu ihnen. Es hat aber die ganze von Niebuhr ausgehende Hypothese von dem rein patrizischen Urstaat keine Berechtigung. Sie passt weder zu der antiken Überlieferung noch zu den Schlussfolgerungen, zu denen analoge Erscheinungen in anderen antiken Städten zwingen. Die Plebejer gehörten in historischer Zeit, und zwar als stimmungsberechtigte Mitglieder, zu den Kurien, und es ist wenig wahrscheinlich, dass dies in der Königszeit anders gewesen sei. Ebenso waren die Plebejer, soweit wir geschichtlich zurückblicken können, wehrpflichtig, und auch dies verträgt sich nicht mit politischer Rechtlosigkeit. Am allerwenigsten können sie, wie dies die an Widersprüchen reiche Überlieferung bei römischen Schriftstellern will, als Klienten der Patrizier angesehen werden. Denn den Klienten verband mit seinem Patron ein religiöses Treuverhältnis. Die Plebejer konnten *de iure* selbst Klienten haben. Die Macht der Patrizier aber in ihrem Kampf mit der Plebs beruht nach der gerade hier durchaus glaublichen Tradition ganz wesentlich auf der Masse der von ihnen abhängigen Klienten. Der ganze Ständekampf wird unverstänlich, wenn man in ihm einen Kampf der Patrone mit ihren Klienten erblickt, deren Schädigung ihnen noch nach den Zwölftafeln bei Strafe des religiösen Bannes verboten war. Endlich erscheint auch die Auffassung zweifelhaft, obgleich sehr anregend und nicht von vornherein abzuweisen, die in den Plebejern eine nachträglich zu der ursprünglich rein patrizischen Bürgerschaft gewissermaßen von außen her hinzugetretene Gemeinde erblickt (dafür spricht vielleicht das

⁶⁴) XII Tafeln, VIII.21: *sacer esto*.

⁶⁵) Cic., *de orat.* 1.187.

⁶⁶) MEYER, *Vom Altertum zur Gegenwart*, S. 86.

Vorhandensein eigener Versammlungen). Aber in allen antiken Stadtstaaten sehen wir, dass sich aus der Ungleichheit des Grundbesitzes allmählich ein gegenüber der Masse des Volks bevorrechtigter Adel entwickelt. Ein solcher Adel wird auch das römische Patriziat gewesen sein. Ein Teil der ärmeren Bevölkerung gerät in Abhängigkeit von diesen Herrengeschlechtern und begibt sich in deren Klientel. Aber niemals war dies die ganze nichtpatrizische Bevölkerung. Immer gab es Kleinbauern, die sich ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit zu bewahren gewusst hatten; gab es selbst plebejische Zweige patrizischer Geschlechter, gab es auch Handwerker und Händler in der Stadt: diese waren es, die die Plebs ausmachten. Und als der Adel sich abschloss, die emporsteigenden Familien nicht mehr in sich aufnahm, da begann auch die Plebs, Familien von Macht und Einfluss zu umfassen, die ihr Gewicht bei dem entbrennenden Ständekampf in die Waagschale legten.

Nach diesen den Ursprung der Klientel und der Plebs betreffenden Bemerkungen werfen wir nun einen Blick auf jenes Gebiet, das wir heute als das der Eigentumsordnung bezeichnen. Hier tritt in der Verteilung der Güter der verbandschaftliche Charakter der Urgesellschaft besonders deutlich vor. Alle Sachherrschaft steht ursprünglich wie bei den Italikern so auch in Rom der *gens* zu; insbesondere am *pagus* besteht, wie bemerkt, eine Ackergemeinschaft der *gens*. Privateigentum entwickelt sich zunächst an Fahrnissen, und zwar aufgrund der Anschauung vom Totenteil. Es wird nämlich angenommen, dass der Tote ein Recht darauf habe, dass gewisse Fahrnisse, zu denen er in besonders enger persönlicher Beziehung stand, z. B. Schmuck, Armringe, bei Männern namentlich Pferdegeschirr, zugleich wohl mit dem dazugehörigen Gespann oder Streitross, Helm und Schild ihm ins Grab mitgegeben werden.

Die weitere Entwicklung blieb bei der Zulässigkeit des Privateigentums an Fahrnis nicht stehen. Als die *gens* (die Großfamilie) sich in die einzelnen durch den Agnatenverband umfassten Kleinfamilien zersplitterte, ging die Ackergemeinschaft der *gens* zu Ende und es trat an ihre Stelle das Sondereigentum der verschiedenen Hausgemeinschaften an den ihnen zugewiesenen *agri* sowie an den zu deren Bebauung erforderlichen Sklaven und Großvieh (Zug- und Lasttieren). So ward das altitalische Bauerngut mit seinem zum Hauswesen (*familia* im objektiven Sinn) gehörigen Inventar zum Privateigentum der einzelnen Hausväter, der *patresfamilias*⁶⁷. Der persönliche Charakter der Zugehörigkeit, der durch die Behauptung des *'meum esse'* (der Person angehörig) bei der Selbsthilfhandlung der *vindicatio* bezeichnet wurde, ging nunmehr von der individuellen Sachherrschaft an Fahrnissen (wo die Anschauung entstanden war) auf das Sondereigentum an dem Hauswesen (*familia* in diesem Sinn), die dem Hausvater zustand, über. Die das Hauswesen bildenden Güter wurden nunmehr als «handgriffefähige» Sachen (*res mancipi*) betrachtet: was so viel bedeutet wie im vornehmen Sinn eigentumsfähig. Die *res mancipi* werden noch in geschichtlicher Zeit als die Güter von gemeinschaftlichem Interesse der römischen Familie angesehen (darüber später).

Diese Übertragung der Anschauung einer persönlichen Zugehörigkeit auf das nunmehr dem Hausvater zugehörige Hauswesen ist bei dem Rechtsverhältnis des Hausherrn zu seinem Sklaven besonders deutlich. Die Sklaverei war im letzten Grund eine unausbleibliche Folge des exklusiven Verbandsrechts der antiken Bürgergemeinden. Danach wird Derjenige, der nicht im Gemeindeverband steht, nicht zur Rechtsgemeinschaft mit den Verbandsgenossen zugelassen: er ist also prinzipiell rechtlos. Dieser Grundsatz wird denn gegenüber solchen Ausländern, die einer feindlichen oder überhaupt einer von Rom nicht anerkannten Bürgergemeinde angehören, rücksichtslos durchgeführt. Sie werden vom römischen Standpunkt aus als nur faktisch frei angesehen, rechtlich aber sind sie dem Zugriff des römischen Heeres ausgesetzt. Rechtmäßige Folge der Kriegsgefangenschaft ist also die Sklaverei, die dann entsteht, wenn der Sieger im Streit den Überwundenen nicht erschlägt, sondern sein Leben schont. Bleibt der Gefangene aber Sklave, so entsteht zwischen ihm und seinem Hausherrn ein persönliches Verhältnis, das nicht im Eigentum (*dominium*) aufgeht, sondern darüber hinaus sich zu einem Untertanenverhältnis innerhalb der römischen Hausgemeinschaft gestaltet: der Sklave ist der *dominica potestas* seines Hausherrn unterworfen, die eine der verschiedenen

⁶⁷) Zu diesem Vorgang vgl. C.W. WESTRUP, *Joint family and family property*, 1934, S. 56.

Auswirkungen der Hausgewalt darstellt. Auch von der Rechtsordnung der Bürgergemeinde wird der Sklave nicht als bloße Sache, sondern in vielfachen Beziehungen als Person geschützt: z. B. wird noch nach dem Gesetz der Zwölftafeln⁶⁸ die an einem Sklaven verübte Körperverletzung ebenso wie an einem Freien mit einer, freilich geringeren, Buße geahndet.

4. Die ursprüngliche Verfassung des römischen Bürgerstaats: das Königtum⁶⁹

Einstimmig besagt die Überlieferung, dass Rom als Bürgerstaat ursprünglich von Königen regiert wurde. Ebenso sicher ist es, dass wir als die letzten Träger der königlichen Gewalt das Geschlecht der Tarquinier anzusehen haben. Wahrscheinlich handelt es sich bei Roms ältester Verfassungsentwicklung um einen Sonderfall einer gemeinlatinischen Entwicklung. Jedenfalls entspricht dem hausväterlichen Aufbau des Familienverbandes der monarchische Aufbau des Staats. Übrigens ist eine etruskische Herrschaft gegenüber den latinischen Bewohnern, die möglicherweise mit Mitteln der Gewalt hätte aufrecht erhalten sein sollen, u. E. ganz unwahrscheinlich; mögen auch noch so bedeutungsvolle Momente im geistigen Leben Roms, insbesondere in der Verfassung, auf etruskischen Einfluss zurückgehen (so geht z. B. auf etruskische Gedankengänge zurück, dass der König von den auch sonst in Etrurien nachweisbaren Likto­ren mit Rutenbündeln und Beilen begleitet wird).

Aber ganz abgesehen von der historischen Überlieferung, wenn auch diese schweigen oder sich als unzuverlässig erweisen sollte, reden doch Überreste älteren Rechts, die sich im jüngeren Verfassungsrecht erhalten haben, eine beredte Sprache. Die Überreste sind nun mittels unserer rechtsmorphologischen Methode zu beleuchten, die darin besteht, diese wie abgedorrte Zweige auf einem vertrocknenden Stamme erhalten gebliebenen Rückstände auf ihre ursprünglichen Funktionen zurückzuführen.

Wenn man nämlich die Gestalt und die Attribute der späteren republikanischen Magistratur betrachtet und die Beschränkungen wegdenkt, welche in bestimmter historischer Zeit durch bekannte Anordnungen eingeführt wurden, teils aus der veränderten Natur der Verhältnisse von selbst notwendig hervorgingen, so bleibt uns für die ältesten Zeiten in dem Königtum, von welchem alle jene Befugnisse abgeleitet werden, eine Obrigkeit zurück, deren Autorität und Macht sehr hoch stand. Überhaupt muss man die Staatseinrichtungen der Römer von der Mitte ihres Lebens aus in geistiger Abgestimmtheit mit ihrer Familienordnung auffassen und nicht vergessen, dass die Verehrung für die Staatsgewalt ein wesentliches Moment des Römergeistes und die Bedingung war, unter der die Römer ihre weltgeschichtliche Aufgabe erfüllten. Hätten sie im Inneren ihres Staats diesen Sinn von alters her nicht bewahrt, so hätten sie später von anderen Völkern nicht jene Anerkennung der Übermacht Roms verlangen können, deren Forderung ihnen so natürlich schien. Aus diesem Sinn erklärt sich auch, weshalb bei ihnen die Freiheit des Volks, als das Bedürfnis ihres Fortschreitens unabweisbar war, so eigene Wege einschlagen musste, um sich unbeschadet der Ehrfurcht vor der Magistratur auszudehnen und zu befestigen.

Der Name *rex* stellt bereits eine Abstraktion dar: er kommt nämlich von *regere*, einem ersichtlich indogermanischen Wort, zu dem er sich verhält wie *lex* zu *legare* oder *ligare* (binden), *nex* zu *necare*, und weist schon deutlich auf den Charakter des Königtums als Magistratur hin – (der Name *magistratus* bedeutet ebensoviel wie derjenige, der mehr ist als die anderen Mitbürger). Aber eigenartig und modernen Auffassungen geradezu entgegengesetzt ist der gedankliche Aufbau des römischen Königsamts. Das Verhältnis des Königs zu seinen Untertanen ist nämlich nicht etwa wie im Mittelalter und unter dessen Nachwirkung noch im modernen konstitutionell-monarchischen Staat auf dem Gedanken der Treue und der Folgepflicht begründet, sondern das Königsamt ist nach der römischen Auffassung von oben her eingesetzt und durch eine religiöse Weihe verklärt. Überhaupt

⁶⁸) XII Tafeln, VIII.3.

⁶⁹) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume la doppia indicazione «6. Vorlesung, den 11. November 1937; Köln III (IV), den 30. Mai 1938 ».]

hatten die ältesten politischen Institutionen, die man als unter göttlicher Autorität eingesetzt betrachtete, eine eigentümliche Weihe in sich⁷⁰.

Als oberster Satz stand in der römischen Überlieferung fest, dass der erste König den Staat gestiftet habe und daher seine Gewalt bei demselben eine ursprüngliche und ureigene, nicht erst vom Volk ihm verliehene war. Die Idee einer auf ihrer eigenen Grundlage beruhenden königlichen Gewalt zeigt sich aber am deutlichsten in den Vorgängen, die auf die Erlöschung der ersten Königenreihe oder nach der Sage auf den Tod des Romulus folgten. Nirgends tritt hier der Gedanke hervor, dass die Herrschaft nunmehr dem Volk anheimgefallen sei und erst vermittelt einer Übertragung durch dasselbe neu begründet werden müsse. Die oberste Magistratur wird vielmehr von vielen Präbendenten als gemeinsames Erbe aufgefasst und allein nach ihrer Verabredung besetzt. Die Zwischenkönige, *interreges*, übernehmen und übergeben einander das Zepter, verlangen und erhalten Gehorsam, ohne dass sie irgendeiner Anerkennung in den Komitien bedürfen. Hierdurch konnte auch der patrizischen Magistratur der Charakter der Ursprünglichkeit für alle Zukunft erhalten bleiben.

Ein zweiter Satz, der sich hieran anschloss, war, dass die Gewalt des Königs allein ursprünglich, alle anderen aber von ihr abgeleitet seien, so dass jede öffentliche Institution auf einer von ihr ausgehenden Einsetzung beruhe. Diese wurde nicht etwa von der einen Seite behauptet und von der anderen bestritten, sondern war zu allen Zeiten bereitwillig anerkannt. So berichteten die *pontifices*, dass ihr Priestertum, ihr Recht über alle mit der Religion zusammenhängenden Fragen zu entscheiden, ein Ausfluss des Königtums sei. Sie verlegten daher die Entstehung desselben geraume Zeit nach dem Ursprunge der Stadt, um in Numa einen König angeben zu können, von dem der erste *pontifex* die Grundsätze des Sakralrechts und die älteste Anordnung des Kalenders empfangen habe. So aristokratisch stolz auch Senat und Patrizier waren, so haben sie doch nie in Abrede gestellt, dass ihnen Rang und Ansehen von den Königen erteilt sei, obgleich die Konsequenz dieser Lehre sie hinderte, jemals aus ihrer unselbstständigen Stellung zur Magistratur herauszutreten. Was auch die historische Kritik bei der römischen Überlieferung über den Ursprung der Stadt zu bemerken haben kann, man muss ihr das Recht widerfahren lassen, dass sie die nationalen Vorstellungen wiedergibt, die demnach dafür zeugen, dass die Könige die konstituierende Gewalt besaßen. Dieser Teil ihrer Macht kann leicht verkannt werden, weil er nicht mit der übrigen königlichen Gewalt auf die Konsuln überging. In der Republik konnten neue Staatseinrichtungen nicht von den Obrigkeiten allein, auch bei Einwilligung des Senats, getroffen werden, sondern verlangten die Zustimmung der Volksversammlung. Eine solche Beschränkung bestand früher für die Könige nicht: sie hatten gewiss bei neuen Anordnungen große Rücksicht darauf zu nehmen, was sich dem Adel gegenüber durchführen ließ und was den Wünschen des Volks wie seinen Bedürfnissen entsprach, aber einer förmlichen Genehmigung bedurften sie dazu nicht.

Näher betrachtet war das, was die konstituierende Gewalt der Könige genannt wird, nur die Befugnis, die bestehenden Institutionen zu erweitern, sie fortzubilden und nach den Bedürfnissen des Staats neue hinzuzufügen, nicht aber das Recht, die alten aufzuheben.

Dieser Grundsatz der Erhaltung geht durch die ganze römische Verfassungsgeschichte hindurch und stellt den Gewalten der Republik ebenso wie den Königen eine Schranke entgegen. Er fand aber seine Stütze in dem Auspizienglauben, indem man die Bewahrung der einmal mit der Genehmigung der Götter eingeführten Verfassungsformen für das Heil des Staats als unerlässlich betrachtete.

Eine ähnliche Folge der altentümlichen römischen Denkart war es, dass das Königtum als die Quelle des Rechts, nicht nur des öffentlichen Rechts betrachtet wurde. Der Sache nach war diese Vorstellung natürlich durchaus unrichtig. Die ursprünglichen Rechtsbegriffe der Römer konnten unmöglich andere sein als diejenigen, die in den Sitten der Stämme aus deren Zusammenfassung die Bürgergemeinde hervorgingen (sowie in dem Gerichtsgebrauch lagen). Formell aber war der Satz zutreffend und hatte eine große praktische Bedeutung. Die Völker des frühesten Altertums sahen das Recht als ausgehend von einer höheren über dem Volk stehenden Autorität. Dieses Ansehen

⁷⁰) RUBIANO, 1 i [Ndc.: Rubino ?]

aber konnte im alten Rom niemand sonst als die Könige haben, die hier in einem weit durchgreifenden Sinn als die Vertrauten der Götter galten. Hieraus folgte zunächst, dass sie der Gewalt und dem Prinzip nach als diejenigen angesehen wurden, die allein befugt waren auszusprechen, was rechtens sei. Die alte Zeit ging von dem Gedanken aus, dass ursprünglich die Handhabung des Rechts vom freien Ermessen der Könige abgehängt habe, wodurch staatsrechtlich ausgedrückt wurde, dass keine gesetzliche Gewalt über ihnen stand, und zugleich geschichtlich, dass sich keine geschriebenen Normen vorfanden: dann erst seien bestimmte Sätze, teils des Sakral-, teils des bürgerlichen Rechts, aufgezeichnet worden. Auf diese Weise fiel den Magistraten der Republik – wie wir sehen werden – ein großer Teil sowohl der rechtsprechenden als auch der rechtsetzenden Gewalt der Könige zu, wovon später die Gesetzgebung durch die Volksversammlung nie alle Überreste unterdrücken konnte⁷¹.

5. Übergang zur republikanischen Verfassung⁷²

Der Grundgedanke des Königtums schließt auch eine Gewährung des Rechtsschutzes gegen den König, überhaupt gegen die Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt aus: noch in späterer Zeit sind die Magistrate nur politisch verantwortlich. Keine unter den anderen Institutionen der Königszeit hatte für ihre Mitwirkung bei den öffentlichen Angelegenheiten eine gesetzliche Garantie solange ein König an der Spitze des Staats stand, da es für diese keine rechtliche Verantwortlichkeit gab. Denn da kein hoher Magistrat während seiner Amtszeit zu gerichtlicher Rechenschaft gezogen werden konnte, so folgte schon hieraus, dass eine solche gegen einen Lebenslänglichen gänzlich wegfiel. Ebenso wenig konnte später in der Republik eine Handlung eines Beamten (ehe das eben hierdurch hervorgerufene Tribunat entstand) gehemmt oder auf irgendeine Weise anders erzwungen werden, als durch das höhere Imperium eines Vorgesetzten.

Hierzu kommt noch, dass es in Rom überhaupt keine politische Tätigkeit irgendeiner Staatskörperschaft gab, die nicht von der hohen Magistratur ausging. Alles, was im Staat geschieht, ist zunächst nur Handlung des Magistrats, wird durch die Gewalt desselben hervorgerufen und empfängt von dieser aus Gestaltung, Kraft und Weihe, welche Zustimmung und Mitwirkung auch sonst noch dabei erfordert wird. Dieser Grundsatz war so streng durchgeführt, dass dem Recht nach kein Staat, keine Volksversammlung vorhanden war bis zu dem Augenblick, da der Magistrat sie ins Dasein rief, und dass sie aufhörte, da zu sein in dem Augenblick, da er sie entließ, weiter, dass kein Gegenstand behandelt werden durfte, den der Magistrat nicht vorlegte; dass seine Anträge keine Veränderung erlitten, es sei denn im Senate mit seiner Genehmigung; dass keine Abstimmung zulässig war, wozu er nicht aufforderte, und dass daher die Beschlüsse beider Körperschaften nicht sowohl für ihre Handlungen galten als für die seinigen, für solche, die er vermittelt ihrer vollzogen hatte.

Demgemäß⁷³ – dürfen wir zusammenfassend hinzufügen – war die Magistratur die eigentliche Verkörperung der Senatsidee und die Trägerin der Staatsgewalt. Darum konnte sie nicht als rechtlich beruhend auf dem Gesamtwillen der Bürgerschaft gefasst werden, da diese ja für sich allein überhaupt nicht wirksam werden kann. Vielmehr ist nach römischer Auffassung die Magistratur älter als die Volksgemeinde, welche sie erst erschuf; und – hier kommt noch ein weiteres Moment in Betracht – das Amt geht von dem Vormann an den Nachfolger über: welche bei dem Zwischenkönigtum zum Vorschein kommende Ordnung sich bis zum Eintritt des Prinzipats auch tatsächlich ununterbrochen behauptet hat.

Nach der früh hinzutretenden Bindung des Vormannes in der Ernennung des Nachfolgers

⁷¹) J. RUBINO, T S. 10 ff., S. 14 ff. [P]

⁷²) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume la doppia indicazione «7.-8. Vorlesung, den 11.-12. November 1937».]

⁷³) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume, in coincidenza con questo capoverso, l'indicazione: «Köln, 4 Vorlesung, den 12. Juni 1938».]

durch die vorherige Befragung der Komitien wirken die Magistratur und die Komitien zusammen und diese Auffassung der Magistratur und der Komitien als gleichmäßig selbstständiger Träger des Gemeindewillens beherrscht das Staatsrecht der Republik. Erst in der späteren Republik werden die Komitien mehr und mehr, wenngleich nie vollständig, als die eigentliche Vertretung der Gemeinde betrachtet (und die magistratische Mitwirkung bei der Beschlussfassung wird nicht mehr als Vereinbarung, sondern als Geschäftsleitung aufgefasst).

Ziehen wir nun das zuletzt ange deutete Moment in Betracht, das der ganzen Auffassung der Magistratur gemäß erscheint: dass nämlich der König von seinem Vorgänger im Amt bestellt wird. Zwar verfuhr der Vorgänger dabei, und dies schon von alter Zeit her, gewöhnlich so, als ob er außer an die Ermächtigung des Senats auch an die Zustimmung der Volksversammlung gebunden wäre. Diese Fühlungnahme konnte aber damals nicht als eine wesentliche Bedingung gelten. Dagegen war es für alle Fälle notwendig, dass die Ernennung durch den Vorgänger im Amt geschah, also dass sie seine Handlung war und dabei jederzeit wieder aufs Neue die Zustimmung der Götter eingeholt werden musste. (Dieser Begriff tritt uns schon aus der staatsrechtlichen Kunstsprache deutlich entgegen: *creare* heißt 'zur Entstehung bringen, hervorbringen, jemanden zum Inhaber einer Würde machen'). Die Rechtsanschauung war die, dass der Magistrat allein befugt war, entweder die Fülle seiner Gewalt oder einen Teil derselben, sei es auf einen Nachfolger oder auf einen Kollegen, sei es auch auf einen untergeordneten Beamten, durch die Kreation zu übertragen. Gesetze und Senatsbeschlüsse legen in ihrem Wortlaut nur dem Magistrat das *creare* bei und sprechen in aller Deutlichkeit aus, dass das Staatsrecht den Magistrat, nicht etwa das in den Komitien stimmende Volk, als den Ernennenden betrachtet. Während indessen die Kreation die Gesamtheit der Handlungen umfasste, die zur Ernennung gehörten, also auch häufig die Abstimmung des Volks und die Ermächtigung des Senats einschloss, ging diejenige Handlung, wodurch die Amtsgewalt eigentlich übertragen wurde und die jedes Mal unerlässlich war, allein vom Magistrat aus. Sie bestand in dem Aussprechen der feierlichen Formel, wodurch er mit der Genehmigung und unter Anrufung der Götter die Staatswürde erteilte, d. h. in der *renuntiatio*. Erklärte er aus irgendeinem Grund, dass er diese Übertragung verweigere, oder entließ er die Versammlung, ohne sie vorzunehmen, so konnte nichts in der Welt gegen seine Weigerung einen Magistrat hervorbringen. Wohl kann der Magistrat ohne die Gemeinde handeln; nicht aber diese ohne ihn (sehr bezeichnend ist auch der Grundsatz, wonach niemand, sei es mit, sei es ohne Komitien, eine höhere Würde verleihen konnte als die, welche er selbst als Magistrat besaß).

Hierzu stand keineswegs im Widerspruch, dass der Konsul einen Diktator ernennen konnte; denn die Diktatur stand zwar über dem Konsulat, aber eine höhere Staatswürde verlieh sie nicht, indem schon die Konsuln in dem königlichen Imperium die höchste besaßen. Demnach stand fest, solange die Verfassung dauerte, dass nur die Inhaber der oberen Magistratur eine gleiche oder untergeordnete übertragen durften: denn von der höheren Gewalt konnte, wie eine von ihr ausgehende Kraft, wohl eine niedere auf eine andere Person übertragen werden, nicht aber umgekehrt. Daher durfte in der Republik ein Konsul nur von einem Konsul, Diktator oder Iudex, nicht aber von einem Prätor ernannt werden. Ebenso fremd wie der Gedanke, dass die Obrigkeit ihre Würde vom Volk empfing, war dem römischen Staatsrecht auch in der Republik der Gedanke, dass sie durch Volksbeschluss hätte derselben wieder beraubt werden können. (Wer mit einer Magistratur bekleidet war, konnte sie innerhalb der Zeit, für die sie ihm übertragen worden war, nur auf die eine Weise verlieren, dass er sich ihrer selbst entkleidete, d. h. durch //abdanken//. Freilich gab es Umstände, unter denen es schwer war, die Niederlegung des Amtes zu verweigern: wenn z. B. der Senat erklärte, dass es das Wohl des Staats so fordere. Aber derartige Vorstellungen und Drohungen hatten ja nur den Zweck, den an sich freien Entschluss des Magistrats selbst hervorzurufen, und beweisen daher um so stärker, dass er allein die Befugnis hatte, die ihm verliehene Staatsgewalt wieder aufzuheben (nur durch manchen revolutionären Beschluss wurde gegen diese Anschauung verstoßen).

Eine wichtige Rolle bei der Übernahme des Amtes durch den neubestellten König bzw. Oberbeamten, spielte die *'lex curiata de imperio'*. Wie jüngst Sieber eingesehen hat⁷⁴, wird sie nur eine feierliche Erklärung des ernannten Imperiumsträgers an das in den Kuriatkomitien versammelte Volk gewesen sein: also eine einseitige Ergreifung des Imperiums, deren Wirkung nicht davon abhing, ob sie mit Beifall begrüßt oder mit Stillschweigen empfangen wurde. Wir wissen sowohl aus Ciceros⁷⁵ wie aus Livius⁷⁶ Zeugnis, dass ohne *lex curiata* die Ausübung des militärischen Imperiums unzulässig war. Da nun die Einberufung und Leitung der Zenturiatkomitien durch die Konsuln auf deren militärischem Imperium beruhte, so war sie demgemäß erst nach Vollzug ihrer *lex curiata* zulässig. (Damit fällt auch ein Licht auf die Entstehung der Zenturiatkomitien, der merkwürdigen Volksversammlung, die kein Heer ist, sich aber wie ein solches gebärdet. Ihre Stimmkörper heißen wie die taktischen Einheiten des Fußvolks Hundertschaften (*centuriae*), ohne solche zu sein; und sie wird durch kriegerisches Hornsignal einberufen (*classicum*) und durch den Konsul geleitet (welche Leitung *'exercitum imperare'* heißt).

Gehen wir nun zu einer kurzen Betrachtung der anderen Staatsorgane der Königszeit über. Diese anderen Organe haben, neben dem König, auch eine staatsrechtliche Bedeutung.

Neben dem König steht ein Senat, der zwar nur selbstgewählter Rat des Königs ist, aber stets die mächtigsten und einflussreichsten Männer der patrizischen *gentes* in sich schließt⁷⁷; außerdem gibt es Volksversammlungen, die nur vom König berufen werden können, in denen dann aber einfach nach den Kurien abgestimmt wird (*comitia curiata*), jeder mündige Bürger also gleiches Recht hat; endlich priesterliche Sachverständigenkollegien, die das *fas*, das geistliche Recht, zu wahren haben: Sie sind zwar vom König abhängig, nicht zu Rechtsprüchen und Anordnungen (*edicta*) befugt, sondern nur zu Gutachten (*responsa*). Aber diese sind tatsächlich maßgebend und bilden so auch eine Macht. So ist das Fetialenkollegium bedeutend für den völkerrechtlichen Verkehr (Kriegserklärung und Friedensschluss), die Auguren für die Erforschung des Willens der Götter in staatlichen Angelegenheiten (Auspizien), vor allem der *pontifex maximus* mit seinem Kollegium als *index atque arbiter rerum divinarum humanarumque*⁷⁸.

Eine genauere Bestimmung des Verhältnisses der drei weltlichen Gewalten – König, Volk, Rat – zueinander hat man heute vielfach versucht; indessen muss man sich hüten, die scharfen rechtlichen Grenzen der späteren und heutigen Zeit in diese Urzeit zurückzuverlegen. Die Macht der faktischen Umstände und namentlich der Persönlichkeit der einzelnen Könige mögen wohl vor allem entscheidend gewesen sein. Doch wird man annehmen dürfen, dass schon damals die Grundzüge der späteren Verfassung vorhanden waren; denn die Republik tritt nicht als Neuschöpfung, sondern als Abwandlung und Abschwächung des Bestehenden auf. Danach erscheint der König als ausschließlicher Inhaber aller geistlichen und weltlichen Gewalt. Er ist aber kein Aristokrat, kein absoluter Herrscher orientalischer Prägung. Die Gewalt gilt als ihm anvertraut: er selbst ergreift sie vor der Volksversammlung, gewissermaßen holt er sie bei dieser durch die *lex curiata de imperio* ein.

Er muss auch seinerseits nach dem späteren Ausdrucke die Gewalt zum Besten des Gemeinwesens (*a re publica*) in Treue üben. Dabei steht ihm der Senat zur Seite, aber lediglich mit beratender Stimme (*consilium*). Eine feste, der Königsgewalt gegenüber verfassungsmäßig geordnete Kompetenz der Volksversammlung darf man nicht annehmen: der König wird die Volksversammlung befragen haben, wenn die tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere die Wichtigkeit eines zu fassenden Entschlusses (z. B. über eine Kriegserklärung, einen Friedensschluss, einen Waffenstillstand) es ihm ratsam erscheinen ließen, sich zuvor der Zustimmung des gesamten Volks zu vergewissern. Die Abstimmung fand dabei nach Kurien statt (*comitia curiata*). Die auch später unverrückten Grundlagen des Staatswesens sind die allgemeine Wehr-, Steuer- und Fronpflicht der Bürger,

⁷⁴) ZSS., 57, S. 233 ff.

⁷⁵) *De lege agr.* 2.26.

⁷⁶) 5.52.15.

⁷⁷) Warum «Repräsentation» unmöglich, s. HINTZE, *Staat und Verfassung*, S. 162 ff.

⁷⁸) Festus, 185.

einerlei ob Patrizier oder Plebejer. Die Fronpflicht (*munera*) ist, wie wir sie kennen, im Verschwinden, aber sicher bezeugt und praktisch⁷⁹. Jeder Bürger ist dienstpflchtig und nur er hat das Wehrrecht: das Heer (*legio*) besteht nur aus Bürgern; jeder Bürger muss steuern, die nicht Wehrfähigen (*viduae, pupillae, orbi*) in besonderer Weise. Der König kürt das Kriegsheer (*dilectus*), er schreibt die Kriegsteuer (für den Sold) aus (*tributus*), beides wohl unter Mitwirkung des Rates, wenn und soweit es ein Bedürfnis ist; er befiehlt das Heer und verfügt über Beute und erobertes Land (*ager publicus*).

Der König ist endlich Gerichtsherr in Strafsachen. Die Straftaten zerfallen in Sakral- und weltliche Vergehen. Über beide richtet der König. Doch wurde bei reinen Sakralvergehen (Meineid, unabsichtlicher Tötung) keine Strafe verhängt; die Ahndung stand der Gottheit zu (*diis sacer esto*). Die Verbrechen der weltlichen Rechtsordnung richten sich entweder gegen den Staat (*perduellio*) oder gegen Privatpersonen und ihr Vermögen (Mord, Entwendung, *iniuria*, Sachbeschädigung). Die letzteren überlässt der Staat der Privatverfolgung (Blutrache, Tötung des gefassten Diebes oder Ehebrechers) oder der Klage auf Talion oder Buße. Bei den Staatsvergehen wird von Amts wegen eingeschritten, ohne bestimmte Formen verhandelt, regelmäßig die Todesstrafe erkannt und vollstreckt. Dass es, wie die römische Überlieferung will, gegen das Königsurteil eine an die Volksversammlung gerichtete Berufung (*provocatio*) gegeben habe, die dann als eine Art Begnadigungsinstanz hätte freisprechen dürfen, ist nicht glaubhaft, da das Rechtsinstitut der Provokation noch im Jahr 300 v. Chr. gesetzlicher Einschärfung bedurfte⁸⁰. Dasselbe gilt von der Nachricht, dass der König die Aburteilung an seiner Stelle zwei Vertrauensmännern, den *duoviri perduellionis*, hätte überlassen können: schon die Zweizahl, die an die der Konsuln erinnert, spricht dafür, dass die Zweimänner erst republikanischer Zeit angehören.

Die Zivilrechtspflege hat sich in Rom aller Wahrscheinlichkeit nach aus ursprünglichen Schiedsgerichten entwickelt, die später dadurch, dass die Obrigkeit an ihrer Einsetzung und Instruktion beteiligt wurde und die für die Entscheidung maßgebenden Richtlinien wies, sich in staatlich anerkannte Volksgerichte verwandelten. Diese Entwicklung dürfte sich schon in der Königszeit vollzogen haben, so dass wir berechtigt sind, gewisse Grundzüge von Verfahrensarten, die uns in den Zwölftafeln bezeugt sind, schon jener älteren Zeit zuzuschreiben.

Nach dieser kurzen Übersicht kommen wir nochmals zur Betrachtung der umfassenden Allgewalt des königlichen Imperiums zurück, die zugleich eine solche der römischen Magistratur überhaupt (auch der republikanischen) ist. Wenn wir diese magistratische Allgewalt, die sich zur Befriedigung jedes möglichen Lebensbedürfnisses des Staats betätigt, nach ihrem Umfang und Inhalt erfassen wollen, so müssen wir von vornherein auf eine Einstellungsverzicht, die zwischen den staatlichen Funktionen der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung nicht bloß materiell unterscheidet, sondern auch formell, nach Montesquieus Vorgang, diese drei verschiedenen Funktionen drei verschiedenen Gruppen von Organen zuzuweisen. Wohl können wir auch für Rom Magistratur, Rat, Volk unterscheiden; aber schon die scharfe Bestimmung von Kompetenzgrenzen gelingt angesichts des Imperiums nicht, das überall hinausgreift. Auch in der Republik üben alle drei Staatsorgane zugleich Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit aus. Die Gesetzgebung des Beamten geschieht durch das *ius edicendi*, die des Senats durch den Recht schaffenden Senatsbeschluss. Aber wenn man von der Theorie Montesquieus her etwa das Imperium als solches beschreiben und die drei Funktionen bei ihm trennen wollte, so gelänge nicht einmal das. Eine analysierende Betrachtung könnte den einheitlichen Imperiumsbegriff eher verdunkeln. Andererseits deckt dieser auch staatliche Tätigkeiten ab, die sich in jene drei Kategorien nicht einreihen lassen: Kriegsführung, Aufrechterhaltung der inneren Ordnung gegen Staatsumwälzungen, also Akte gegen eine Bedrohung der Existenz des Staats. Es ist bezeichnend, dass das Imperium die feldherrliche Tätigkeit des Imperiumsträgers im besonderen Sinn bedeutet. Imperium ist sachlich die Befehlsgewalt schlechthin: wer sie hat, dem muss man Gehorsam leisten (die Interzession der Tribunen ist

⁷⁹) Cicero, *Verr.* 5.48; Liv., 1.56, 1; *lex Urson.* 98.

⁸⁰) Liv., 10.9.

eine revolutionäre Erscheinung, ein Kompromiss mit der Einflussnahme der Plebs und der Parteivertretung; im Übrigen ist sie auf das städtische Regiment beschränkt).

Hier noch eine Frage: wo ist der geschichtliche Ursprung des magistratischen Imperiums zu suchen? Dabei sind, wie bei jeder rechtsvergleichenden Betrachtung, drei Möglichkeiten gegeben: 1) indogermanische Herkunft; 2) rezeptive Übernahme anderswoher; 3) wenn keine dieser zwei Fragen bejahend beantwortet wird, dann originelle Schöpfung⁸¹.

1. Was die erste Möglichkeit betrifft, so ist das, was uns die Rechtsvergleichung aufweist, ein schwaches Königtum, das sehr vom Volk abhängt. Nach dem Bericht der römischen Tradition hätten dagegen die Römer von jeher ein so scharf ausgeprägtes Königtum gehabt, wie es noch im magistratischen Imperium der Republik zutage tritt. Zweifelhaft erscheint darum die Annahme eines gemeinlatinischen Bauernkönigtums, wie es uns für die Osker überliefert ist, als eine einfache, aus der Kriegsführerschaft eines Bauernherzogs hervorgegangene Institution mit hinzugekommener rechtssprechender Gewalt. Dieser Art ist gerade das königliche Imperium der Römer nicht. Also um indogermanisches Erbe handelt es sich nicht.

2. Sollen wir also fremden Einfluss annehmen? Von Anfang an hat Rom die Anregungen, die das Ausland ihm bot, bereitwillig angenommen, aber mit großartigem Takt stets umgebildet⁸². Hier taucht die Möglichkeit eines etruskischen Einflusses auf. Sie ist nicht von vornherein abzuweisen. Wer aber einen «Panetruskismus» nicht mitmachen will, wird sich darauf beschränken, unvoreingenommen nur manche deutlichen äußeren Hinweise auf etruskisches Wesen in der Überlieferung vom magistratischen Imperium anzuerkennen. Hierher gehört z. B. das Doppelbeil im Rutenbündel, das Likatoren dem Könige als Zeichen des Blutbannes vorantrugen: ein Zeichen, das der republikanische Magistrat in der Stadt ablegen lassen musste. Auch die römische Überlieferung selbst empfindet die Fremdartigkeit mancher Insignien. Verwiesen sei auch auf die etruskische *'disciplina'* der Haruspices. Solche äußeren Indizien aber reichen nicht aus, um eine rezeptive Übernahme des Rechtsbegriffes selbst anzunehmen.

3. Wer sich bei der Bewertung vorsichtiger verhalten will, der wird sich mit der dritten der genannten Möglichkeiten zufriedengeben müssen und sagen, dass irgendwann einmal die Römer ein dem indogermanischen Königtum noch fremdes Imperium unter selbstständiger Verarbeitung von uretruskischen Institutionen und nach manch etruskischer Anregung ausgebildet haben⁸³. Man wird auch auf den einleuchtenden Parallelismus mit der Hausgewalt des römischen Hausvaters verweisen dürfen, die mit dem königlichen Imperium geistig abgestimmt erscheint. Man wird vielleicht auch auf verwandte Erscheinungen hinweisen, wie die ägyptischen, babylonischen und anderen orientalischen Dynastien, die ebenfalls an Stelle anderer Verfassungen getreten sind und nicht von Anfang an da waren.

Jedenfalls spielte bei der Ausgestaltung des magistratischen Imperiums jene römische Gesinnung wesentlich mit, die wohl als autoritäre Staatsgesinnung am besten bezeichnet wird: eine Gesinnung, die die Grenzen der Staatsgewalt möglichst hinausgeschoben sehen möchte, das freie Ermessen der Autorität in einem weiteren Bewegungsraum walten lässt und die justizförmige Überprüfung ihres Waltens entweder ausschließt oder doch einschränkt. Nach dieser Gesinnung ist das Verhältnis der Staatsbürger zu ihren Magistraten gestaltet. Diese genießen bereits ein gesellschaftliches Ansehen, ehe sie Beamten werden; das Amt steigert dann ihre Autorität und auf Verwertung und Erhaltung ihrer Autorität ist das ganze Amtsrecht zugeschnitten. Besonders bezeichnend ist die Stellung des Magistrats gegenüber der Bürgerversammlung. Die Beteiligung dieser Versammlung bei der Be-

⁸¹) A. ROSENBERG, *Der Staat der alten Italiker*, in Pauly-Wissowa Realencycl.

⁸²) ROSENBERG, S. 81.

⁸³) Dazu ROSENBERG, *Der Staat*, S. 79 ff.

schlussfassung für die Gemeinde wird zwar mit der Republik formell unentbehrlich, aber materiell soll //sie// nach römischer Anschauung in den engsten Grenzen gehalten werden. Alles Mitreden und Mitregieren der Bürger insgesamt ist ausgeschlossen. In der *contio* soll der Bürger hören, was ihm der einberufende Magistrat mitzuteilen hat: die *contio* ist kein Parlament, denn es spricht allein der einberufende Magistrat und derjenige, dem er nach seinem freien Ermessen das Wort erteilt. In den *comitia*, den Abstimmungsversammlungen des Volks, ist die «Rede» vollständig ausgeschlossen. Es fehlt den Teilnehmern auch das Emendationsrecht und überhaupt das Recht der Initiative: sie sind lediglich dazu berufen, über den Antrag des die Versammlung leitenden Magistrats abzustimmen: über seinen Gesetzesvorschlag, über seinen Strafantrag im komitalen Strafprozess, über die vorgelegte Kandidatenliste in den Wahlkomitien. Weiterhin steht der Antrag im freien Ermessen des Magistrats. Befragung der einzelnen Mitglieder bzw. Abstimmungsverbände und Mehrheitsfindung liegen den beiden korrelativen Institutionen der Komitien und des Senats gleichmäßig zugrunde; aber im schärfsten Gegensatz antwortet auf die magistratische Frage der Bürger mit Ja oder Nein, der Senator mit seiner begründeten Meinung (*censeo*). Können in der Republik Volksgesetz, Volkswahl und Volksgericht nur zustande kommen unter Zusammenwirken von Magistrat und Volk, so kann andererseits aber der Magistrat doch auch allein handeln: so schon, wenn er z. B. zum Volk in seinen Edikten spricht und Richtlinien verkündet.

Das republikanische *imperium* hat die Grundidee des königlichen beibehalten und damit u. E. die Größe Roms als Staat heraufgeführt. Beim Übergang zur republikanischen Verfassung wird die alte Königsgewalt keineswegs abgeschafft; sie geht über auf die beiden vom Volk gewählten Prätores, die späteren Konsuln, allerdings in wesentlicher Beschränkung: beschränkt durch die kurze Amtsdauer eines Jahres (Annuität); beschränkt durch die Kollegialität, die zwar jedem der beiden die volle, ungeteilte, somit unbeschränkte Gewalt, mithin die Befugnis beließ, auch allein mit voller Wirkung zu handeln (das Kollegialitätsprinzip ist am ehesten mit der Idee der Gesamthand vergleichbar), zugleich aber auch jedem das Recht gab, den andern durch Widerspruch am Handeln zu verhindern (Interzessionsrecht); beschränkt durch die Lostrennung des Oberpontifikats, das zum selbstständigen lebenslänglichen Amte wurde (also Trennung der höchsten geistlichen von der höchsten weltlichen Gewalt); beschränkt wegen Einschränkung der Koerzitions- und Strafgewalt durch Provokation an das Volk; vielleicht auch schon durch das Amt des Quästors, der, zunächst vom Prätor selbst ernannt (erst später gewählt), doch unter eigener Verantwortung den Staatsschatz verwaltet. Ausnahmsweise kann die alte Königsgewalt unbeschränkt in der Diktatur wieder aufleben. Diese Veränderungen mussten notwendig zu einer Steigerung der Macht des Senats führen. Zwar bleibt dieser formal das bloße *consilium consulum*; aber den wechselnden und technisch ungeschulten Beamten gegenüber verkörpert sich im Senat die Tradition der staatsmännischen Erfahrung sowohl in den inneren wie in den auswärtigen Angelegenheiten der Gemeinde (er nimmt tatsächlich die Führung der auswärtigen Politik in die Hand), so dass die eigentliche politische Regierung, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich in seine Hand hinübergleiten musste. Die römische Auffassung geht selbst von der Gleichartigkeit des königlichen und des republikanischen Oberamts aus. Sie gibt auch eine Antwort auf die Frage, inwiefern die Republik mit rechtlicher Kontinuität aus dem Königtum wenn nicht hervorgegangen ist, doch hätte hervorgehen können, indem sie einen solchen Entwicklungsprozess in zweifacher Weise andeutet:

1) Einmal insofern nach dem Tod des ersten Königs bei dem ersten Eintreten des Interregnum die Absicht ausgesprochen wird, vom Königtum abzusehen und mit dem rechtlich abgegrenzten Wechsel der Zwischenkönige in die republikanische Ordnung überzutreten⁸⁴.

2) Ausserdem insofern dem König Servius die Absicht beigelegt wird, die Königsherrschaft niederzulegen und den Wechsel //der// Jahresherrscher selber freiwillig herbeizuführen, oder gar //die

⁸⁴) Cic., *de rep.* 2.12.23; 2.

Wahl der// ersten Konsuln als aufgrund eines von ihm entworfenen Plans⁸⁵ hinstellt.

Beide Erzählungen sind ebenso historisch unsinnig wie staatsrechtlich fehlerlos konstruiert und liefern gleichsam die Probe, wie die große Aufgabe, aus dem Königtum die Republik herzuleiten, vollkommen gelöst war. Rechtlich zulässig ist sowohl das eine wie das andere Verfahren.

Das wesentliche Moment, //welches// das Königtum und die Republik unterscheidet – die Befristung – ist im Interregnum ebenso vorhanden wie im Konsulat. Der Umsturz des Königtums war also kein Bruch mit der bisherigen staatsrechtlichen Tradition und gesellschaftlichen Ordnung, sondern mehr ein staatspolitisches Ereignis, an dem das ganze Staatsvolk, also die Gentes in ihrer Gesamtheit beteiligt waren. Aus diesem Sachverhalt zogen die Römer ein merkwürdiges Erlebnis: sie ließen nämlich das Königtum sogar unter Beibehaltung des Namens überall dort bestehen, wo es keine staatlichen Funktionen gegenüber den Staatsbürgern ausübte. So wurden den Göttern die Opfer nach wie vor von einem 'rex', dem Opferkönig dargebracht. Bei Beginn der Republik wurden seine vom Königtum übernommenen Vorrechte bestätigt und die diesbezügliche Inschrift, die älteste Steininschrift, die wir besitzen, ist am Forum aufgefunden worden. An das Königtum erinnert ebenfalls die noch immer bestehende Einrichtung des *interrex*.

Die Grundgedanken des Königtums wirken in dem Imperium der republikanischen Oberbeamten stark und lebendig nach. An die Stelle des Königs treten zwei Oberbeamte, auf die das königliche Imperium übergeht, aber mit einer einjährigen Amtsdauer, die wohl ursprünglich *praetores* (Herzöge; Führer), später *consules* heißen. So naheliegend es uns scheinen könnte, das Oberamt funktionell zu teilen (d. h. gewisse Geschäfte dem einen, gewisse dem anderen Amtsträger zuzuteilen), umso ferner liegt dieser Gedanke der römischen staatsrechtlichen Konstruktion (wohl nicht der Praxis des römischen Staatslebens). Die beiden Konsuln sind hiernach *collegae*, d. h. beide besitzen ungeteilt die volle und, gemäß der *plenitudo potestatis*, unbeschränkte Gewalt; beide führen auch die gleiche Amtsbezeichnung. Dies ein eigentümlich römischer Gedanke⁸⁶, obwohl es nicht an Anknüpfungspunkten für die Besetzung des obersten Amtes mit zwei Amtsträgern fehlte: nämlich bei Oskern und Umbrern.

Unter den inhaltlichen Beschränkungen des Imperiums war von besonderer Tragweite die die *provocatio ad populum* betreffende. Danach kann der zum Tod verurteilte Bürger die Entscheidung des Volks begehren. Dies gilt freilich nur innerhalb des Amtsgebiets 'domi' (innerhalb der Bannmeile von Rom, später bis zu den Alpen erstreckt). Außerhalb dieser Grenze, im Amtsgebiet 'militiae' und jedenfalls gegen den Nichtbürger waltet das Imperium schrankenlos. Die Entscheidung über die *provocatio ad populum* erfolgt in den Zenturiatskomitien. Die Bedeutung dieser Vorschrift war, dass erst damit ein eigentliches Strafrecht entstand, zu dem gehört, dass man nicht nach dem Ermessen des Beamten, sondern nach festen, durch die Volksentscheidung zu ermittelnden Richtlinien beurteilt, ob ein Straftat vorliegt oder nicht.

Das Imperium besitzen nur die Nachfolger des Königtums, also die Konsuln, der Diktator, die Konsulartribunen und die Prätores. Allen Trägern des Imperiums ist gemeinsam, dass sie ebenso wie schon die Könige angesichts jeder Auswirkung des militärischen Imperiums der *lex curiata de imperio* bedürfen: so insbesondere die Konsuln für die Einberufung und Leitung der Zenturiatskomitien, die auf dem militärischen Imperium beruhte. Seit dem Jahr 367 v. Chr. stehen neben den Konsuln die Prätores neueren Stils, die mit der Privatrechtsprechung (*iuris dictio*) betraut sind. Dass sie Prätores heißen, ist ersichtlich eine Rückerinnerung an die älteste Bezeichnung der republikanischen Oberbeamten, da der mit dem deutschen «Herzog» oder «Führer» übereinkommende Ausdruck nichts mit der Rechtsprechung zu tun hat. Dann ungefähr seit dem Jahr 243 v. Chr. gibt es einen *praetor urbanus* für den Privatprozess unter römischen Bürgern und einen *praetor peregrinus* für jene Streitsachen, wo Fremde (Nichtbürger) beteiligt sind. Doch auch nachher erscheint die Rechtsprechung oft in den Händen eines einzigen Prätors vereinigt.

⁸⁵) Liv., 1.48; 60.

⁸⁶) ROSENBERG, *Staat der alten Italiker*, S. 81.

Denn nach der Eroberung von Provinzen wurden die Prätores auch als Statthalter in die Provinzen geschickt. Nach der Wahl lösen die Prätores darüber, wie die Wirkungskreise verteilt werden sollen (*provinciam sortiri*); aber sie können sich darüber auch einigen. Darin, dass dies sogleich nach der Wahl, also vor dem Amtsantritt zulässig ist, kommt ein allgemeiner Gedanke des römischen Staatsrechts zum Ausdruck, wonach schon der gewählte Beamte (*magistratus designatus*) gewisse Rechte und Pflichten hat.

Alle Magistrate *cum imperio* werden in der sich aus der Rangordnung ergebenden Reihenfolge in den Zenturiatskomitien gewählt. Beamte gleicher Kategorie stehen untereinander im Verhältnis der Kollegialität, während die Prätores neueren Stils und die «Promagistrate» (d. h. diejenigen früheren Beamte, denen das Amt durch Senatsbeschluss verlängert wurde) als *minores collegae* gegenüber den Konsuln erscheinen. Aus dieser Hierarchie ergibt sich, dass die Amtshandlung eines jeden Imperiumsträgers durch Verbot (*intercessio*) oder des *maior* gegen den *minor collega* verhindert werden kann. Dieses Verbot erfolgt entweder auf Anrufung des Beschwernten (*appellatio*) oder auch aus eigenem Antrieb, besonders gegen Handlungen im Verkehr eines Magistrats mit der Volksversammlung. Die Amtshandlung muss dann unterbleiben und macht, falls trotzdem vorgenommen, den Widerspenstigen verantwortlich. Handelt es sich um Wahlen, entscheidet über die Wahlleitung das Los. Dort, wo die Schranken des Imperiums hinwegfallen, also die '*provocatio*' gleichfalls unzulässig ist, gibt es keine *intercessio*; und niemals führt die *intercessio* gegen eine bereits vorgenommene Amtshandlung zu deren Aufhebung (*rescissio*).

Ursprünglich sind die Magistraturen nur den Patriziern zugänglich, nicht den Plebejern.

6. Der Ständekampf⁸⁷

Die Plebejer waren Bürger und trugen die bürgerlichen Lasten. Aber von der Staatsverwaltung waren sie ausgeschlossen: Ämter und Priesterkollegien blieben patrizisch. Es ist erklärlich, dass die oberen sozial aufsteigenden Schichten der Plebejer nach voller Gleichberechtigung strebten. Für diesen Kampf um die Gleichberechtigung bedurfte die Plebs der Organisation und gab sie sich dadurch, dass sie sich Vorstände wählte (*tribuni*). Einsetzung und Entwicklung des Tribunats liegen im Dunkel; sicher //fängt es// schon in der ersten Hälfte des 5. Jahrhunderts an. Aber die Machtvollkommenheit, alle Maßnahmen der Beamten durch persönliches Einschreiten (*intercessio*) zu hemmen, können die Tribunen erst im Verlauf einer langen Entwicklung erlangt haben. Wohl wird es doch von jeher ihr Amt gewesen sein, den einzelnen gegen Willkürakte der patrizischen Magistrate zu schützen (*auxilium*). Die Provokation gegen die Kapitalurteile der Konsuln dürfte aber erst durch eine *lex Valeria* vom Jahr 300 eingeführt worden sein, von der Livius⁸⁸ berichtet, sie habe verboten '*eum qui provocassit virgis caedi securisque necari*'.

Die den Tribunen zukommende Gewalt heißt nicht *imperium*, sondern *potestas (tribunicia)*: sie üben sie aber nicht bloß in den städtischen *tribus*, sondern ähnlich wie die Imperiumsträger im ganzen Staat aus. Aus dem *ius auxilii* entwickelt sich dann ein den Tribunen zustehendes Interzessionsrecht, das verschieden von dem gleichen der Magistrate ausgestaltet ist: einer solchen Interzession nämlich konnte nur durch die Interzession eines anderen Tribunen entgegengetreten werden. Gleich bei der Begründung des Tribunats soll die Unverletzlichkeit der Person der Tribunen festgelegt worden sein (dies bedeutet '*sacrosanctus*'). Die Plebejer hatten sich dazu verpflichtet, jede Verletzung eines Tribuns zu rächen und die Tötung des Zuwiderhandelnden als rechtmäßig anzusehen. Aus dieser Immunität wurde sogar geschlossen, dass der Tribun berechtigt sei, auch an einen Magistrat Hand anzulegen und ihn zu bestrafen (*coercendi potestas*). Ferner sind die Tribunen befugt, die Plebs zu Versammlungen (*concilia plebis*) einzuberufen und dort Beschlüsse zu veranlassen (*ius*

⁸⁷) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «9. Vorlesung, den 15. November 1937».]

⁸⁸) Liv., 10.9.

agendi cum plebe), die *plebiscita* heißen und die eine Auswirkung der eigenen Autonomie dieses Teils der Bürgerschaft darstellen. Übrigens ist es keineswegs gerechtfertigt, in der Tätigkeit der Tribunen eine unermüdlich fortgesetzte Untergrabung des Staatsorganismus zu erblicken (vergleichbar mit der Stellung des Parlaments im konstitutionellen Staat). Einschreiten gegen Willkür und Missbrauch der Macht durch die Amtsträger wurde stets als Wohltat empfunden. Freilich //setzen// Behörden wie die Tribunate eine starke staatspolitische Gesinnung bei allen beteiligten Ständen voraus: sonst führt freies Einspruchsrecht (*liberum veto*) zur Lähmung des staatlichen Organismus⁸⁹.

Der Kampf um die Gleichberechtigung führte bekanntlich schließlich zu vollem Erfolg. Die Etappen freilich können nur zum Teil mit Sicherheit festgestellt werden. Historisch ist gewiss die Kodifikation des Landrechts in den Zwölftafeln wie auch, dass dadurch ein Begehren der Plebs erfüllt wurde, die in der gesetzlichen Fixierung des Rechts eine Sicherung gegen Willkür der Magistrate und Volksrichter erblicken musste. Weiter wird man wohl annehmen dürfen, dass die Plebejer das *conubium* (die Fähigkeit zur rechten Ehe) schon bald nach den Zwölftafeln erlangten. Einen entschiedenen Fortschritt bedeutete für die Plebs, dass seit dem Jahr 438 v. Chr. wohl wegen der Kriegsführung die beiden Konsuln durch eine größere Zahl *'tribuni militum consulari potestate'* ersetzt wurden: ein Amt, welches den Plebejern zugänglich war. Die etwa gleichzeitig vom Oberamt losgelöste Zensur mit der Aufstellung der Bürgerlisten und Sittengerichtbarkeit blieb freilich noch lange den Plebejern verschlossen. Das Konsulat muss den Plebejern gegen die Mitte des 4. Jahrhunderts zugänglich geworden sein. Mit dieser Zulassung zum Konsulat bringt die römische Tradition die Schöpfung gewisser neuer, zunächst den Patriziern vorbehaltenen Ämter in Verbindung: der Urbanprätor (367) für die Zivilgerichtsbarkeit in der Stadt und der kurulischen Ädilen, denen die bis dahin den Konsuln zustehende städtische Polizei übertragen wurde. Alle diese Ämter aber und zuletzt auch das Pontifikat⁹⁰ sind schließlich den Plebejern eröffnet worden. Den Abschluss des Kampfes bildet die Hortensische Gesetzgebung (287), die den Plebisziten Gesetzeskraft für alle Quiriten verlieh⁹¹. Von jetzt an wächst der alte Adel mit den plebejischen Familien, die einen Konsul unter ihren Ahnen zählen, zu einem neuen, aber nicht geschlossenen Erbadel (sogenannte Nobilität) zusammen.

Die Auslese der für die Magistratur in Betracht kommenden Personen ist eben im höchsten Maß von Rücksichten der Aristokratie beeinflusst, die durch die Häuser des römischen Adels gebildet ist. Dies zeigt sich sogar im Heeresdienst, wo für die große Mehrzahl //das Vorrücken// in aller Regel schon beim *centurio* endet (Feldwebel). Im bürgerlichen Staatsdienst gelangt in geschichtlicher Zeit niemand zu einer Magistratur, der nicht dem Senatoren- oder Ritterstande angehört. Für die höchsten Ämter gilt der Grundsatz, dass nur ein Angehöriger der sogenannten Nobilität zu ihnen gelangt: d. h. nur jemand, dessen Vorfahren bereits ein Staatsamt (bes. Konsulat) erlangt haben (*homo novus*). Im Gegensatz zu den heutigen Verhältnissen musste der Amtsträger keine besonderen Vorkenntnisse nachweisen, ebenso wenig wie die heutigen Minister, die nicht Beamte, sondern Exponenten der herrschenden Gesinnung sind. Immerhin ergibt sich für die höchsten Amtsträger eine gewisse Schulung durch *cursus honorum*: d. h. regelmäßig kann ein höheres Amt erst nach Zurücklegung des niedrigeren bekleidet werden und zwischen der Bekleidung zweier Ämter muss ein Zwischenraum von wenigstens zwei Jahren gelegen sein. Außerdem kann sich um die Quästur (das niedrigste Amt) nur bewerben, wer mindestens 10 Jahre Heeresdienst geleistet hat.

Andererseits ist die Tätigkeit dieser Amtsträger unentgeltlich und gilt als Ehrenamt (*honos*). Die Stellung des Magistrats ist natürlich staatsrechtlich begründet, aber die ihn treffende Verantwortlichkeit nicht staatsrechtlich (wie wir schon sahen), sondern während des Amtsjahres nur politisch verankert. Daher findet das Amtsjahr damit seinen Abschluss, dass der Magistrat auf den *rostra*, den mit Schiffsschnäbeln von erbeuteten Schiffen geschmückten Rednerbühnen, einen Eid dahin ablegte, die Amtspflicht gewissenhaft erfüllt und die Gesetze genau beachtet zu haben. Erst

⁸⁹) Polen: 18. [?].

⁹⁰) *Lex Ogulnia*, 300.

⁹¹) Gai., *inst.* 1.3: G. WEISS, S. 26.

jetzt eröffnet sich die Möglichkeit auch einer rechtlichen Verantwortlichkeit. Sowohl die politische wie die rechtliche betreffen den Magistrat persönlich. Er kann jedoch zu den Amtsgeschäften ein *consilium* hinzuziehen, d. h. einen Rat von Sachverständigen, und sein Gutachten einholen, insbesondere, soweit Angelegenheiten der Rechtsprechung in Betracht kommen, das Gutachten eines oder mehrerer Juristen, die dann neben ihm auf dem *tribunal*, der ovalen Amtsbühne, als rechtskundige Beisitzer Platz nehmen. Hier greift ein das ganze römische Rechtsleben durchziehendes Institut: das Institut des *consilium*, das wir schon bei der römischen Hausgemeinschaft gefunden haben. Rechtlich freilich ist der Magistrat nicht anders als der Hausvater in der Zuziehung des *consilium* eben so frei wie in seiner Zusammensetzung; aber die gute Sitte fordert doch gebieterisch, dass er vor der Entscheidung unparteiische Berater hört. Damit wird ihm die Verantwortlichkeit für die zu treffende Maßnahme nicht abgenommen: denn sie gebührt ihm allein, nicht ihm zusammen mit seinen Beratern; doch ist die Zweckmäßigkeit derselben besser gewährleistet. Es gibt ein vom Staat selbst organisiertes ständiges *consilium*: dies ist der Senat. Aber die gewaltige Autorität dieser Versammlung ehemaliger Magistrate, die jahrelang die Staatsgeschäfte aus nächster Nähe verfolgt hatten, hat diesen Rat weit über das normale *consilium* zum Parlament hinaufgehoben.

Der Magistrat kann das Amt natürlich nicht einem anderen überlassen, er kann aber Gehilfen bestellen, denen er einzelne Amtsgeschäfte überträgt. Dann spricht man von einer Mandierung der Amtsgewalt. Dies gilt namentlich von der Rechtsprechung (*iuris dictio mandata*): der Mandatar tritt in diesem Fall an die Stelle des Magistrats.

Der Magistrat hat auch Hilfsbeamte: Sie stellen das Berufsbeamtentum dar. Die freien unter ihnen sind 'apparitores'. Die unfreien heißen *servi publici* (*ministeria*).

7. Die Zwölftafeln⁹²

Wir gehen nunmehr dazu über, von der Rechtsbildung zu sprechen. Zuerst ein paar Worte über das Gesetz der Zwölftafeln. Es wurde durch den Ständekampf veranlasst, und zwar vornehmlich durch eine Art Justizkrise: d. h. durch ein allgemeines Misstrauen der rechtssuchenden Bevölkerung gegen die mit der Rechtsprechung betrauten Behörden, die in den Händen der Patrizier lagen. Man gewann den Eindruck, gegenüber einem patrizischen Gegner benachteiligt zu werden. Die öffentliche Meinung der Plebs scheint auf den Umstand das Hauptgewicht gelegt zu haben, dass das Recht der schriftlichen Niederlegung entbehrte und wesentlich Gewohnheitsrecht war. Über den Inhalt der Zwölftafeln ist nicht mit voller Sicherheit zu urteilen, weil wir nicht übersehen können, wie viel davon uns verloren gegangen ist. Ihrem Zweck entsprechend enthalten sie vor allen Dingen Normen für das Zivilverfahren. Über das Strafverfahren wissen wir wenigstens, dass die *quaestores parricidii* erwähnt wurden, und kennen die beiden weittragenden Sätze: es soll nicht in Form eines Sondergesetzes gegen eine Einzelperson vorgegangen werden (*privilegia ne inroganto*) und ausschließlich der *comitiatus maximus* soll über Leben und Tod des römischen Bürgers richten⁹³. Wesentliche Sätze des Privat- und Strafrechts waren in den Tafeln aufgestellt, aber bei weitem nicht alle. Es finden sich sehr alte Sätze, die nicht auf die Zwölftafeln zurückgeführt werden. So die Formen des *negotium per aes et libram* (sie verdanken ihre verbindliche Kraft ohne Zweifel dem Gewohnheitsrecht) und die *pignoris capio*. Schwerlich ist das Verfassungs- und Verwaltungsrecht durch die Zwölftafeln festgelegt. Außer einer Reihe von polizeilichen und sakralen Satzungen, welche letztere vielleicht erst nachträglich dem Gesetz eingefügt worden sein mögen, ist uns denn auch nichts vom Staatsrecht aus den Zwölftafeln überliefert.

Die Quelle für den Inhalt war überwiegend das längst in der römischen Gewohnheit lebende Recht. Nur wurde es in allen Punkten genauer formuliert und gestaltet. Dazu kamen mannigfache

⁹²) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «10. Vorlesung, den 15. November 1937».]

⁹³) XII Tafeln, 9.1 u. 2.

Änderungen und Zusätze aus Zweckmäßigkeitsgründen und politischen Rücksichten. Dass einzelnes auf griechisches Recht zurückgeht, darf man nicht bezweifeln. Aber aus den auf uns gekommenen Bruchstücken kann man einen weitgehenden Einfluss nicht beweisen; nur Weniges und Unbedeutendes lässt sich auf attische Vorbilder zurückführen⁹⁴ und auch das nicht überall mit Sicherheit⁹⁵. Wenn also die Römer mitunter die solonischen Gesetze als Hauptquelle bezeichnen⁹⁶, so ist dies entschieden falsch. Recht und Prozess sind wesentlich römisch. Änderungen am bisherigen Recht sind überhaupt wohl im Privatrecht nur wenig und mehr nur im Prozess und Strafrecht vorgekommen.

Die Form ist eigentümlich. Eine Reihe absoluter Gebote oder Verbote oder kategorischer Rechtssätze, alles im einfachen Imperativ, mit lapidarischer und eindrucksvoller Kürze; die Detaillierung merkwürdig verschieden: Einzelnes, was die politischen und sozialen Interessen der Zeit unmittelbar berührte, wie Prozess, Exekution und Schuldhaft, mit peinlicher Genauigkeit; Anderes, auf die Dauer nicht minder wichtiges, wie Verträge und Testamente, nur in allgemeinen Sätzen. Charakteristisch ist die ängstliche Vorsicht in der Wortfassung, namentlich, um bei den Imperativen das Müssen und Dürfen zu trennen, andererseits der häufige unbefangene Wechsel des Subjekts im selben Satz.

Die Zwölftafeln sind als Erzeugnis des römischen Rechtsgeistes ein hohes Kunstwerk: dies sowohl in formeller wie in materieller Beziehung. Der Sprachgebrauch, deutlich und bestimmt, ist folgerichtig festgehalten. Der Inhalt beruht, wie gesagt, mehrfach auf alter Überlieferung, aber der Sinn der Gesetzgebung ist nicht der einer inhaltlich unveränderten Wiedergabe des alten Rechts mit dem Ziel der Vollständigkeit, sondern vornehmlich geben die Zwölftafeln nur eine Regelung dessen, was in irgendeine Richtung bisher streitig war; genau normieren sie, was eine Neuerung darstellte oder wenigstens, wie die Ladung vor Gericht, besonders eingepägt werden sollte. Fern liegt die Absicht, vollständig zu sein oder das Gewohnheitsrecht zu verdrängen. Seinem politischen Entstehungsgrund gemäß ist das Gesetz bestrebt, durch Aufstellung bestimmter Regeln, z. B. über den Freiheitsprozess, dem freien Ermessen und damit der Willkür der patrizischen Magistrate eine gewisse Schranke zu setzen. Aber andere als diese dringenden Aufgaben setzt sich das Gesetz nicht. Die Fassung der Rechtssätze, von dem Streben nach Kürze getragen, ist bereits in hohem Maß abstrakt und begriffsmäßig. Die Lösung einzelner Fälle nach Präzedenzentscheidungen (die im Schrifttum noch lange eine Rolle spielte) hat hier bereits der Aufstellung allgemeiner Regeln Platz gemacht. An manchen Punkten geht diese begriffliche Erfassung sogar sehr weit: so muss z. B. die Frau als Sache (*res*) aufgefasst worden sein, um die Anwendung der Ersitzungsregeln auf sie zu ermöglichen. (Das bedeutet keine «Versachlichung», wie es von Rosenberg gefabelt wurde).

8. Das alte *'ius civile'*⁹⁷

Die weitere Rechtsbildung der Bürgergemeinde (*ius civitatis, ius civile*) im Verlauf der Republik nimmt bei der allmählichen Entwicklung des ganzen römischen Lebens eine mannigfach bunte Gestalt an. Es ist nicht eine einförmige Fortbildung durch neue Gesetze, sondern jedes treibende Element tritt in eigener neuer Form neben oder nach dem anderen auf: das nationale in der priesterlichen Interpretation der Zwölftafeln, das universale in der Entwicklung des *ius gentium*, das politisch-juristische Utilitäts- und Äquitätselement in den prätorischen Edikten und in der aufkeimenden Rechtswissenschaft.

Zunächst zur Interpretation der Zwölftafeln.

Die Zwölftafeln blieben in den nächsten Jahrhunderten die Quelle des Rechts. Formal sind sie in ihrer Gesamtheit nie aufgehoben worden. Manche von ihren polizeilichen Bestimmungen, wie

⁹⁴) XII Tafeln, 7.2; 8.27.

⁹⁵) Die Regelung des Begräbnisaufwandes: XII Tafeln, 10.2 f.

⁹⁶) Aurel. Vict., 21.

⁹⁷) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «11. Vorlesung, den 16. November 1937».]

über den «Umgang» (*ambitus*) bei Wohnhäusern⁹⁸, sind bald in Vergessenheit geraten. Im öffentlichen Recht scheute man sich nicht, einzelne ihrer Sätze aufzuheben, wie die Unebenbürtigkeit der Plebejer, angeblich durch die *lex Canuleia* (445). Dagegen ist im Privat- und Prozessrecht das Recht der Zwölftafeln durch neuere Gesetze, Auslegung und prätorisches Edikt wohl ergänzt und tatsächlich beiseitegeschoben, aber nur in seltenen Fällen abgeändert worden⁹⁹. Dieses Festhalten an den Zwölftafeln kann nicht bloß, wie manche meinen, darin seinen Grund haben, dass sie ausgezeichnetes Stammesrecht erhalten; denn tatsächlich wird auch das Privatrecht weitergebildet. Vielmehr erklärt sich die Zähigkeit doch wohl aus der Entstehung des Rechtsbuches: es war aus einer Einigung beider Stände hervorgegangen; so erschien es als eine Art Grundgesetz und auch das Wort wurde wichtig, weil es ein geschriebenes Wort war. Darauf beruht auch mit die strikte Wort- und Buchstabenlegung des Zwölftafelgesetzes, die uns bei den Römern der folgenden Jahrhunderte oft in befremdlicher Weise entgegentritt. Man hat eben Sicherheit und Festigkeit des Rechts durch das geschriebene Gesetz erlangen wollen. Kein Wunder, dass man sich jetzt streng auf das geschriebene Wort versteifte und nichts gelten ließ, was daraus nicht abgeleitet werden konnte. Die Zwölftafeln legten selber geradezu den Grund dazu, teils durch die ängstlich-sorgsame Fassung ihrer Vorschriften, teils durch die Rechtsnorm, die sie für das *negotium per aes et libram* und für Legate aufstellten: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, und *uti legassit, ita ius esto*. Damit war auf den fraglichen Gebieten die Souveränität der Erklärung im Rechtsverkehr anerkannt, zugleich aber auch der Grundsatz des gesprochenen Wortes (das Gesagte gilt und nur das) und damit der Wortauslegung für die Rechtsgeschäfte scharf hingestellt. Natürlich hatte man auch schon vor den Zwölftafeln auf das Wort ein großes Gewicht gelegt: eine Erscheinung, die in den Anfängen der Rechtsentwicklung bei vielen Völkern wiederkehrt; aber die Kodifikation musste die Neigung zum Formalismus wesentlich verstärken. Die Fortbildung des Rechts hat hiernach in der nächstfolgenden Zeit einen gewissen formalistischen und scheinbar engherzigen Charakter. Das Wort der Gesetze, der Prozesse, der Verträge, der Testamente scheint alles zu beherrschen. Man würde aber irren, wollte man darin nur kleinliche Buchstabenklauberei sehen. Das eigentliche Treibende sind stets die praktischen Bedürfnisse: man sucht diesen nur durch den Anschluss an das feste Wort eine sichere gesetzliche Grundlage zu geben. Von diesem Standpunkte aus hat man die drei Hauptrichtungen dieser Rechtsbildung zu beurteilen.

1) Zunächst die *interpretatio* der Zwölftafeln selber. Darunter ist nicht bloß die Erklärung des den einzelnen Worten und Sätzen schon innewohnenden Sinns zu verstehen, sondern auch die Feststellung von Rechtsregeln nach ihnen (ihnen gemäß), und die Schöpfung neuer Rechtssätze aus ihnen: eine Tätigkeit, die nicht bloß erklärend, sondern rechtsschöpferisch ist. So bildete man z. B. das Intestatserbrecht durch Interpretation der Worte *suus heres* und *proximus agnatus* aus, die Usukapion aus den Worten *usus auctoritas*, die Emanzipation und Adoption aus der Bestimmung über den Verkauf der Kinder; dabei wurde der Satz der Zwölftafeln, der nur vom Haussohn sprach¹⁰⁰, mit Bewusstsein unrichtig auf diesen beschränkt; Haustöchter und Enkel sollten durch einmaligen Verkauf frei werden. Der Rechtssatz in den Zwölftafeln lautete¹⁰¹ (4.2): '*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*'. Es war damit eine Strafe verhängt. Nun diesen Rechtssatz machte man sich zunutze. Nur zum Scheine verkaufte der Hausvater dreimal seinen Sohn einem anderen in die Knechtschaft, der ihn dann jedes Mal wieder frei ließ. Damit hatte man die *emancipatio*, die Entlassung der Haussohnes aus der väterlichen Gewalt erreicht: denn die Voraussetzungen jener Norm waren erfüllt, nämlich dreimaliger Verkauf; so war der Sohn jetzt frei von der väterlichen Gewalt. Mit Hilfe des gleichen Rechtssatzes ist Übergabe in die väterliche Gewalt (*adoptio*) ausgebildet worden.

⁹⁸) XII Tafeln, 7.1.

⁹⁹) Z. B. durch die *lex Aquilia*: D. 9.2.1.pr.; auch durch Gewohnheit (*tacitus consensus*) nach dem freilich problematischen Zeugnis des Gellius, 20.10.

¹⁰⁰) XII Tafeln, 4.2.

¹⁰¹) XII Tafeln, 4.2.

Auf dem Weg solcher *interpretatio* wurde das Geschäft der *in iure cessio* ausgebildet: d. h. eine Form der Rechtszuwendung durch Scheinprozess vor dem Magistrat. Nach den Zwölftafeln war das Anerkenntnis des geltend gemachten Anspruchs *in iure*, d. h. vor dem Magistrat, ebenso vollstreckbar wie ein Urteil, wenn es auf Geld lautete (*confessus pro iudicato hab.*). Nun, aufgrund dieser vollstreckbaren Kraft wurde eine rechtsgeschäftliche Verfügung herausgearbeitet für den Fall, dass gegenüber einer Eigentumsklage (*vindicatio*) der Beklagte das geltend gemachte Eigentum anerkannte (*cessio*): worauf der Magistrat zur Bestätigung des klägerischen Anspruchs zur *addictio* schritt. Hatte also jemand vor dem Magistrat zugestanden, dass sein Prozessgegner Eigentümer sei, so ging er seines Eigentums verlustig, falls er ein solches bis dahin hatte. Falls aber zwischen zwei Privaten die Veräußerung einer Sache beabsichtigt wurde, so war das Mittel gegeben, dass beide Teile vor den Magistrat gingen: der Erwerber behauptete – als Scheinkläger – Eigentum, der Veräußerer – als Scheinbeklagter – gestand es ihm zu; worauf dann die Bestätigung des Magistrats erfolgte¹⁰². Damit war aus einem Prozessrechtssatz ein neues Privatrechtsgeschäft entwickelt worden, dessen Geltung auf die Zwölftafeln gestützt werden konnte: das abstrakte Rechtsgeschäft der Eigentumsübertragung durch Scheinvindikation. Mit demselben Mittel konnte auch z. B. die Begründung der väterlichen Gewalt durch Scheinvindikation *in patriam potestatem* bewirkt werden; ebenso die Freilassung eines Sklaven durch Scheinvindikation *in libertatem*. Eine Menge von neuen Rechtsgeschäften trat durch das Mittel der *in iure cessio* in das römische Rechtsleben ein. Ebenso wichtig war die Umgestaltung, welche die *'mancipatio'* erfuhr, indem sie zum Mittel der Eigentumsübertragung als solche, gleichwohl aus welchem Grund, gestempelt wurde.

2) Eine zweite Hauptrichtung der Bildung des Rechts der römischen Bürgergemeinde war die Bildung von Formeln für die verschiedenen Rechtsgeschäfte. Es sind Formeln, die //(wie aus dem eben Gesagten hervorgeht) einerseits scharf und bestimmt den allgemeinen typischen Hauptinhalt jedes Geschäfts festlegen// und andererseits doch biegsam genug waren, um Zusätze nach den besonderen Parteiabsichten in den einzelnen Fällen zuzulassen; so beim *negotium per aes et libram*, bei Stipulation, Erbeinsetzung, Legat usw. Dass dabei im Ganzen der Gesichtspunkt der Festigkeit überwiegend war gegen den der Biegsamkeit, kann nach dem Obigen nicht auffallen.

3) Die Bildung der Klageformeln für den Prozess, der sogenannten *legis actiones*. Die Formstrenge herrschte im Prozess gewiss schon vor den Zwölftafeln; aber nach deren Inkrafttreten suchte man natürlich, die aufgrund des Gesetzes gebildeten neuen Klageformeln dessen Worten, soweit irgend möglich, anzupassen. Nur das Wort des Gesetzes und seine weitere Interpretation konnte und sollte ein Recht geben, somit musste auch jeder Klagenspruch sich direkt auf einen bestimmten Ausspruch des Gesetzes gründen und daher auch den Worten des Gesetzes entsprechend formuliert werden. Die Zwölftafeln setzten z. B. eine Strafe auf *arbores succisae*. Waren nun Weinreben heimlich abgeschnitten, so durfte man die Klage nicht auf *vites succisae* formulieren, da davon nichts im Gesetze stand, sondern auf *arbores succisae*, und man musste dann dartun, das *vites* zu den *arbores* gehören. Eine solche peinliche Formulierung ist natürlich schwierig und für den Laien gefährlich; auch hätte die Zulassung der beliebigen freien Formulierung kaptiös und für den Richter verwirrend werden können; deshalb wurden die Formeln allgemein und abstrakt für alle möglichen nach den Gesetzen zustehenden Rechte aufgestellt und so, dass man dann im einzelnen notwendig eine von ihnen nehmen musste, nicht gebilligte Formeln gar nicht zugelassen wurden.

Die Gesamtheit der so gewonnenen neuen Rechtssätze bezeichnet die Folgezeit als *ius civile*, d. h. als Recht der Stadtbürgergemeinde (die ursprüngliche Bedeutung des heute verpönten Ausdrucks «bürgerliches Recht») oder – nach der Methode, durch die man dazu gelangte – als *interpretatio*.

Diese *interpretatio* war in der älteren Zeit das Werk der *pontifices*, d. h. eines Priesterkollegiums.

Obwohl uns diese Erscheinung fremdartig anmuten kann, so ist doch nicht daran zu zweifeln, dass, während das Volk in seiner Gesamtheit Träger der Rechtsentwicklung war, doch die *pontifices*

¹⁰²) Gai., *inst.* 2.24.

eine soziale Stellung einnahmen, wie sie heute dem Juristenstande zukommt, und die Wahrung der hergebrachten Formen des Rechts handhabten. Als mit der *lex Ogulnia* auch Plebejer Mitglieder des Kollegiums wurden, endete auch das patrizische Vorrecht der Rechtskenntnis. Der Ausgangspunkt war die Führung des Kalenders, wo sie, vom Standpunkt des *fas*, *dies fasti* und *nefasti* zu verzeichnen hatten. Hierzu trat der Umstand, dass es eine Reihe von Rechtshandlungen gab, die der Mitwirkung der *pontifices* bedurften. Darüber hinaus waren alle Rechtshandlungen formgebunden – so alle Rechtsgeschäfte des *ius civile* –, und das hatte einen ganz anderen Sinn als wenn gegenwärtig eine Formvorschrift aufgestellt wird. Damit soll man heute nur zur Besonnenheit wie zur Erwägung der eintretenden Folgen angehalten werden und soll das Zustandekommen der Rechtsgeschäfte in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise klaggestellt werden: Dagegen war der ursprüngliche Sinn der römischen Formen ein ganz anderer. Danach genügt der Wille, eine Rechtshandlung vorzunehmen keineswegs, wenn sie auch nicht in die typische Form gekleidet ist, wie sie die gesellschaftliche Auffassung der alten Völker auch in Fragen des geistigen Lebens vorschreibt (z. B. ein Gebet). Die Rechtshandlung kann nur dann, wenn den vorgeschriebenen Anforderungen entsprochen ist, Wirkungen entfalten, die man als übernatürlich und magisch empfindet, weil sie ihr nicht an und für sich, sondern wegen der Bezugnahme auf eine höhere Ordnung zukommen. Die Kenntnis der richtigen Formel lag nun wirklich in den Händen der *pontifices*. Um Rechtsgutachten wurden sie sowohl von Behörden wie von unbeamteten Privaten angefragt¹⁰³. Wahrscheinlich waren die *pontifices* im *consilium* der rechtssprechenden Magistrate tätig. Überhaupt gilt bei den Römern der Grundsatz (davon sprachen wir schon gestern), nur einen einzigen Träger der Verantwortlichkeit für die gefällte Entscheidung anzunehmen (monokratische Organisation im Gegensatz zur kollegialen), ihn jedoch dazu anzuhalten, sich möglicherweise vor der Entscheidung mit Sachkundigen zu beraten. Auch der Volksrichter möchte die *pontifices* um ihr Gutachten anfragen: dann, wenn er seine Entscheidung *collocutus cum consilio* fällt; denn er verfügte nicht über Rechtskenntnis und es galt nicht, mindestens im heutigen Sinn, der Grundsatz *'iura novit curia'*.

Als die Plebejer in das Kollegium gelangten, wiederholte sich jene geistige Einstellung, die seinerzeit zur Entstehung der Zwölftafeln geführt hatte: gleich der erste plebejische *pontifex* (280) gab öffentliche Unterweisung im Recht. Von da ab mag sich die *disputatio* fortentwickelt haben, wobei widersprechende Anschauungen auftraten.

Von jetzt an ist die Verbindung der Rechtswissenschaft mit den *pontifices* vollkommen gelöst, obwohl es vorkommt, dass ein *pontifex* ein hervorragender Jurist ist (Q. M. Scaevola). Die praktische Tätigkeit der republikanischen Juristen (*veteres*), nunmehr ein laikaler Betrieb, besteht im *cavere, respondere, agere*.

1) *Cavere* ist eine Tätigkeit, die Gefahren vorbeugen soll, welche aus der unklaren, zweideutigen oder vorschriftswidrigen Abfassung von Rechtsgeschäften entspringen, also das Entwerfen von Rechtsgeschäften. Heute ist diese Tätigkeit vielleicht vernachlässigt und bildet einen Teil der Tätigkeit der Notare. In Rom ist die Heranziehung eines Rechtskundigen (*iuris peritus*) allgemein üblich. Setzt jemand im 2. Jahrhundert v. Chr. eine letztwillige Verfügung auf, ohne das zu tun, so glaubt er dies ausdrücklich hervorheben zu sollen¹⁰⁴.

2) *Respondere* ist die Erteilung von Rechtsauskünften und Gutachten, wie es bis dahin die *pontifices* geübt hatten. Nur erfolgt diese Tätigkeit nunmehr vielleicht vor der Öffentlichkeit und als ein Teil des Rechtsunterrichts. Vermutlich unterschied sich die Mitteilung an die Partei von der Erörterung vor den Zuhörern (*auditores*), denen gegenüber die Entscheidung etwa durch allgemeine, über den vorliegenden Fall hinausgehende Erwägungen zu begründen war (die Erörterung der verschiedenen Ansichten ist die *disputatio fori*: z. B. *causa Curiana*).

Hierbei konnten sich die verschiedenen Arten der Auslegung von Rechtsgeschäften gegenüberstellen. Dem älteren römischen Recht entsprach die typische Auslegung: d. h. es wird davon

¹⁰³) Pomp. D. 1.2.2.6.

¹⁰⁴) D. 31.88.17.

abgesehen, den wirklichen Parteiwillen im konkreten Einzelfall zu erforschen; vielmehr hat jedes Rechtsgeschäft einem der in geschlossener Zahl zugelassenen Geschäftstypen zu entsprechen und einen typischen Inhalt, der ein für alle Mal feststeht. Bei der Auslegung werden gewisse, konstant wiederkehrende, sozusagen gattungsmäßige Umstände zugrundegelegt, die nach festen Erfahrungssätzen einformig ausgelegt werden. Erst später hat die griechische Rhetorik zwar nicht selbst und unmittelbar zu einer freieren Auslegung hingeführt, aber doch dazu Anlass gegeben, dass sich die Rechtswissenschaft die Frage nach der Berücksichtigung des subjektiven Tatbestandes beim Rechtsgeschäft vorlegte.

3) *Agere*, endlich, bedeutet nicht das eigene Auftreten vor Gericht, sondern das Aufstellen (Vorschlagen) von Spruchformeln für den Gebrauch vor Gericht. Diese Formeln gibt der Jurist der Partei zum Vortrag vor Gericht mit. Bevor wir nun auf die Bildung eines dem *ius civile* entgegengesetzten Rechts (*ius gentium*) eingehen, müssen wir nochmals einen Blick auf die republikanische Verfassung werfen.

9. Die römische Republik und ihre Verfassung¹⁰⁵

Der römische Staat auf dem Höhepunkt seiner Entwicklung nach dem zweiten punischen Krieg stellt sich als eine unterworfenen Staaten beherrschende Stadtbürgergemeinde dar. In der Tat aber bildet dieses römische Reich, staatsrechtlich gesehen, keine Einheit, keinen Bundesstaat, aber auch keinen Staatenbund. Nach Auflösung des alten Latinerbundes (im Jahr 338 v. Chr.), der wirklich ein völkerrechtlicher Verein war, hat die Stadt Rom nur noch 1) Bündnisverträge mit den einzelnen Städten und daneben 2) die Herrschaft über außeritalische Länder (Provinzen).

1. Jede Stadt hat also mit Rom einen Vertrag, nicht die Städte unter sich; der Vertrag lässt ihr Rom gegenüber mehr oder minder Freiheit (*foedus aequum* oder *iniquum*); aber immer gilt die Bundesstadt als souverän. Sie hat Gebietshoheit, d. h. ihre Bürger haben ihre Landgüter im Eigentum, und Exilrecht (d. h. ihr Bürgerrecht ist mit dem römischen unvereinbar); sie hat Münzrecht, Steuern und Zölle, eigene Verwaltung, Recht und Gericht; sie stellt Kriegsschiffe oder Mannschaften zum Heer; eigene auswärtige Politik aber ist ihr nicht gestattet. Zu diesen *civitates foederatae* gehören auch die alten Latinerstädte und die latinischen Kolonien; die *socii Latini nominis* aber genießen *commercium*, leichten Zugang zum Bürgerrecht, stimmen in einer ausgelosten Tribus, wenn sie in Rom sind, und es ist ihnen zum Teil sogar das *conubium* gewährt.

2. Die Provinzen stehen zu Rom im Untertänigkeitsverhältnis. Dies hat ursprünglich nur politische und namentlich finanzwirtschaftliche Bedeutung, dadurch dass Rom das Recht der Besteuerung für sich in Anspruch nimmt; in der gracchischen Zeit aber tritt wohl unter dem Einfluss rechtlicher Anschauungen, die sich in den hellenistischen Reichen gebildet hatten, ein Wandel ein, der auch gesetzlichen Ausdruck findet. Die Provinzen gelten jetzt als *praedia populi Romani*. Der Grund und Boden gehört dem römischen Volk; die Einwohner haben nur Nutznießung. Das Land wird von einem römischen Statthalter mit unbeschränkter Militär- und Gerichtshoheit verwaltet: der Kriegszustand erscheint hier dauernd. Die städtischen Gemeinwesen bleiben als Verwaltungs-, namentlich als Steuerbezirke bestehen.

Die herrschende Gemeinde ist als souveränes städtisches Gemeinwesen gedacht. Das bleibt sie trotz der ihr einverleibten anderen Gemeinden, die keine selbstständige Verwaltung haben (*municipia civium Romanorum, conciliabula, praefecturae*). Ihre Verfassung schildert Polybius¹⁰⁶ für die Zeit nach dem Zweiten Punischen Krieg als eine wohlhabgewogene Verteilung der politischen Macht und der

¹⁰⁵) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume la doppia indicazione «11.-12. Vorlesung, den 18. November 1937».]

¹⁰⁶) Polybius, 6.11-18.

staatsrechtlichen Funktionen zwischen Volk, Rat und Beamten, so dass das demokratische, aristokratische und monokratische Moment gleichmäßig zu seinem Recht kommt. Es hat einer Entwicklung in verschiedene Richtungen bedurft, ehe die römische Republik dahin gelangte; und sie ist nur kurze Zeit auf diesem Standpunkt geblieben. Es wäre interessant, die Ausbreitung der römischen Herrschaft zugleich mit dem Entwicklungsgang der römischen Verfassung zu verfolgen. Aber im Rahmen einer Vorlesung der antiken Rechtsgeschichte ist das nicht möglich¹⁰⁷.

10. Volk und Rat¹⁰⁸

Die eigentliche souveräne Gewalt in Rom ist der staatsrechtlichen Theorie nach während der späteren Zeit der Republik beim Volk gewesen, d. h. bei der Gesamtheit der Bürger; und von dieser ist sie unmittelbar in Volksversammlungen, *comitia*, ausgeübt worden. Von einer Repräsentativverfassung, die eine solche Versammlung als Organ der Gesamtheit herausgestellt hätte, ja nur einer Hinneigung dazu findet sich nicht die geringste Spur. Das versammelte Volk ist wohl Träger der Staatsgewalt, aber nicht Organ von staatlichen Funktionen. Selbst Cicero kommt bei seinen philosophischen Betrachtungen über Staatsverfassung und Gesetzgebung nie auf diesen Gedanken. Doch hätte er bei der Ausdehnung des Bürgerrechts auf ganz Italien nahe genug gelegen. Ein Stimmrecht, zu dessen Ausübung ganze Städte hunderte von Meilen reisen mussten, war doch in der Tat eine vollständige Ironie des Stimmrechts, eine reine Fiktion. Der nächste Grund der auffallenden Erscheinung lag offenbar in der altrömischen Identität von Stadt und Staat. Die Stadt war es, die das Reich erobert hatte, die Stadt sollte des Reichs Herrin bleiben. Nur durch die Fiktion des städtischen Bürgerrechts konnten andere Städte an ihrer Herrschaft teilnehmen, und wenn dabei ihr Einfluss faktisch umso geringer wurde, je weiter sie entfernt lagen, so war das den Machthabern in Rom nur umso lieber. Eine Repräsentation hätte die anderen Städte Rom gleichgestellt und damit die Nationaltradition gebrochen. Indessen hätte dieser Umstand gerade ein Streben nach Repräsentation bei den anderen Städten hervorrufen müssen; aber auch davon finden wir keine Spur. Der tiefere Grund ist daher wohl in der ganzen antiken Anschauung zu suchen, dass der Staat nicht ein idealer Organismus ist, sondern direkt aus der Gesamtheit der freien Bürger besteht und aufgeht, dass daher eine freie Verfassung die oberste Entscheidung in allen Staatsangelegenheiten notwendig unmittelbar in die Hand des souveränen Volks selber legen muss. Die Regierung zu führen, war natürlich die Volksversammlung außerstande; sie lag verfassungsmäßig in den Händen der Beamten, tatsächlich des Senats. Dieser ist als Patriziersenat (*patres*) zur Wahrung des Landrechts berufen, insbesondere zur Bestätigung der Volksbeschlüsse und Wahlen, zur *patrum auctoritas*, die seit dem Jahr 287 vor dem entscheidenden Akt erteilt werden soll. Als Gesamtsenat bildet er formell immer noch das *consilium* der höchsten Amtsträger, tritt auf ihre Aufforderung zusammen und fasst seine Beschlüsse als Gutachten (*senatus consulta*), sowohl über sakrale, auswärtige und finanzielle Angelegenheiten, wie über die Vorbereitung der Gesetze und die Einrichtung der Provinzen (gesetzgebende Gewalt hat er nicht, sondern nur ein Dispensationsrecht vorbehaltlich der komitalen Bestätigung). Immerhin kann man den Senat nicht als eine Volksvertretung ansehen; er ist nur der Ausschuss des herrschenden Amtsadels und der hauptstädtischen Gesellschaft.

11. Gesetzgebung in der Republik¹⁰⁹

Was die äußeren Formen der Gesetzgebung betrifft, waren es folgende. Die Initiative aus den Gesetzen war rechtlich ausschließlich bei den Beamten; tatsächlich konnte allerdings auch der Senat

¹⁰⁷) Dazu TH.J. GEIGER, *Führung*, in Handwörterbuch der Soziologie, I, S. 137.

¹⁰⁸) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «12. Vorlesung, den 18. November 1937».]

¹⁰⁹) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «13. Vorlesung, den 19. November 1937».]

die Beamten, wenigstens die Konsuln und die Prätores, dazu veranlassen. Den Gesetzentwurf musste stets der Beamte selbst abfassen oder durch andere abfassen lassen. Faktische Regel war dann, dass der Entwurf im Senat zur Vorberatung eingebracht wurde; rechtlich nötig war es nicht und keinesfalls konnte die Missbilligung des Senats die Volksabstimmung hindern oder ungültig machen. Der fertige Entwurf wird durch Edikt bekannt gemacht und zugleich der Tag für die Abstimmung festgesetzt (*promulgare, proponere*); dieser Tag muss mindestens ein *trinundinum* (drei Wochen, 24 Tage) hinausgeschoben sein (*l. Caecilia Didia* 98). Der Entwurf hängt öffentlich aus; er kann zwar zurückgenommen¹¹⁰, aber nicht abgeändert werden. In dieser Zeit wird der Entwurf in formlosen Vorversammlungen des Volks (*contiones*) beraten (wo *suadere* und *dissuadere* stattfindet). Hier führt der antragstellende Beamte den Vorsitz. Er spricht, es durfte aber auch jedermann, dem der vorsitzende Beamte das Wort gestattete¹¹¹, Reden für oder wider das Gesetz halten.

Alle Volksversammlungen – Zenturiatskomitien, Tributkomitien, *concilia plebis tributa* – weisen gewisse gemeinsame Eigenschaften auf, die auf das autoritäre Regime der Königszeit deutlich hinweisen. Wie sonst, ohne den autoritären Einschlag, eine Volksversammlung im Altertum, namentlich in den hellenistischen Städten aussah, entnehmen wir der Schilderung, die Cicero¹¹² von den griechischen Volksversammlungen gibt, wo sich das Volk als der eigentliche Träger der Souveränität im Theater versammelte, die Wechselrede der Volksführer stattfand, dieser Wechselrede die Anwesenden sitzend zuhörten (woran die Römer besonderen Anstoß genommen zu haben scheinen) und schließlich, dadurch in Erregung versetzt, unüberlegte Mehrheitsbeschlüsse fassten. Demgegenüber bietet die eigentliche Volksversammlung (*comitia, concilia*) der römischen Bürgergemeinde ein völlig anderes Bild: sie nimmt schweigend die Anträge des Magistrats oder des *tribunus plebis* entgegen. Der gefasste Beschluss stellt sich dann als eine Vereinbarung zwischen der Bürgerschaft und dem Magistrat dar, keineswegs etwa der Bürger untereinander. Demgemäß war das Gesetz für alle zwecks seines Zustandekommens einberufenen Bürger, keineswegs aber für die daran nicht beteiligten Nichtbürger rechtsverbindlich. In der eigentlichen Komitialversammlung war bei der Abstimmung nur einfache Annahme (*uti rogas*) oder Verwerfung (*antiquo*) des ganzen Gesetzentwurfs möglich, Abänderungsvorschläge waren nicht zulässig. Beide Versammlungen können sich unmittelbar aneinanderschließen. Mit der Verkündung des Abstimmungsergebnisses trat das Gesetz sofort in Kraft, sofern es nicht selbst einen späteren Zeitpunkt bestimmte (*vacatio legis*); einer öffentlichen Bekanntmachung bedurfte es nicht. Doch wurde das Gesetz meist auf Erztafeln (die beziffert wurden) geschrieben und eine Zeitlang öffentlich ausgestellt. Eine Abschrift wurde im *aerarium* aufbewahrt. Das Gesetz wird nach dem Geschlechtsnamen des einen Antragstellers oder der mehrerer benannt. Denn die *lex* beginnt stets mit einer über alle Tafeln geschriebenen Einleitung (*praescriptio, index*). Sie gibt an: die Namen der Rogatoren, Ort und Monatsstag der entscheidenden Volksversammlung, den Namen der zuerst stimmenden Zenturie oder Tribus und der zuerst in der Abteilung Stimmenden. Dann folgen die einzelnen Satzungen im befehlenden Imperativ oder Konjunktiv, bei längeren Gesetzen nach einzelnen Kapiteln (wohl auch mit Überschriften) gesondert. Am Schluss die sogenannte *sanctio legis*¹¹³, Anordnungen gegen Zuwiderhandlungen: Strafen, Ungültigkeitserklärung gegen das Gesetz verstoßender Rechtsakte. Dazu können noch Bestimmungen zum Schutz gegen Aufhebung treten, z. B. alle Beamten sollen die *lex* beschwören. Die Sprache war in der früheren Zeit kurz und gedrängt, später pedantisch vorsichtig, langstielig und schwerfällig. Die Geltung des Gesetzes war gemäß dem Grundgedanken einer Autonomie der Bürgergemeinde¹¹⁴ auf die römischen Bürger beschränkt.

Die gesetzliche Tätigkeit der Komitien war zwar sehr lebendig, doch hatte sie wesentlich politischen Charakter: Der größte Teil der Gesetze betrifft nicht das private, sondern das öffentliche

¹¹⁰) Ascon., *in Corn.* 58.

¹¹¹) Liv., 42.37.

¹¹²) *Pro Flacco*, 7.15-16.

¹¹³) D. 48.19.14.

¹¹⁴) Gai., *inst.* 1.1.

Recht. Das durch Gesetze geschaffene Privatrecht hieß *ius legitimum* im Gegensatz zur *interpretatio* und zum Gewohnheitsrecht. Nach diesen Vorbemerkungen sind wir jetzt imstande, den Gegensatz zu verstehen, den die Römer zwischen dem Fremdenrecht und *ius gentium* einerseits und andererseits dem eigenen Volksrecht der Stadtbürgergemeinde – dem *ius civitatis* oder *ius civile* – erblicken: ein Gegensatz, der auf die verschiedene Rechtsgeltung berechnet ist. Die Römer haben stets an dem Grundsatz festgehalten, dass das römische Volksrecht (*ius civile*) nur auf den römischen Bürger Anwendung finden könne (sogenanntes Personalitätsprinzip)¹¹⁵.

Grundsätzlich erscheint ihnen der Fremde in Rom als rechtlos¹¹⁶. Der Fremde scheint Gerichtsschutz ursprünglich nur dadurch erlangt zu haben, dass er sich in die *fides* eines Bürgers ergab oder begab; dieser trat dann für ihn (später neben ihm) vor Gericht auf. Aber diese Beschränkung ließ sich nicht aufrechterhalten. Vor allem nicht den Latinern gegenüber. Diese hatten als Stammesgenossen dasselbe Recht und aufgrund des alten Bundesvertrags das *commercium*, d. h. die Fähigkeit, sich an Manzipationen, die ja nicht bloß die römische, sondern die gemeinlatinische Form der Übertragung dinglicher Rechte waren¹¹⁷, wirksam als Subjekt oder Zeuge zu beteiligen, also insbesondere Eigentum (zu ihrem *ius civile*) von einem Römer zu erwerben und (zu seinem *ius civile*) an ihn zu veräußern. Gewiss genossen sie ferner von jeher Rechtsschutz vor dem römischen Gericht, wenn ihnen auch der römische Bürgerprozess – die *legis actio* und späterhin das *iudicium legitimum* – nicht zugänglich war. Anders war die Rechtslage sonstiger, Rom gegenüber selbstständiger Staaten und Gemeinden wie Karthago, Massilia, den unteritalischen und griechischen Städten. Hier mussten besondere Freundschaftsverträge abgeschlossen werden¹¹⁸; Verträge, welche die Formen der Rechtshilfe, mitunter wohl auch des rechtsgeschäftlichen Verkehrs geregelt haben werden: insbesondere werden sie die zuständigen Gerichte bezeichnet haben. In Rom war der Gerichtsstand vor dem *praetor urbanus*, später (seit ca. 243) vor dem *praetor peregrinus*. Als Volksrichter fungierten wahrscheinlich Rekonvaleszenten¹¹⁹.

Über das Verfahren in diesen Rechtssachen ist uns nichts überliefert; höchstwahrscheinlich liegt hier die Wurzel des später in den Bürgerprozess übernommenen Formularverfahrens. Welches materielle Recht aber wurde dem Urteil zugrunde gelegt? Man darf sich nicht vorstellen, dass auch darüber jene Verträge Bestimmungen enthalten, noch weniger, dass die römischen Gerichte auf den Verkehr mit Fremden ihr *ius civile* angewendet hätten, das für Fremde nicht galt und nicht gelten wollte und Griechen oder Karthagern unbekannt und unverständlich war. Vielmehr galt im ganzen Altertum primär das besagte Prinzip der Personalität der Rechtsordnungen. Der Bürger einer jeden Gemeinde, eines jeden Staats steht unter dem Recht dieser Gemeinde, dieses Staats, insbesondere beurteilt sich danach die Frage, ob und wie weit er durch Verträge verpflichtet wird (man denke an das heutige internationale Privatrecht).

Freilich ist nicht zu bezweifeln, dass dieser Grundsatz der Personalität unter Umständen zu Schwierigkeiten und Kollisionen führen musste. Hier waren die römischen Gerichte darauf angewiesen, das maßgebende Recht in ihrer eigenen Praxis zu entwickeln und festzustellen, und diese Gerichtspraxis, die der Prätores und Provinzialstatthalter wie auch der Volksrichter, kommt daher als weitere Quelle eines auf Fremde anwendbaren Rechts in Betracht; eine Quelle, deren Bedeutung um so mehr steigen musste, je größer die Menge von Ausländern (Peregrinen) wurde, die als Bundesgenossen oder Untertanen dem römischen Reichsverband angehörten. Durch diese Praxis ist z. B. die spezifisch römisch-latinische Vertragsform der Stipulation in das Fremdenrecht aufgenommen und sind die zivilen Deliktssklagen auf Peregrine übertragen worden¹²⁰.

Nun, mit dem Fremdenrecht (*ius peregrinum*), das ausschließlich für Ausländer gilt, darf auf

¹¹⁵) Gai., *inst.* 1.1.

¹¹⁶) D. 49.15.5.

¹¹⁷) M. Wlassak in ZRG., 28, S. 124-126.

¹¹⁸) Polyb., 3.22 teilt die Verträge mit Karthago mit.

¹¹⁹) Liv., 43.2.

¹²⁰) Gai., *inst.* 3.92; 4.37.

keine Weise, wie es häufig geschieht, das von den Römern so genannte *ius gentium* verwechselt werden. Das *ius gentium* ist vielmehr ein Teil des römischen Rechts selber. Es wird von den römischen Juristen theoretisch aufgefasst als die Gesamtheit derjenigen römischen Rechtsinstitute, die sie in dem Recht der anderen antiken Völker (*gentes*, griechisch *έθνε*) übereinstimmend wiederfanden¹²¹. In diesem Sinn unterscheidet Gai., 1.1 zwischen dem *ius civile*, d. h. dem national eigentümlichen *ius proprium populi Romani*, und dem bei allen Völkern und darum auch bei den Römern geltenden *ius gentium*, d. h. dem *commune omnium hominum ius*. Als Wurzel dieses letzteren aber wird nicht etwa das Fremdenrecht (*ius peregrinum*) aufgefasst – nirgends tritt ein derartiger Gedanke in einer antiken Quelle hervor –, sondern die *naturalis ratio*, das *δίκαιον φυσικόν* der griechischen Philosophie, d. h. sowohl die naturgemäße außerrechtliche als auch die bei den Menschen überall gleich wiederkehrende Geistesstruktur und Geistesgesetzlichkeit. Genauso wie Gaius zwischen dem *ius quod quisque populus ipse sibi constituit* und dem *quod naturalis ratio apud omnes homines constituit* unterscheidet, genauso unterscheidet Aristoteles¹²². Eben diesen Begriff finden wir bei Cicero, Sallust, Seneca, Quintilian und Gaius selbst führt dieselben Rechtsinstitute abwechselnd auf die *naturalis ratio* und auf das *ius gentium* zurück, offenbar beides vollkommen identifizierend. Nicht um ein positives für Fremde geltendes Rechtsnormensystem handelt es sich also hierbei, sondern um eine theoretische Konzeption, mittels derer sich die Römer die Geltung gewisser Bestandteile ihres Rechts zurechtlegten, derjenigen nämlich, die sie gleichermaßen bei den anderen *gentes* des antiken Kulturkreises vorfanden; es gehört dahin natürlich insbesondere das ganze Gebiet, auf dem Formfreiheit und Billigkeit herrschte.

Als eine Erweiterung des ursprünglichen Begriffs wird es anzusehen sein, dass man – als man sich der Tatsache innegeworden war, dass auch im *‘ius quod apud omnes populus custoditur’* positive, nicht sogenannte naturale Bestandteile enthalten seien – auch diese dem *ius gentium* zurechnete, wie z. B. die Stipulation, abgesehen von der *sponsio*¹²³, die Akzeptilation¹²⁴. Immer aber bleibt es dabei, dass schon nach dieser theoretischen Auffassung der römischen Juristen das *ius gentium* ein ebenso für Bürger wie für Fremde geltendes Recht ist, nicht etwa ein besonderes Recht des internationalen Verkehrs. Zum *ius gentium* zählen u. a. die auf die *naturalis ratio* zurückgeführten Eigentumserwerbsarten¹²⁵, die *condictio sine causa*¹²⁶, das Verbot der Ehe zwischen Aszendenten und Deszendenten¹²⁷, der Rechtssatz, dass das Kind solcher *inter quos non est conubium* und ebenso das Kind einer Sklavin der Mutter folgt¹²⁸ usw. Auch, wo zwischen den verschiedenen Völkern Differenzen in der Einzelausgestaltung eines Rechtsinstitutes bestehen, hindert dies nicht die Einbeziehung in die theoretische Begriffsbestimmung des *ius gentium*; z. B. ist dies bei der *manumissio*¹²⁹ und der *tutela impuberum*¹³⁰ der Fall – doch finden sich hier begreiflicherweise Schwankungen¹³¹. Schon diese Übersicht zeigt, dass manche Institute und Sätze des theoretisch aufgefassten *ius gentium* uralte Bestandteile des römischen Rechts sind, wie z. B. die Anerkennung von Okkupation und auch Tradition. Anderes ist aber weit jüngeren Ursprungs und hat sich erst in der Praxis der letzten republikanischen Jahrhunderte allmählich entwickelt und gefestigt, so z. B. die Klagbarkeit der Konsensualverträge. Dass hierbei die Praxis des Fremdenprozesses vorangegangen ist, steht heute mit Sicherheit fest. Indessen entspricht die ganze theoretische Konstruktion des *ius gentium*, die uns die römischen Juristen vortragen, keineswegs dem wirklichen Entwicklungsgang. Und eine solche Nichtübereinstimmung kann uns nicht wundern.

¹²¹) Gai., *inst.* 1.1.

¹²²) *Eth. Nicom.*, 5.10, Ed. Berol., II, 1134.

¹²³) Gai., *inst.* 3. 93.

¹²⁴) Ulpian. D.46.4.8.4.

¹²⁵) Gai., *inst.* 3.132; Ulp., *Fr. Vindob.* 1, 2; Paul. D. 18.1.1.2; 19.2.1; 48.22.15; *societas*, Gai., *inst.* 3. 154.

¹²⁶) Marcian. D. 25.2.68.

¹²⁷) Paul. D. 23.2.68.

¹²⁸) Gai., *inst.* 1.78 und 82.

¹²⁹) Ulp. D. 1.1.4.

¹³⁰) Gai., *inst.* 1.189.

¹³¹) Vgl. hinsichtlich der Tutel Isidor., *Orig.* 5.9.1.

12. Die prätorische Rechtsbildung¹³²

Der vermutliche Entwicklungsgang, der zur Bildung eines ebenso für römische Bürger wie für Fremde geltenden Rechts (*ius gentium* in diesem nicht bloß theoretischen, sondern positiven Sinn) führte, kann wohl folgendermaßen geschildert werden. Seit dem 3. Jahrhundert v. Ch. wird Rom eine Großmacht, die nur noch ausnahmsweise mit anderen Mächten Freundschaftsverträge auf gleicher Ebene eingeht. Zahlreiche Gemeinwesen werden vom römischen Staat vernichtet, ihre Angehörigen ohne Vertrag, ohne Gleichstellung mit den römischen Bürgern dem römischen Gemeinwesen als abhängige Untertanen (*dediticii*) einverleibt.¹³³ Das römische Bürgerrecht wird eben kostbar. Auch das bloße *commercium* wird Nichtbürgern nur noch ausnahmsweise gewährt. Das Recht der römischen Stadtbürgergemeinde (*ius civitatis, ius civile*) schließt sich nach außen ab. Andererseits ist die Masse der Ausländer, die jetzt die römische Stadt aufsuchen, nach dem Personalitätsprinzip des *ius civile* unfähig.

Jetzt erst hat sich jene tatsächliche Lage entwickelt, die für den Fremdenverkehr in Rom, als vom *ius civile* ausgeschlossen, eine rechtliche Normierung erheischt, und zwar eine Normierung, welche in Rom selber auf die unter Fremden beobachteten Rechtsgebräuche und formlose Verkehrsgeschäfte Rücksicht nimmt. Es wird nunmehr unmöglich, an der rechtlichen Unverbindlichkeit dieser Verkehrsgeschäfte der nichtprivilegierten Fremden festzuhalten. Der Verkehr verlangte nach einem Verkehrsrecht, das auch diesen Geschäften die rechtliche Bekräftigung angedeihen ließ. Es lag nun in der Hand des römischen Jurisdiktionsmagistrats (des Prätors), ein solches Recht kraft seines Imperiums zu schaffen und durchzuführen. Denn den Fremden gegenüber war der Prätor an kein Volksgesetz gebunden: In Fremdensachen waltete sein freies Imperium. So konnte durch die Fremdenrechtssprechung ein Recht des nichtformgebundenen Fremdenverkehrs – ein Verkehrsrecht der «Gäste» – zur Gestalt und Durchführung gebracht werden.

Seit dem Jahr 243 verkörpert sich im Edikt des Fremdenprätors eine Masse von positiven Rechtsnormen, die, obwohl der römischen Rechtsordnung angehörig, so doch auch für Fremde gelten: das war das *ius gentium* in positivem Sinn, als ein gleichmäßig für Fremde und Bürger geltender Teil des römischen Rechts selbst, also als ein der konkreten, praktischen Anwendung fähiges Recht. Seine Quelle hatte dieses Recht (wie wir näher sehen werden) in der Amtsgewalt des römischen Magistrats, eine Gewalt, die, im Gegensatz zum Volksgesetz, für Fremde ebenso rechtswirksam war wie für römische Bürger.

Sachlich waren darin die Rechtsgedanken des Bürgerrechts zu einer Gestalt durchgebildet, die dem Gerechtigkeitsgefühl der neueren Zeit besser entsprach. Inhaltlich war also das *ius gentium* verjüngtes *ius civile*: gerade infolge dieses Charakters gewann es die Kraft, auf das *ius civile* selber zurückzuwirken und umgestaltenden Einfluss auszuüben. Wie heute das Handelsrecht auf die Privatrechtsentwicklung, so wirkte das *ius gentium* reformierend auf das bäuerlich-agrarische *ius civile*. Das Organ, welches die Aufnahme von Instituten des *ius gentium* ins *ius civile* vermittelte, war eben die Amtsgewalt des Prätors; hinter dem Prätor aber stand die Macht der neuen laikalen Rechtswissenschaften, die einsichtig genug war, sich den Forderungen von Handel und Verkehr nicht zu verschließen, einsichtig genug, ihnen auf dem Weg des Gewohnheitsrechts die zivilrechtliche Anerkennung zu verschaffen. Als das besondere Gericht des Fremdenprätors geschaffen wurde, war schon zuvor in der Rechtsprechung des Stadtprätors die Ausbildung eines neuen, auf Fremde wie auf Bürger gleichermaßen anwendbaren Rechts in vollem Gange. Seit etwa derselben Zeit trat das griechische Kulturleben immer mächtiger in das altnationale Römertum ein. So setzte sich die Anerkennung formfreier Verkehrsgeschäfte durch. Auf diese Weise wurde der formfreie Konsen-

¹³²⁾ [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume la doppia indicazione «13. Vorlesung, den 22. November 1937; vierte Vorlesung Köln, den 13. Juni 1938».]

¹³³⁾ Gai., *inst.* 1.14; vgl. Isidor., *Orig.* 9.4.49.

salkauf, die Miete, der konsensuale Gesellschaftsvertrag, der Auftrag als rechtsverbindlich anerkannt: das waren lauter Geschäfte, die bisher zwar durch Treu und Glauben (*fides*) als sozial verbindlich betrachtet und betätigt worden waren, aber bei etwaiger Nichterfüllung der rechtlichen Sanktion entbehrten. Dagegen schloss sich das Gebiet des Personen-, Familien- und Erbrechts nach wie vor streng gegen die Nichtbürger ab. Aber auf dem Gebiet des Vermögensrechts war den formfreien, auch Fremden zugänglichen Verkehrsgeschäften die Tür des Rechtsschutzes aufgetan.

So war in der Tat und blieb das *ius gentium* im positiven Sinn ein Teil des positiven, namentlich durch die Verkehrsgewohnheiten konkret gestalteten römischen Rechts und keineswegs eine bloß theoretische Abstraktion, wie es aus der Begriffsbestimmung römischer Juristen scheinen könnte. Die Unterscheidung von *ius civile* und *ius gentium* innerhalb des positiven römischen Rechts war nicht von bloß theoretischem, sondern von hervorragendem praktischem Wert: gleiche Rechtsstellung der Fremden mit den Bürgern vor den römischen Gerichten. Der Verkehr mit Fremden (z. B. Griechen und Phönikiern) stand nunmehr in Rom unter römischem Recht, aber unter römischem *ius gentium*. Nach römischem Sonderrecht (*ius civile* in engerem Sinn) konnte grundsätzlich nur der römische Bürger mit dem römischen Bürger verkehren. Das *ius gentium* war also ein römisches, aber zugleich auch den Fremden zugängliches Verkehrsrecht, wie es ja unter dem Einfluss des Fremdenverkehrs sich ausgebildet und im Edikt des Fremdenprätors seine erste feste Gestalt gewonnen hatte.

Folgende Rechtsnormensysteme grenzen sich also gegenseitig ab: *ius civile* im engeren Sinn und *ius gentium* bzw. *ius peregrinum* im Sinn eines ausschließlichen Fremdenrechts, das den Römern nicht zugänglich ist und römische Gerichte prinzipiell nicht angeht. Das gegenseitige Verhältnis zwischen //ihnen könnte man durch zwei einander überschneidende// Kreise zur Anschauung bringen. Je einer von diesen Kreisen würde das für römische Bürger bzw. für Fremde geltende Recht veranschaulichen. Die den beiden Kreisen gemeinsame Fläche würde eben das auf Bürger und Fremde gleichmäßig anwendbare, positive, römische Recht darstellen.

Wir gehen jetzt zur prätorischen Rechtsbildung über. Zunächst eine Vorbemerkung. Die römischen Juristen, etwa Gaius¹³⁴, haben die Erscheinungsformen des römischen Rechts, also dessen Quellen, in einer wahrscheinlich schon in republikanischer Zeit üblichen Aufzählung zusammengefasst. Sie nennen an erster Stelle das Gesetz ('*lex*') einschließlich des *plebiscitum*, dann den Beschluss des Senats (*senatus consultum*), dann die Edikte der Jurisdiktionsmagistrate, hierauf die Gutachten der Rechtsgelehrten (*responsa prudentium*); zuletzt – aber das kommt nicht für die republikanische, sondern für die Kaiserzeit in Betracht – die Forderungen der römischen Kaiser.

Gänzlich übergangen ist dabei das Gewohnheitsrecht, obwohl es für die älteste Rechtsbildung feststeht, dass sie eben wegen der sich nur langsam lösenden Einheit von Recht und Sitte, *ius* und *fas*, bloß auf Gewohnheitsrecht beruhte. Dieses wurde oft noch in späterer Zeit als *mores (mos maiorum)* bezeichnet, und zwar sowohl im Privat- als auch im Staatsrecht: eine Unterscheidung übrigens, die erst einen verhältnismäßig späteren Ursprung hat. Die Geltung eines gewohnheitsrechtlichen Satzes vermag oft nur mit dem Ausdruck '*receptum est*' begründet zu werden. Die grundlegenden römischen Rechtsinstitutionen beruhen auf Gewohnheitsrecht. Dieses ist natürlich Quelle des *ius civile* und kraft seiner Vermittlung werden Institute des *ius gentium*, die ursprünglich nur prätorischen Rechtsschutz hatten, später in das *ius civile* aufgenommen (rezipiert) mit der Folge, dass sie nunmehr, bei ihrer Anwendung auf römische Bürger, diesen einen zivilrechtlichen Rechtsschutz gewährten. Übergangen ist in der besagten Aufzählung der Rechtsquellen auch die schöpferische Tätigkeit der Rechtswissenschaft, soweit sie nicht in Responenform zum Ausdruck kam. Da aber die rechtsschaffende Tätigkeit der Volksversammlungen auf dem Gebiet des Privatrechts nicht beträchtlich und die des Senats während der Republik sehr geringfügig war, so haben wir zu dieser Zeit, abgesehen von der fortdauernden Bildung des Gewohnheitsrechts, als Rechtsquellen nur die Edikte und die Rechtswissenschaft vor uns.

¹³⁴) Gai., *inst.* 1.14.

13. Charakter der prätorischen Gerichtsbarkeit¹³⁵

Die Rechtspflege im römischen Bürgerstaat war von der heutigen wesentlich verschieden. Es gab nicht mehrere Gerichte nebeneinander mit abgegrenztem Sprengel und es bestand kein geordneter Instanzenzug. Man hatte, abgesehen von der beschränkten Marktgerichtsbarkeit der kurulischen Ädilen, überhaupt nur einen Justizbeamten, den Prätor (später im Jahr 243 die beiden Prätores) und die privaten, eigens für den eigenen Prozess bestellten Volksrichter. Der Prätor aber hatte eine verfassungsmäßige Stellung wie sie in der heutigen Gerichtsverfassung keinerlei Analogie findet. Ihm war einerseits eine Machtvollkommenheit zu eigen, wie sie heute kein Justizminister besitzt, denn er war *collega consulum* und hatte wie diese das volle Imperium. Andererseits war er eigentlich kein Richter, denn er konnte keine rechtskräftige Entscheidung in der streitigen Sache fällen; diese stand ausschließlich entweder einem eigens hierzu bestellten Volksrichter oder gewissen ein für allemal bestellten Richterkollegien zu. So zerfiel der römische ordentliche Privatprozess immer in zwei Stadien: in das einleitende Verfahren vor dem Magistrat (*in iure*) und in die eigentliche Kognition vor dem Richter (*apud iudicem*).

Lediglich für die Bestimmung des bei der Entscheidung konkreter Rechtsstreitigkeiten anzuwendenden Rechts (*ius dicere*) ist in Rom der Gerichtsmagistrat zuständig (nach der republikanischen Staatsverfassung aus der uns bekannten Zeit eben vornehmlich der Prätor). Dieser erscheint jedoch dem objektiven Recht der Bürgergemeinde gegenüber nicht so gebunden wie es der heutige Richter in den seiner Entscheidung unterbreiteten Prozessen ist. Er darf – wenn ihm dies aus rechtspolitischen Gründen notwendig oder auch zweckmäßig erscheint – die Klage verweigern, obwohl der Kläger seinen Anspruch auf das Volksrecht (*ius civile*) stützt; er kann aber umgekehrt eine Klage oder ein anderes Rechtsschutzmittel für einen Anspruch gewähren, den das Volksrecht (*ius civile*) nicht anerkennt. Die Gewährung bzw. Verweigerung des Rechtsschutzes unter den jeweiligen Umständen wird seinem freien Ermessen überlassen.

14. Verfassungsmässige Stellung des Prätors¹³⁶

Indem der Prätor eine *actio* versagt, die das Volksrecht (*ius civile*) gewährt, oder umgekehrt eine Klage oder ein anderes Rechtsmittel gewährt, das nach dem *ius civile* nicht gegeben ist, entwickelt er offensichtlich keine bloß richterliche Tätigkeit im heutigen Sinn, da seine Tätigkeit den rechtspolitischen Grundsätzen des Volksrechts keineswegs unterworfen ist, sich vielmehr vollkommen frei und unabhängig davon entfaltet. Er übt eine Gerichtsbarkeit aus, die im Einzelfall die zu seiner Regelung bestimmte volkrechtliche Norm außer Anwendung setzt oder für einen vom Volksrecht (*ius civile*) nicht geregelten Fall eine neu geschaffene Norm zur Anwendung bringt. Die hierbei frei schaltende Ermessensgewalt stellt den Prätor verfassungsmäßig über das Volksrecht (*ius civile*): der Prätor wird damit zum Richter über die Zweckmäßigkeit und die innere Gerechtigkeit der zivilen Rechtsnormierung im konkreten Fall und ist bei der Festsetzung des darauf anzuwendenden Rechts ermächtigt, anderen rechtspolitischen Erwägungen zu folgen als denen, nach welchen diese Fälle im Gesetz geregelt wurden. Es drängt sich nun die Frage auf: worin ist die Grundlage dieses freien Ermessens, dieser jurisdiktionellen Machtvollkommenheit zu suchen? Es wurde von manchen Modernen angenommen, dass die Grundlage hierfür in einer gesetzlichen Ermächtigung zu suchen sei, die die gesetzgeberischen Organe der *civitas* dem Prätor erteilt hätten¹³⁷. Dem ist aber nicht so.

Nach römischer Auffassung gehört eine solche Machtvollkommenheit des Prätors zum Wesen

¹³⁵) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «14. Vorlesung, den 23. November 1937».]

¹³⁶) [Ndc.: nel dattiloscritto originale non troviamo alcuna indicazione circa la data.]

¹³⁷) MONTESQUIEU.

seiner Jurisdiktion selbst und ist integrierender Bestandteil seiner Befehls- und Entscheidungsgewalt, seines Imperiums: ist doch die *iurisdictio* nur eine spezifische Funktion der allgemeinen Befehlsgewalt des Magistrats. Das freie Ermessen bei der Jurisdiktion ist nicht etwas Verliehenes, vom Gesetz Gewährtes, sondern es ist eine ebenso ursprüngliche und ureigene, dem rechtsprechenden Magistrat zustehende Prärogative wie das Imperium. Die Komitialgesetze der republikanischen Zeit – soweit sie zur Magistratsgewalt Stellung nehmen – gehen nicht davon aus, den Beamten Rechte oder Befugnisse zur Ausübung des Imperiums zu übertragen, sondern bezwecken vielmehr, diesem Imperium, das seinem Wesen nach unbeschränkt ist, Richtlinien zu geben und Schranken zu setzen. Soweit ein Gesetz nicht im Voraus die Verwaltungsgewalt des Beamten beschränkt hat, kann dieser aufgrund seiner Gewalt alle Maßnahmen treffen, die er für zweckmäßig hält. So können z. B. aufgrund des Imperiums die Beamten durch *leges datae* die Verwaltung der von ihnen eroberten oder der ihnen zugewiesenen Provinzen regeln.

Dabei an eine «delegierte Gesetzgebung» zu denken¹³⁸, beruht auf moderner Voreingenommenheit. Dieses Imperium nun, als eine Macht, der die Volksgesetze wohl Schranken und Bindungen auferlegen, aber nie eine positive Rechtfertigung geben konnten, als eine Gewalt, welche die ureigene Grundlage ihrer Rechtmäßigkeit in sich selbst trägt, ohne sie von außen her zu empfangen, ist gerade jenes Imperium, welches – wie schon gesagt – die republikanische Staatsverfassung Roms als politische Erbschaft vom vorhergehenden Königtum übernahm.

Nach der römischen Auffassung nämlich ist das Imperium der Konsuln und des Diktators die unmittelbare Fortsetzung des Imperiums der Könige und im Grund mit diesem identisch. Die Prätur wiederum ist nichts anderes als eine jener Verzweigungen, in die sich die einheitliche Magistratur der Königszeit im Rahmen der republikanischen Staatsverfassung gespalten hat. Das prätorische Imperium, ein unmittelbarer Sprössling des konsularischen, stammt also vom königlichen Imperium ab. Das bedeutet aber, dass der Prätor innerhalb des ihm durch die republikanische Verfassung zugewiesenen Kompetenzbereichs ein Imperium ausübt, welches seinem Wesen nach mit demjenigen der Könige identisch ist, wenn es auch sowohl in seiner Ausdehnung (hinsichtlich der besonderen Kompetenz der Rechtspflege) wie in seiner Machtfülle (hinsichtlich der allgemeinen durch die republikanische Verfassung dem magistratischen Imperium gezogenen Grenzen) gewisse Einschränkungen erlitten hat.

Angesichts dieses allgemein genetischen Zusammenhangs der prätorischen Amtsgewalt mit dem königlichen Imperium darf man wohl diejenige Jurisdiktion, womit der Prätor eine frei schaltende, Rechtsnormen schaffende Tätigkeit entfaltet, als eine Funktion der magistratischen Prärogative, als ein magistratisches Vorrecht auffassen. Diese Auffassung lässt sich vor allem damit begründen, dass der Prätor das freie Ermessen bei der Jurisdiktion nicht als Richter im heutigen Sinn, sondern als Magistrat ausübt, der eigens mit seiner souveränen Machtvollkommenheit ausgerüstet ist. Für diese Auffassung spricht ferner auch der Umstand, dass eine solche Machtvollkommenheit – wenn sie auch auf dem Boden der republikanischen Staatsverfassung steht – offensichtlich nicht erst von dieser geschaffen wurde, sondern dem republikanischen Magistrat in der Form zuerkannt wurde, wie sie bereits dem König zu eigen war, von dem sie entwicklungsgeschichtlich abstammt und von dem sie auf den Prätor überging. Man hat in ihr ein geschichtliches Überbleibsel aus einem vorherbestehenden Regime vor sich. Es handelt sich um die Fortdauer einer souveränen Herrschergewalt im Bereich des republikanischen Regierungssystems, einer Gewalt, die in der vorhergehenden Verfassung ausschließlich dem König zustand.

Die hier entwickelte Auffassung stellt freilich nur eine historische Vermutung dar, die jedoch mittelst unserer rechtsmorphologischen Methode gewonnen ist, indem sie durch die überlieferte Struktur der magistratischen Gewalt sehr wahrscheinlich gemacht wird. Sie rückt somit auch die verfassungsmäßige Stellung, in der die Grundlage der prätorischen Machtvollkommenheit zu erblicken ist, in das richtige Licht. Diese äußerst charakteristische Stellung findet ja doch nirgends ein

¹³⁸) Wie dies auch jüngst WEISS, *Rechtsgesch.*, S. 37, tat.

Gegenstück in den Verfassungen der modernen Staaten, es sei denn in gewisser Hinsicht in dem Führergedanken der heutigen autoritären Staatsverfassungen.

15. Grundriss einer Entwicklungsgeschichte der prätorischen Rechtsbildung¹³⁹

Abgesehen von der dargestellten Vermutung wissen wir, dass schon in der ältesten Zeit, als sich der Zivilprozess in Rom in der Form von Legisaktionen abspielte, der Prätor von seinem freien Ermessen in der Rechtsprechung reichlich Gebrauch machte. Er tat dies, indem er die *legis actio* sowohl nach ihrer Rechtmäßigkeit wie nach ihrer inneren Gerechtigkeit überprüfte und sie eventuell selbst demjenigen verweigerte, der einen im Gesetz begründeten Anspruch geltend machte. Er tat dies ferner, indem er Interdikte erließ, (*missiones in possessionem*) Besitzeinweisungen anordnete, *stipulationes* auferlegte oder gar *restitutiones in integrum* bewirkte (für diese Begriffe verweise ich auf den Abschnitt des Privatprozesses). Vor allem aber dürfte der Prätor schon sehr früh – und zwar mindestens seit der ersten Hälfte des 3. Jahrhunderts v. Chr. – dazu berufen gewesen sein, seinen Schutz in der Form einer Klage (*actio*) jenen Privatpersonen zu gewähren, die mangels der römischen Staatsbürgerschaft schon aus dem Grund eine *legis actio* nicht anstellen konnten.

Aus der zunehmenden Entwicklung der Handelsbeziehungen mit Ausländern ergaben sich naturgemäß neue Streitsachen und damit entstand das Bedürfnis, ein Streitverfahren zu schaffen, das für deren Entscheidung geeignet war. Der gerichtliche Schutz der Ausländer auf römischem Staatsgebiet bildet zwar den Gegenstand internationaler Übereinkommen zwischen Rom und den Staaten, denen sie angehören¹⁴⁰, doch bedurften derartige Übereinkommen zu ihrer Verwirklichung im Geltungsbereich des stadtrömischen Rechts der Mitwirkung des Gerichtsmagistrats. Es kann in der Tat keinem Zweifel unterliegen, dass der Prozess zwischen römischen Staatsbürgern und Fremden oder allein zwischen Fremden vollkommen vom Magistrat eingerichtet und geregelt war, und zwar aufgrund seines Imperiums.¹⁴¹ Aller Wahrscheinlichkeit nach war er als Schiedsverfahren eingerichtet, in dem die Parteien unter der Aufsicht des Magistrats und mit seiner Zustimmung oder gar unter dem Druck seiner Gewalt dahin übereinkamen, die Entscheidung der Streitfrage einem Kollegialgericht von privaten, durch Vereinbarung bestimmten Schiedsrichtern¹⁴² zu übertragen, die der Magistrat selbst mit der Entscheidung betraute. Zu diesem Zweck stellen die Parteien in gegenseitigem Einvernehmen den Gegenstand der Streitfrage in einer schriftlichen Urkunde (*formula*) fest, die sie gleichermaßen unter Aufsicht des Magistrats aufsetzen (vgl. unten).

Nun: mit der Entwicklung des Formularverfahrens hängt die Ausgestaltung des prätorischen Rechts eng zusammen. In diesem Verfahren nämlich legte der Prätor nach seinem freien Ermessen in der Formel die Richtlinien der schiedsrichterlichen Entscheidung fest. Und auf diese Weise gelang es ihm, solchen Tatbeständen, die das Volksrecht (*ius civile*) unberücksichtigt und unregelt gelassen hatte, rechtliche Erheblichkeit zu verleihen. Denn während die Formulare der Legisaktionen unveränderlich bleiben mussten ebenso wie der in ihnen wiederzugebende Wortlaut der Gesetze, waren die Schriftformeln des neuen Streitverfahrens an keinen gesetzlichen Text gebunden: somit vertrugen sie die verschiedenartigsten Gestaltungen und boten dem Prätor Gelegenheit, Mittel und Wege zu finden, um den Rechtsschutz bei allen jenen Interessenkonflikten zu gewähren, die nach seiner Auffassung durch rechtliche Maßstäbe geschlichtet werden konnten.

Es wurde von den Rechtshistorikern die Frage erörtert, ob der Prätor schon vor der *lex Aebutia* (ungefähr aus dem Jahr 130 v. Chr.) die Einführung eines ähnlichen Verfahrens auch für Streitigkeiten

¹³⁹) [Ndc.: nel dattiloscritto originale non troviamo alcuna indicazione circa la data della lezione.]

¹⁴⁰) Vgl. 11. Vorlesung [Ndc.: a questo rinvio presente nel dattiloscritto originale corrisponde nella cronologia a base della presente pubblicazione la lezione «9. Die römische Republik und ihre Verfassung» del 18 novembre 1937, cfr. *supra*, p. 56 s.]

¹⁴¹) Nämlich als ein *iudicium imperio continens*: vgl. Gai., *inst.* 4.105.

¹⁴²) *Recuperatores*: Liv., 43.2.3.

zwischen römischen Bürgern gestattet habe. Aber auch diese Frage kann nur eine bejahende Antwort erhalten. Denn angenommen, die Parteien selbst hätten zum Ausdruck gebracht, dass sie der Strenge der *legis actio* ein freieres und der Billigkeit zugängliches Verfahren vorzogen, wie es das Formularverfahren war, so konnte keine verfassungsmäßige Schranke den Magistrat daran hindern, römischen Bürgern auch außerhalb der *legis actio* einen Rechtsschutz zu gewähren, dann nämlich, wenn die Streitfrage ein vom *ius civile* geregeltes Rechtsverhältnis betraf und daher auf dem Weg einer *legis actio* vor Gericht hätte gebracht werden können.

Betraff die Streitigkeit aber Lebensverhältnisse, die vom Volksrecht (*ius civile*) nicht als rechtserheblich bewertet wurden, dann konnte auch der Umstand, dass beide Parteien römische Bürger waren, den Magistrat nicht dazu bewegen, die Zweckmäßigkeit der Gewährung des Rechtsschutzes anders zu beurteilen.

Andererseits steht es fest, dass die konsensualen Verpflichtungsgeschäfte, die Konsensualverträge des *ius gentium*¹⁴³ ihre erste rechtliche Anerkennung in dem Fremdenprozess fanden. Es war nun aber eine ständige Tendenz der Rechtsgebilde des *ius gentium*, ihre Bedeutung auch außerhalb der Beziehungen mit Fremden, insbesondere in den Verkehrsverhältnissen unter römischen Bürgern zu behaupten. Dass diese Tendenz ein Hindernis in den Formen der *legis actio* gefunden hätte, ist nicht sehr wahrscheinlich. Dass z. B. der Kauf, die Miete als bindende Rechtsgeschäfte unter Bürgern nicht anerkannt worden wären, während sie bereits in den Beziehungen zwischen Bürgern und Fremden oder nur zwischen Fremden anerkannt waren, wäre unsinnig und auf die Dauer untragbar gewesen. Wenn man ferner bedenkt, dass die Konsensualverträge nicht so rasch in das *ius civile*¹⁴⁴ aufgenommen wurden und dass keine Spur diesbezüglicher Edikte übrig geblieben ist, so kann diese Erscheinung nur durch die Annahme erklärt werden, dass diese Verträge unter römischen Bürgern schon sehr frühzeitig ihre Anerkennung in der Gerichtspraxis der Prätores gefunden haben und dass dann diese Praxis, bevor sie in Edikten ihren Niederschlag gefunden hatte, ein ziviles Gewohnheitsrecht hat entstehen lassen.

Die *lex Aebutia* hat somit nicht etwa ein Verfahren für Fremde auf die römischen Bürger, denen es bis jetzt unzugänglich gewesen wäre, übertragen; sondern sie beschränkt sich darauf, ein Verfahren, das schon von früher her unter ihnen praktisch betätigt wurde, rechtlich zu bekräftigen, indem sie ihm den Charakter und die Wirksamkeit eines Verfahrens des *ius civile* aufprägte. Sie gab sicher nicht die Grundlage für das frei schaltende Ermessen des Jurisdiktionsmagistrats ab, sondern schuf nur einen geeigneten Boden für eine bestimmte Entwicklung seiner dem freien Ermessen überladenen Tätigkeit: eine Tätigkeit übrigens, die in ihren Richtlinien stets von den im magistratischen *consilium* beratenden Juristen angeregt und unterstützt wurde, die wachsam auf die Bedürfnisse der Zeit achtete und in ständiger Berührung mit der Praxis des Verkehrs- und Geschäftslebens blieb.

Diese prätorische Tätigkeit macht sich in der republikanischen Spätzeit in Form von Dekreten und Edikten geltend, d. h. in der zwiefachen Gestalt von Anordnungen zur Regelung eines Einzelfalls (*decretum*) und von normativen Verfügungen allgemeiner Tragweite, die dazu bestimmt sind, eine abstrakte Kategorie eventuell vorkommender Fälle zu normieren (*edictum*). In der Zeit vor der *lex Aebutia* war die bei weitem überwiegende Form das *decretum*, die von Fall zu Fall getroffene Verfügung. Zu dieser Zeit gingen die Prätores gewöhnlich in der Weise vor, dass sie den Bürgern das Programm und die Richtlinien bekannt gaben, nach welchen sie ihr Amt gegebenenfalls ausüben würden, und die betreffenden Formulare ins Album einschalteten.

Erst in späterer Zeit begannen sie bei Übernahme des Amtes das Programm und die Richtlinien ihrer Gerichtsbarkeit in scharf umrissener und auf die Dauer berechneter Form, in abstrakter und allgemeiner Fassung bekanntzugeben, die besser geeignet war, eine Rechtsnorm auszudrücken, d. h.

¹⁴³) Vgl. 12. Vorlesung. [Ndc.: nella presente pubblicazione «9. Die römische Republik und ihre Verfassung» del 18 novembre 1937, cfr. *supra*, p. 56 s.]

¹⁴⁴) Vgl. 12. Vorlesung. [Ndc.: nella presente pubblicazione «9. Die römische Republik und ihre Verfassung» del 18 novembre 1937, cfr. *supra*, p. 56 s.]

sie in Edikten amtlich kundzumachen. Nun: Das Anwachsen der auf freiem Ermessen beruhenden Tätigkeit der Prätores nach der *lex Aebutia* ist gerade auf den Antrieb zurückzuführen, den die Legalisierung des Formularverfahrens für die Veröffentlichung von Edikten gab. Auf diese Weise lieferten die Edikte den entscheidenden Beitrag zur Schaffung eines eigenen Systems prätorischen Rechts.

In der Tat, solange die Magistrate sich darauf beschränkten, nur von Fall zu Fall Entscheidungen zu treffen und im Voraus höchstens abstrakte Schablonen im Album bekanntzugeben, die als Muster für Maßnahmen in Einzelfällen dienen sollten, stellten die von ihnen festgelegten Grundsätze der Gerichtspraxis nur einfache Programme dar, die noch nicht zu Rechtsnormen erhoben waren, sondern lediglich dazu dienten, ein praktisch zweckmäßiges Vorgehen durch Befolgung identischer oder ähnlicher Präzedenzentscheidungen zu rechtfertigen.

Es war allerdings möglich, dass diese Grundsätze sich in stufenweiser Entwicklung zu Rechtsnormen ausgestalteten, soweit nämlich ihre wiederholte ununterbrochene Befolgung die Probe gut bestanden hatte und bei den Bürgern die allgemeine Überzeugung hervorriefen, dass diese Grundsätze einer wohlbegründeten Forderung des Verkehrslebens entsprachen¹⁴⁵. Aber auf diese Weise bildeten sie sich in Normen des Volksrechts, d. h. des *ius civile* um, da die Gewohnheit Quelle des Volksrechts ist. Eben auf diesem Weg drangen schon früh Institute und Grundsätze prätorischen Ursprungs so tief in das allgemeine Volksbewusstsein ein, dass sie vermittelt einer Rezeption in das *ius civile* übergingen, ohne auch nur eine Spur ihres amtsrechtlichen Ursprungs zu hinterlassen. So z. B. die ältesten Konsensualverträge: die Frage, ob aufgrund solcher Verträge der Beklagte verpflichtet sei, nahm dann der Prätor nicht mehr auf sich, sondern schob ihre Beantwortung der Rechtsüberzeugung des Volksrichters zu.

Nun, je leichter diese Rezeption prätorischer Grundsätze in das *ius civile* sich vollzog, desto schwieriger wurde selbstverständlich die Bildung eines auf sich selbst beruhenden prätorischen Amtsrechts. Die prätorische Rechtsprechung durch Einzeldekrete erschien gleichsam als eine Kraft der Fortentwicklung, die dem geltenden Volksrecht innewohnte: und was sich aufgrund der prätorischen Jurisdiktion in der allgemeinen Volksüberzeugung durchsetzte, ward Volksrecht (*ius civile*), nicht Amtsrecht. Das *ius civile* nahm denn auch tatsächlich nach und nach in sich auf, was die Gerichtsmagistrate an Gutem geschaffen hatten (ausgeschlossen waren natürlich jene Institute, die wegen ihrer besonderen Beschaffenheit einer solchen Aufnahme ins Zivilrecht widerstrebten, wie z. B. die Interdikte).

Dass die prätorischen Schöpfungen sich in einem selbstständigen, vom Volksrecht (*ius civile*) abgesonderten System zusammenschlossen, war infolge dieses Umstandes unmöglich.

Hierin trat jedoch eine gründliche Änderung ein, als die Gerichtsmagistrate, der rechtsschöpferischen Aufgabe ihres Amtes immer mehr bewusst, in großem Umfang zum Erlass von Edikten übergingen. Die Edikte riefen (wie wir gleich sehen werden) echte Rechtsnormen ins Leben, wenn ihre Geltungskraft auch auf die Amtszeit des edizierenden Prätors beschränkt war. Für derartige Normen war nun die Rezeption ins Volksrecht (in das *ius civile*) auf dem Weg der Gewohnheit wohl nicht unmöglich¹⁴⁶, aber sicher viel schwieriger.¹⁴⁷ Dass sie möglich war, ist noch daraus ersichtlich, dass an mehreren Stellen des prätorischen Edikts für gewisse Vertragsansprüche, für die ziviler Rechtsschutz besteht, doch der prätorische Rechtsschutz noch durch besondere Ediktsbestimmung verheißt wird. Das erklärt sich historisch daraus, dass in solchen Fällen der amtsrechtliche Rechtsschutz der ältere, der zivilrechtliche der jüngere ist und erst dann hinzutrat, als niemand mehr zweifeln konnte, dass jeder Volksrichter aus den betreffenden Tatbeständen eine Verpflichtung ohne weiteres entnehmen würde.

Aber von dem Augenblick an, wo die prätorischen Richtlinien in den Edikten eine angemessene Formulierung erhielten und somit schon den Dauercharakter objektiver Rechtsnormen empfingen,

¹⁴⁵) Vgl. 12. Vorlesung. [Ndc.: nella presente pubblicazione «9. Die römische Republik und ihre Verfassung» del 18 novembre 1937, cfr. *supra*, p. 56 s.]

¹⁴⁶) Vgl. Gai., *inst.* 4.47.

¹⁴⁷) L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig, 1981, S. 54.

wurde eine solche Rezeption nicht mehr wie zuvor als zweckmäßig empfunden. Die Folge hiervon war, dass die in den Edikten festgelegten Grundsätze nunmehr nur ganz selten ins Volksrecht aufgenommen wurden: denn sie waren einer Verschmelzung mit dessen Normen weniger zugänglich geworden. Daher behielten sie ihren amtsrechtlichen Charakter unverändert bei und drängten auf Vereinigung und Festlegung zu einem selbstständigen Rechtssystem hin.

Wenn in der früheren Zeit der Bereich des frei schaltenden Ermessens des Prätors dem Bereich des Volksrechts gegenüber noch nicht scharf umrissen war, da die in dem einen von beiden zur Anwendung gelangten Grundsätze oft in den anderen aufgenommen wurden, so ergab sich in der Folgezeit ein wesentlich anderes Bild. Seitdem die Richtlinien der prätorischen Jurisdiktion in den Edikten eine dauerhafte amtliche Niederlegung und eine technisch angemessene Formulierung fanden, entstand ein deutlicher und scharfer Gegensatz: nämlich zwischen dem Volksrecht, dem Recht von Gemeinde wegen, dem *ius civile* einerseits und den gesamten prätorischen Grundsätzen andererseits, die auf diese Weise niedergelegt, sich zu einem selbstständigen Rechtssystem, zu einem prätorischen Amtsrecht auswuchsen, zu einem Recht von Amts wegen.

Grundlage dieses Amtsrechts in seiner strengen Scheidung vom Volksrecht waren somit die Edikte, welche den Niederschlag der magistratischen Gerichtspraxis bildeten. Daneben darf freilich die Bedeutung der Praxis der Richterkollegien nicht übersehen werden. Geleitet wurde sowohl die magistratische wie die richterliche Praxis von der Jurisprudenz, die durch die Beteiligung von Juristen an den Konsilien der Prätores und Richter wie auch durch die gutachtliche Betätigung einen bestimmenden Einfluß ausübte.

16. Die rechtliche Eigenart der prätorischen Edikte¹⁴⁸

Nachdem wir die Entwicklung der frei schaltenden Jurisdiktionstätigkeit der Prätores bis zur Entstehung eines Systems des prätorischen Amtsrechts schematisch geschildert haben, müssen wir (bevor wir auf dessen Gegensatz zum *ius civile* eingehen) kurz die rechtliche Eigenart der Edikte darlegen.

Die Edikte sind ihrem Wesen nach amtliche, an die Bürgerschaft gerichtete Mitteilungen, in denen der rechtsprechende Magistrat bei der Übernahme seines Amtes die grundsätzlichen Richtlinien kundgibt, die er bei der Ausübung seines *officium iurisdictionis* befolgen wird, auf dass sie den Privatpersonen als Richtschnur dienen mögen¹⁴⁹.

In diesen Mitteilungen setzt der Prätor zumeist fest, wie er sich gegenüber den Anträgen derer verhalten wird, die seine Jurisdiktion unter Angabe bestimmter Tatbestände angehen werden (z. B.: *iudicium dabo, agendi potestatem faciam, ratum non habeo, in integrum // restituum* //). Seltener legt er den Privaten unmittelbar ein bestimmtes Verhalten auf, das sie seiner eigenen Gerichtstätigkeit gegenüber zu beobachten haben, wenn sie sich anschicken, hinsichtlich Amtes an ihn heranzutreten (Beispiel: *in iure apud me ne postulent*).

Um nun die rechtliche Bedeutung der auf diese Weise festgelegten Regeln bestimmen zu können, muss zwischen Form (Struktur) und Wesen (Funktion) der Edikte unterschieden werden.

Formell sind die ediktalen Regeln – gleichgültig, ob sie ein bestimmtes Verhalten des Prätors Privatpersonen gegenüber festsetzen oder ob sie den letzteren ein bestimmtes Betragen dem Prätor gegenüber auferlegen – nichts anderes als Richtlinien der Gerichtspraxis. Sie rufen keine rechtlichen Beziehungen zwischen Privatpersonen ins Leben, die etwa unabhängig von der prätorischen Jurisdiktion Geltung und Bestand hätten. Die Entstehung und die Entwicklung derartiger Beziehungen hängt naturgemäß immer davon ab, dass sie vor dem Prätor geltend gemacht und von ihm in seiner Jurisdiktion anerkannt werden.

¹⁴⁸) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «14. Vorlesung, den 23. November 1937», già presente tuttavia anche per la (nella sequenza della presente pubblicazione) 13. lezione]

¹⁴⁹) D. 1.2.2.10: 'eodem tempore et magistratus iura reddebant et, ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant'.

Ihrem Wesen nach haben jedoch die ediktalen Regeln eine weit tiefer gehende inhaltliche Bedeutung. Sie erschöpfen sich nicht in dem Untertanenverhältnis zwischen dem Prätor, der sie erlässt, und den Privatpersonen, an die sie gerichtet sind. Praktisch wirken sie letzten Endes darauf hin, Lebensverhältnisse zwischen Privatpersonen als rechtserheblich anzuerkennen und mit Rechtsfolgen zu bekräftigen. Das bewirkt die Autorität, die der prätorischen Jurisdiktion gegenüber den ihr Unterworfenen innewohnt. Von dem psychologischen Druck, den sie auf ihr Betragen ausübt, können wir uns leicht eine Vorstellung machen. Man beachte beispielsweise die Edikte, welche mit der Versicherung *'iudicium dabo'* schließen. Was erklärt der Prätor hiermit? Er erklärt, dass, wo sich eine bestimmte Sachlage zwischen Privatpersonen ergibt, er aufgrund der Behauptung der einen beteiligten Partei die Bestellung eines Schiedsrichters für die Feststellung ihres Verhältnisses zur Gegenpartei gewähren werde: dieser wird dann festzustellen haben, ob im konkreten Fall die in abstrakter Fassung hypothetisch vorausgesetzte Sachlage vorliege, und wird bejahendenfalls das als verletzt erscheinende Interesse mit geeigneten rechtlichen Mitteln schützen. Es leuchtet also ein, dass der Prätor mit einer solchen Maßnahme in Wahrheit darauf abzielt, einen Interessenkonflikt zwischen Privatpersonen auszugleichen und das als schutzwürdig anerkannte Interesse auf Kosten des entgegengesetzten Interesses zu schützen. Offensichtlich werden hier in der unscheinbaren Gestalt von bloßen Gerichtsnormen materielle Rechtssätze geschaffen, die geeignet sind, das Verhalten der Beteiligten in ihren wechselseitigen Beziehungen zu bestimmen. Hierüber kann kein Zweifel bestehen.

Es erscheint somit die Schlussfolgerung begründet, dass die Edikte ein besonderes objektives Privatrecht geschaffen haben, welches durch das Amtsjahr des edizierenden Prätors hindurch in Kraft blieb.

In der Tat sind die Schriften der römischen Juristen der Auffassung, die Edikte seien wegen ihrer Geltung und Tragweite ebenso Rechtsquellen wie die anderen Quellen des objektiven Rechts. Sie werden in ähnlicher Weise behandelt wie die Gesetze: ja, es wird ihnen sogar entschieden eine bei weitem überwiegende praktische Bedeutung zuerkannt.

Als amtliche Mitteilungen der Grundsätze, an die sich der edizierende Prätor bei der Rechtspflege gegebenenfalls halten würde, hatten die Edikte in Wahrheit vor allem die praktische Wirkung und die rechtliche Aufgabe, die Ausübung des freien Ermessens durch den Prätor auf dem Weg der Selbstbeschränkung bestimmte Grenzen zu setzen. War ja doch der edizierende Magistrat grundsätzlich gebunden, während der Dauer seines Amtes die bekanntgegebenen Normen zu befolgen. Auf diese Weise wurde der freien Jurisdiktionstätigkeit der Charakter des Unsicheren und Unvorhergesehenen, der ihr früher anhaftete, grundsätzlich genommen, sodass sich die Privatpersonen auf die aufgestellten Normen verlassen konnten. Es bestanden ihrerseits nunmehr sichere rechtliche Anwartschaften.

Von diesem Gesichtspunkt aus stellt der Erlass von Edikten durch den Prätor eine Erscheinung dar, die Analogien mit dem Erlass von Verordnungen durch Verwaltungsbehörden aufweist. Das Edikt hat gewisse äußere Kennzeichen mit der Verordnung gemeinsam. Als (Rechts-) Verordnung pflegt man bekanntlich¹⁵⁰ eine Gruppe von Bestimmungen (Verfügungen) zu bezeichnen, die in einer Verwaltungsbehörde erlassen und als gesetzte Rechtssätze allgemein normierenden und bindenden Charakter tragen. Es ist auch in der Geschichte mehrmals vorgekommen, dass die Befugnis, selbstständig, nach freiem Ermessen Anordnungen für den Einzelfall zu treffen, nach und nach zu einer allgemein verordnenden Befugnis zu werden begann, zu einer Befugnis nämlich, in allgemeiner und abstrakter Form die Richtlinien festzusetzen, deren Befolgung bei Ausübung der frei schaltenden Tätigkeit beabsichtigt wird. Die Ankündigung dieser Richtlinien hat eben eine Selbstbeschränkung zur Folge: die Verwaltungsbehörde bindet sich durch ihre Verordnungen, was zum Vorteil der Bürger Sicherheit, Ordnung und Gleichheit schafft. Die ediktale Tätigkeit ist gerade darin mit dem Erlass von Verordnungen vergleichbar, dass bei beiden eine Selbstbeschränkung des freien Ermessens erreicht wird.

Andrerseits besteht aber auch ein wesentlicher Unterschied, der keinesfalls verkannt werden darf. Die ediktalen Normen können zu denjenigen des Volksrechts im Widerspruch stehen: in einem

¹⁵⁰ W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 1928, S. 120.

solchen Fall haben sie im Bereich der prätorischen Jurisdiktion vor jenen Vorrang. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet sind die Edikte etwas ganz anderes als die heutigen Verordnungen, die den Gesetzen untergeordnet sind, indem diese in jedem Fall den Vorrang haben.

Dass die prätorische Jurisdiktionsgewalt den Charakter eines echten freien Ermessens trägt, des Ermessens nämlich, die geeignetsten Mittel des Rechtsschutzes nach ihrer Zweckmäßigkeit zu bestimmen, das kann füglich nicht geleugnet werden. Denn freies Ermessen ist keineswegs mit bloßer Willkür gleichbedeutend: der römische Prätor ist kein Despot orientalischer Prägung, sondern ein Magistrat (was soviel bedeutet, wie der, der mehr ist als die anderen Mitbürger): ein Magistrat, der im Bereich der Staatsverfassung eine begrenzte Kompetenz besitzt und auch einer politischen Verantwortlichkeit unterliegt.

In den Grundzügen betrachtet, dürfte man über das Verhältnis zwischen Volksrecht (*ius civile*) und Amtsrecht (*ius honorarium*) Folgendes bemerken:

1. Ihr Gegensatz betraf: a) die Rechtsquelle; b) den Geltungsbereich; c) den Inhalt; d) die Wirkungsweise.
2. Die besondere Stellung des Amtsrechts (*ius honorarium*) in Bezug auf das Volksrecht (*ius civile*) dürfte sich lediglich äußern bei: a) Koordination (*adiuvare*) und Durchführung (law equity); b) Unterordnung und Ergänzung (*supplere*); c) Vorrang (*corrige*) bei der Rechtsanwendung. Jegliche Reformierungskompetenz war ausgeschlossen.

17. Das doppelte Recht¹⁵¹

Die Folge der Entfaltung des Amtsrechts (*ius honorarium*) war aber die Entstehung eines doppelten Rechts in Rom. Dem Recht von Gemeinde wegen (*ius civile* gleich *ius civitatis*) trat überall – insbesondere auf dem Gebiet des Privatrechts und des Zivilprozesses – ein anderes Recht, das Recht von Gerichten wegen (*ius honorarium*) gegenüber.

Das Zivilrecht verlangte für die rechtsgeschäftliche Veräußerung von *res Mancipi* die Form der *Mancipatio*. Zum Ritual der *Mancipatio* gehörte das «Ergreifen» (*manu capere*) der Sache durch den Erwerber. Ursprünglich hatte der «Handgriff» (*Mancipium*) zweifellos den Sinn, dass er den tatsächlichen Besitzerwerb zu vermitteln bestimmt war. Aber der Handgriff war in der Fortentwicklung des Zivilrechts (*interpretatio*) eine bloße Form geworden. Die *Mancipatio* als solche gab keinen Besitz mehr, sondern nur das Eigentum. Übertragung des Besitzes (*traditio*) war nach Zivilrecht für den Eigentumsübergang gleichgültig geworden. Der Prätor war es, der umgekehrt die Tradition (die Besitzübergabe), und zwar auch für *res Mancipi*, zu dem entscheidenden Vorgang machte. War eine *res Mancipi* (z. B. ein Sklave, ein *fundus Italicus*) verkauft und formlos zu Besitz übergeben worden (*tradita*), so war der Käufer nach Zivilrecht nicht Eigentümer geworden. Im Gericht aber wurde er trotzdem vom Prätor als Eigentümer behandelt. Das echte Eigentum des Zivilrechts (*ex iure Quiritium*) vermochte der Prätor dem Traditionserwerber einer *res Mancipi* nicht zu geben: er hatte keine Gewalt über die Geltung des Zivilrechts. Aber Klagen und Verteidigungsmittel konnte der Prätor seinem Schützling gewähren, denn er hatte Gewalt über die gerichtliche Handhabung des Zivilrechts. Der bloße Traditionserwerber besaß die Sache nicht zu formellem Eigentum, aber er hatte sie kraft prätorischer *actio* und *exceptio* (Klage und Einrede) doch *'in bonis'*, so dass niemand sie ihm zu entreißen imstande war. Der zivilrechtlichen Eigentumsordnung stellte der Prätor eine andere Eigentumsordnung, dem quiritischen Eigentum ein anderes Eigentum, das *'in bonis habere'* (sogenanntes bonitarisches Eigentum) gegenüber.

Nach Zivilrecht bedurfte es bestimmter Rechtsformen zur Begründung eines Servituts (d. h. eines beschränkten Nutzungsrechts an fremder Sache, z. B. eines Nießbrauchs, einer Wegegerech-

¹⁵¹) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «15. Vorlesung, den 24. November 1937».]

tigkeit); nach prätorischem Recht genügte die formlose Einräumung der Ausübung des Nutzungsrechts, die sogenannte *quasi traditio servitutis*.

Nach Zivilrecht gab es //außerdem// überall keine Verpfändung in unserem Sinn: Sollte der Gläubiger Realsicherheit haben, so musste ihm das Eigentum an der Sache übertragen werden. Der Prätor aber schuf ein Pfandrecht neben dem Eigentum; aufgrund der bloßen Vereinbarung, dass dem anderen die Sache zu Pfand gesetzt sein sollte, gab er eine dringliche Klage. Wie die Eigentumsordnung so ward auch die Ordnung der Rechte an fremder Sache durch das *ius honorarium* von Grund aus umgestaltet.

Hatte jemand den anderen durch Drohung (*metus*) oder durch Betrug (*dolus*) zu einem Rechtsgeschäft bestimmt, so war das Rechtsgeschäft nach Zivilrecht dennoch gültig¹⁵². Der Prätor aber berücksichtigte den *metus* und den *dolus* als unerlaubte Handlungen in allen Fällen durch Gewährung von Klage und Einrede. War daher ein Schuldversprechen zwar in rechtsverbindlicher Form, aber *metus causa* oder infolge Betrugs gegeben worden, so war dies Schuldversprechen nach Zivilrecht vollgültig, nach prätorischem Recht aber gerichtlich einredebehaftet. Wie *metus* und *dolus*, so wurden auch andere Tatbestände (z. B. das *pactum de non petendo*, d. h. der formlose Erlassvertrag), die nach Zivilrecht für die Befreiung des Schuldners als solche grundsätzlich unerheblich waren, vom Prätor als solche für erheblich erklärt. Den prätorischen Schuldbefreiungsgründen traten andererseits prätorische Schuldverzeugungsgründe zur Seite: Geschäfte, die nach Zivilrecht unklagbar waren (z. B. das *constitutum debiti*, d. h. das formlose Versprechen, eine bestehende Schuld zahlen zu wollen), empfangen vom Prätor eine Klage und damit rechtliche Verbindlichkeit.

Keineswegs konnte der Prätor jemanden zum Erben (*heres*) machen, der zivilrechtlich nicht Erbe war. Aber er übte in seinem Gericht Macht über die Einweisung in den Besitz der Erbschaftsgüter (*bonorum possessio*) //aus// und indem er den Besitz der Erbschaft gewährte oder verweigerte, erzeugte er eine neue, bonitarische Erbrechtsordnung: die Ordnung der prätorischen *bonorum possessio*.

Im Vorigen sind nur einige Hauptpunkte hervorgehoben worden. Aber sie genügen, um eine Vorstellung von der alles umgestaltenden Kraft des *ius honorarium* zu geben. Zu einem Rechtssystem ward das *ius honorarium* fortgebildet. Als ein geschlossenes Ganzes trat das neue Privatrecht honorarischen Stils, den Rechtsgedanken des *ius gentium* huldigend, zu dem System des *ius civile* in Gegensatz.

Aber das *ius civile* ward damit nach der jetzt geltenden Rechtsanschauung in keinem seiner Teile aufgehoben. Von Rechts wegen blieb es völlig unberührt. Das *ius honorarium* vermochte sich nur durch die Mittel des Prozeßrechts (*actio, exceptio*) durchsetzen. *Ius civile* und *ius honorarium* standen nebeneinander. Eine kunstvolle Ausgestaltung der juristischen Technik war die Folge. Mit dem von Rechts wegen geltenden Recht, auf welches immer wieder, wenn es die Billigkeit gerade dieses einzelnen Falls forderte, zurückgegriffen werden konnte, verschlang sich das von Gerichts wegen geltende Amtsrecht zu einer reich gegliederten Einheit. Für die harmonische Beherrschung dieses verwickelten und doch nicht verworrenen, mit den feinsten Mitteln wirkenden Baus sorgte die Rechtswissenschaft. An der Macht und Kunst des prätorischen Edikts ist aber die Macht und Kunst der römischen Rechtswissenschaft groß geworden. Das römische Zivilrecht sollte nicht mit einem Mal durch das grobe Mittel der Gesetzgebung umgestaltet werden. Der Gerichtsbrauch des Prätors trug die Fähigkeit in sich, durch das Zivilrecht über das Zivilrecht hinauszugelangen, in der Anwendung des Zivilrechts an der Hand des Rechtslebens dennoch ein neues Recht, das neuere Zivilrecht, hervorzubringen.

¹⁵²) [Ndc.: originariamente Betti aveva scritto e poi cancellato «in der Regel noch gültig».]

18. Die Rechtswissenschaft des letzten Jahrhunderts der Republik (130-30 v. C.) ¹⁵³

Das Hauptelement für die Rechtsbildung des letzten Jahrhunderts der Republik (130-30 v. C.) sowie der ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit war, wie schon hervorgehoben wurde, die Jurisprudenz. Sie ist überhaupt das, was dem römischen Recht seine weltgeschichtliche Bedeutung eigentlich verschafft hat. Die römischen Gesetze, Edikte, Konstitutionen mit ihren vereinzelt Bestimmungen würden sonst nicht imstande gewesen sein, eine weit über das römische Reich hinausgehende Bedeutung zu erlangen.

Um diese Bedeutung der römischen Rechtswissenschaft gehörig zu würdigen, muss man von den wesentlichen Gegensätzen ausgehen, in dem sie zu der heutigen Rechtswissenschaft steht. Vergleichen wir die Überreste der römischen Juristenschriften mit der modernen Rechtsliteratur, so bemerken wir vor allem:

1. Die Alten treiben die Abstraktion, die Reduktion der Einzelercheinung//en// auf allgemeine Begriffe und der Rechtssätze auf allgemeine Prinzipien bei weitem nicht bis zu dem Grad wie wir. Sie erörtern an hundert Stellen Einzelfragen, die sich an die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte knüpfen; aber sie bilden keinen allgemeinen Begriff und keine allgemeine Theorie der Nichtigkeit aus. Sie berichten uns eingehend über den Abschluss gewisser obligatorischer Verträge, ein allgemeiner Begriff des Vertrags, geschweige denn des Rechtsgeschäfts wird dennoch von ihnen nicht //dogmatisiert; sie// sprechen vom Irrtum bei den verschiedensten Gelegenheiten, über den Irrtum im Allgemeinen finden wir dennoch nur ein paar dürftige Gemeinplätze. Und so steht es durchaus.

2. //Die Römer legen auf sorgfältige Analyse der Begriffe ganz und gar nicht das gleiche Gewicht wie die Modernen//. Dabei ist nicht bloß an ihr bekanntes Misstrauen gegen Definitionen zu denken, das übrigens nicht aus prinzipieller Abneigung, sondern aus dem Bewusstsein ihrer Gefahren hervorgeht. Man kann den Wert der üblichen kurzen «diagnostischen» Definitionen für sehr problematisch halten; die möglichst erschöpfende Analyse der Rechtsbegriffe erscheint unserer Rechtswissenschaft ganz unentbehrlich. Aber es gibt kaum einen wichtigeren Rechtsbegriff, den ein römischer Jurist auch nur annähernd genau analysiert hätte.

3. Nicht außer Zusammenhang hiermit steht eine weitere Eigentümlichkeit: die Sparsamkeit, mit der die Römer sachliche Begründungen geben, ja sie verschmähen oft überhaupt jede Begründung ihrer Entscheidung, antworten auf vorgelegte Fragen nur einfach mit Ja oder Nein. Dass wir die Gründe meist leicht zu ergänzen vermögen, kann an der Tatsache nichts ändern, und auch Streitigkeiten, bei denen die Gründe der entgegengesetzten Meinungen für uns gar nicht oder sehr schwer zu entdecken sind, werden uns meist nur einfach als Meinungsverschiedenheiten überliefert. Umso häufiger freilich findet sich als Begründung die Berufung auf die Autorität älterer Vertreter einer Lehre (blinder Autoritätsglaube ist gewiss den römischen Juristen fremd, aber andererseits ist es doch nicht gleichgültig, wer eine bestimmte Lehre vertritt).

4. Wer aber daraus auf ein Interesse an der historischen Entwicklung der Rechtsinstitute schließen wollte, würde sich täuschen; der rechtsgeschichtlichen Forschung, der wir Modernen unsere glänzendsten und gesichertsten Ergebnisse verdanken, steht der römische Jurist gleichgültig gegenüber. Nicht als ob sich nicht hier und da (wie bei Gaius) historische Notizen fänden; manches dergleichen mag auch von den Kompilatoren weggestrichen sein. Aber der Gedanke, das Wesen eines Rechtsinstituts dadurch zu ergründen, dass man sein Wachstum von seiner historischen Wurzel aus bis auf die Gegenwart verfolgt, ist, soweit wir wissen, römischen Juristen überhaupt nicht gekommen.

¹⁵³) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «16. Vorlesung, den 25. November 1937».]

5. Wie mit der geschichtlichen Forschung steht es endlich auch mit einem anderen wissenschaftlichen Bestreben, das bei den Modernen die eifrigste Pflege findet; interessante Versuche einer juristischen Systematik fehlen zwar nicht, aber die Systematik der Römer lässt viel zu wünschen übrig. Das einfache und relativ klare System, das wir bei Gaius finden und das wohl nicht erst er erdacht hat, wurde nur für die Zwecke des ersten Rechtsunterrichts befolgt. Sieht man davon ab, so scheint die größte Tat der Römer auf dem Gebiet der Systematik das System der *libri iuris civilis* des Sabinus zu sein, ein System, in dem bezeichnend genug (wie übrigens schon bei Q. Mucius Scaevola) das Erbrecht, das eigentlich alles andere voraussetzt, an der Spitze steht.

Aber weder nach diesem noch nach irgendeinem anderen System ist es jemals zu einer wirklich eingehenden Bearbeitung des gesamten römischen Privatrechts, wie wir solche in unseren Lehrbüchern besitzen, gekommen. Gerade die bedeutenderen unter den römischen Juristenschriften sind nur Sammlungen lose aneinander gereihter Erörterungen oder Entscheidungen, wobei mindestens seit dem 2. Jahrhundert n. Ch. von allen die gleiche Ordnung befolgt wird, und zwar eine Ordnung, die schon gegenüber dem System des Gaius überhaupt nicht als System bezeichnet werden kann.

Nach alledem ist es klar, dass uns die römischen Juristen gar nicht, wie man wohl behauptet hat, Vorbilder einer theoretisch eingestellten wissenschaftlichen Methode (im heutigen Sinn) sein können. Das, worin wir uns von ihnen unterscheiden, bedeutet durchweg keinen Rückschritt, sondern Fortschritt in der Methode¹⁵⁴. Man wird aber den Römern überhaupt nicht gerecht, wenn man sie bloß als Theoretiker beurteilt. Ihr unsterbliches Verdienst liegt nicht in dem, was sie für die Erkenntnis des römischen Rechts geleistet, sondern darin, dass sie das römische Recht, wenigstens das, was dauernden Wert in ihm behauptet, geschaffen haben. Die Großen unter ihnen waren keine bloßen Theoretiker, sondern geniale Praktiker, und danach muss ihr ganzes Verfahren beurteilt werden. Der wissenschaftliche Forscher wird kraft inneren Triebes stets die allgemeinste Formel suchen, auf die sich die Einzelercheinung zurückführen lässt; dem Praktiker aber ist Zurückhaltung in dieser Reduktion natürlich. Er weiß, wie gefährlich die Verallgemeinerung ist; warum sollte er das Entscheidungsprinzip allgemeiner fassen, als es das Bedürfnis des Urteils im Einzelfall verlangt? Der Theoretiker empfindet das Bedürfnis, sich der Momente der von ihm gebrauchten Begriffe bewusst zu werden, wird auch auf deren möglichst sorgfältige Analyse bedacht sein. Dem Praktiker, wenigstens dem genialen, sind diese Begriffe in der Anschauung lebendig und werden von ihm aus dieser Anschauung heraus fest und sicher gehandhabt. Der Rechtsforscher muss sich über die Gründe seiner Entscheidung Rechenschaft geben; der Praktiker hat seine Aufgabe erfüllt, wenn er zutreffend entschieden hat; Gründe gibt es nur dann, wenn ihn die Verhältnisse, z. B. eine Frage oder eine gründefordernde Prozessordnung, dazu zwingen. Der Rechtsforscher wird die historische Erscheinung historisch begreifen wollen; der Praktiker lebt und webt in dem Recht der Gegenwart. Den Rechtsforscher treibt es, dem inneren Zusammenhang der gefundenen Einzelsätze nachzuspüren; der Praktiker fühlt wohl auch diesen Zusammenhang, aber zum Bewusstsein bringt er ihn sich nur, wenn das Bedürfnis der Einzelentscheidung es fordert – die Systematik an sich ist ihm nicht gleichgültig, aber doch nur ein bescheidenes Mittel zum Zweck, nur ein Wegweiser, um zur richtigen Entscheidung zu gelangen.

Was wir den römischen Praktikern //überhaupt// verdanken, das ist die juristische *T e c h n i k*, die Kunst nämlich, mit den Mitteln des gegebenen Rechts auch das neuauftauchende Bedürfnis zu befriedigen und, von festem Boden aus umsichtig weiterbauend, das Gebäude des Rechts zweckmäßig zu erweitern; die Fähigkeit, die Rechtspflicht von den außerrechtlichen Bindungen scharf zu sondern und das Recht als eine begriffliche Ordnung folgerichtig durchzudenken; die Kunst jedem Verhältnis des Lebens die Seiten abzugewinnen, die das Recht beachten muss, wenn es nicht zu unbilliger Starrheit kristallisieren will, die Seiten, die es allein beachten darf, wenn es nicht elastischer werden will, als es das Bedürfnis des Verkehrs nach einer gesicherten Ordnung gestattet

¹⁵⁴) Vergleiche die ethische Reinheitsfülle.

– kurz, was ein römischer Jurist selbst die *ars boni et aequi* nannte. Von der Bedeutung und dem Wesen dieser Aufgabe, ja von ihrem Dasein überhaupt hatte man vor den römischen Juristen keine Idee, da der Begriff einer juristischen Technik überhaupt noch gar nicht im Bewusstsein der Welt vorhanden war. Eine solche kann sich da nicht leicht bilden, wo die Bürgergemeinde selbst oder ein Ausschuss derselben naiv nach ungeschriebenem Gewohnheitsrecht die Rechtsstreitigkeiten entscheidet (wie es z. B. in der englischen Rechtsgeschichte der Fall war: case-law). Dann ist die Rechtsweisung stets mehr oder minder Rechtsschöpfung; unbewusst tritt das Gefühl an Stelle des Rechtssatzes und es wird ein Rechtssatz für den Einzelfall gefunden. In Rom aber ist von alters her der Richter unter das Gesetz gestellt. Das ist die Folge der staatlichen und Gerichtsorganisation und vor allen Dingen der frühen Aufzeichnung des Landrechts in den Zwölftafeln. So führten das wirkliche Leben und das praktische Bedürfnis die römischen Juristen von selber auf die Technik hin. Eben darum besteht ihre Wissenschaft auch nicht in einem Suchen nach abstrakten Grundsätzen und ihrer theoretischen Entwicklung, sondern sie ist rein praktisch, unmittelbar durch das Leben und das praktische Bedürfnis angeregt, unmittelbar auf dessen Befriedigung gerichtet. Dabei gehen die römischen Juristen nicht in bewusster Weise induktiv und deduktiv zu Werke, sondern sie entfalten ein so wunderbares Talent der unbewussten, naiven Produktion, dass sie einzig und unerreicht dastehen. Sie haben gewissermaßen die schöpferische Kunst des Rechts, der die erklärende Theorie erst nachfolgt. Jeder Fall, jeder typische Interessengegensatz erscheint ihnen sofort im Licht der maßgebenden Richtlinien und Rechtssätze und mit fast unfehlbarer Sicherheit treffen sie den gerechten Ausgleich zwischen den sich entgegenstehenden Interessen der entstandenen Rechtsfrage. Das Prinzip mit seinen Folgen steht fest vor ihrem Auge, aber nur in unmittelbarer Intuition; es abstrakt scharf auszusprechen, im Grund genau darzulegen, halten sie einerseits nicht für nötig, sind aber andererseits auch nicht dazu geneigt. Sie geben oft geradezu falsche Gründe, und wenn sie Prinzipien und Begriffe abstrakt bestimmen und entwickeln wollen, gehen sie leicht fehl oder werden trivial und verfallen sofort wieder in die Einzelentscheidungen.

Die Philosophie der Zeit ist ihnen wohl vertraut und in einer beträchtlichen Zahl von Lehren machen //sie// nicht nur ihre Terminologie, sondern – nicht zum Vorteil der Sache – auch ihre Theoreme, insbesondere die der stoischen und der aristotelischen Schule geltend, z. B. in der vom *error in substantia*¹⁵⁵, von der Spezifikation¹⁵⁶, von den Bestandteilen¹⁵⁷; aber einen beherrschenden Einfluss auf die ganze Methode übte die Philosophie nicht //aus// (wir werden darauf zurückkommen).

Ihre Wissenschaft verfährt hiernach wesentlich kasuistisch, auch ihre Kommentare und Systeme blieben kasuistisch, aber es ist nicht jene spitzfindige scholastische Kasuistik, die sich darin gefällt, möglichst sonderbare und paradoxe Kombinationen zu lösen, sondern eine lebendig-praktische, die nur den Reichtum und die Mannigfaltigkeit des wirklichen Lebens zu erfassen und zu beherrschen bestrebt ist.

Fragt man nach dem inneren Wert der Ergebnisse der römischen Rechtswissenschaft, so ist //es// eine einst weit verbreitete Ansicht, dass sie die Entwicklung eines reinen Naturrechts enthalte. Unseres Erachtens kann davon nicht die Rede sein. Aber eines ist jedenfalls richtig: die römischen Juristen der klassischen Zeit haben dem Recht vielfach die nationalen Besonderheiten abgestreift und es zu einem Weltrecht ausgeweitet. Noch mehr sieht das so aus in der Justinianischen Kompilation; denn hier ist eine große Anzahl in klassischer Zeit noch durchaus gebräuchlicher nationaler Institute grundsätzlich beseitigt (Manzipation, *fiducia*, Sponsion und Fidepromission, Adstipulation). Auch verstärken die Juristen den Anschein, als bauten sie die Dinge wirklich rein aus der Natur der Sache auf, aus der *naturalis ratio*, durch manche (zwei) Eigentümlichkeiten. Sie bezeichnen einmal manche Institute (wie Tradition, Okkupation, Alluvion) und einzelne Rechtssätze (*superficies solo cedit*) als naturgemäße (*naturalis ratio*, *naturale ius*), sie setzen sie dem *ius civile* entgegen und übertreiben

¹⁵⁵) D. 18.1.9.2.

¹⁵⁶) D. 41.1.7.7.

¹⁵⁷) D. 41.3.30.

ihre Lehre sogar dahin, dass *civilis ratio naturalia iura corrumpere potest*¹⁵⁸. In ähnlicher Weise handhaben die Juristen auch die *aequitas*¹⁵⁹. Mit der *aequitas* werden nicht nur Einzelercheinungen bequem begründet¹⁶⁰, sondern auch zivile und prätorische Rechtsinstitute innerlich gerechtfertigt¹⁶¹, ja sie wird den Juristen zu einem höheren Maßstab, nach dem sie das bürgerliche Recht kritisch beurteilen¹⁶². Indes ist man sich heute allgemein darüber klar, dass diese Auffassungen dem Reichtum des Rechtslebens an Bildungen und Begriffen in keiner Weise genügtun: eine andersartige Entfaltung der sozialen Lebensverhältnisse als das römische Leben sie hatte, musste notwendig eine andere Auffassung und Gestaltung der Rechtsverhältnisse und andere Rechtsbegriffe hervorrufen. Eben darum kann man den Wert der römischen Auffassungen auch nicht in einer unbedingten Zweckmäßigkeit für die Lebensverhältnisse finden. Denn diese unterliegt bei veränderten Grundlagen des sozialen Lebens, wie sie eingetreten sind, vielfach ganz anderen neuen Anforderungen, denen die römischen Bestimmungen keineswegs immer entsprachen. Ihre Kasuistik beruht nie auf einem bloßen allgemeinen Rechtsgefühl, sondern sie operieren stets zunächst mit genauer Scheidung der verschiedenen rechtlichen Elemente, Rücksichten und Standpunkte, die in einem Lebensverhältnisse liegen, und erreichen das Resultat dann durch konsequente Verfolgung und entsprechende Verbindung. Nicht unpassend nannte Leibniz dies ein Rechnen mit Begriffen; diesem Verfahren verdanken wir die scharfe Gliederung des Rechtssystems bis in seine feinsten Elemente hinein, die durch das römische Recht die Grundlage der europäischen Rechtswissenschaft geworden ist. Rücksichtslos durchgeführt, würde dieses Verfahren freilich zu starrem Begriffsformalismus führen und an Beispielen dafür fehlt es auch bei den Römern nicht¹⁶³. Aber vor dieser Klippe schützt sie doch in der Regel ihr gesunder Sinn für das Billige und Zweckmäßige; eine Entscheidung, die vor diesem Tribunal nicht standhält, // zögern sie nicht //, entsprechend zu korrigieren. Sie fühlen sich schließlich eben doch nicht als Mathematiker des Rechts, sondern als Männer des praktischen Lebens. In dieser Beherrschung der juristischen Technik stehen sich im wesentlichen alle römischen Juristen gleich; sie sind in dieser Beziehung, freilich nur in dieser, bei aller individuellen Verschiedenheit doch, wie Savigny einmal sagt, gewissermaßen fungible Persönlichkeiten, darauf beruht es denn, dass wir in dem unendlichen Detail ihrer Kasuistik doch ein System von so wunderbarer Konsequenz finden. Nur eine oberflächliche Betrachtung kann dabei weiter nichts als «Systemlosigkeit» finden. In der Tat kommt es nicht darauf an, dass die römischen Juristen schon den Begriff ausdrücklich formuliert oder den Unterschied festgesetzt haben, der uns angesichts gewisser Erscheinungen nahe gelegt wird oder gar unentbehrlich erscheint. Nur darauf kommt es an, dass in dem von ihnen geschaffenen positiven Recht, wenn nicht der Name, so doch die Sache sich findet, deren Wesen uns nur durch die, unserer Denkart und Einstellung allein entsprechenden Begriffe und Namen wirklich aufgeht und klar wird. Es scheint fast, dass das Gesetz der Sache¹⁶⁴, die objektive Logik der Dinge sich uns auf diese Weise offenbart: eine innewohnende, unentrinnbare Logik, die sachlich das Sinngefüge der römischen Rechtsgebilde beherrscht und bewegt; eine Logik, die fest und sicher die Entscheidungen der römischen Juristen von innen heraus treibt und führt, gleichgültig, ob sie dieser Führung bewusst geworden sind oder nicht. Denn es ist etwas anderes das durch die nachsinnenden Zeitgenossen erreichte Bewusstsein des in der betreffenden Epoche geltenden Rechts, etwas anderes dieses positive Recht selbst in seiner objektiven Logik. Recht besteht natürlich nicht ohne Rechtsbewusstsein: aber immer ist dieses Bewusstsein das der einzelnen in ihm lebenden Rechtsgenossen und schon deshalb dem die Rechtsordnung beherrschenden objektiven Geist (Hegel) keineswegs adäquat. Was uns bedeutungsvoll erscheint, ist nicht so sehr das von den römischen Juristen er-

¹⁵⁸) D. 7.1.45; 43.16.1.27; 9.2.50; 50.16.42; 4.5.8; Gai., *inst.* 2.69 ff.; Ulpian., 28.9 [?].

¹⁵⁹) D. 38.8.2; 41.1.9.3; 49.15.19.pr.

¹⁶⁰) D. 18.4.2.3.

¹⁶¹) D. 12.6.14 und 66; Gai., *inst.* 4.71 und 75.

¹⁶²) D. 2.14.7.10; 15.1.32.pr.; 14.4.1.1.

¹⁶³) Das ermöglicht die Systembildung den modernen Pandektisten.

¹⁶⁴) ROTHACKER, *Logik der Geisteswissenschaften*, S. 106.

langte Bewusstsein des geschaffenen und gehandhabten Rechts, als die ganze innere Rechtslogik, welche ihre Lösung objektiv leitet.

Die eigentlich wissenschaftliche Tätigkeit, also die literarische Betätigung der römischen Juristen der spätrepublikanischen Zeit beginnt 1. mit dem *Kommentar*; daneben tritt später, ohne dass dieser literarische Typus verlassen wurde, 2. die Abfassung von Formularen zum Abschluss von Rechtsgeschäften und 3. die *systematische* (//d. h.// in erster Linie begriffsentwickelnde) Tätigkeit.

1. Die Kommentare haben das Gesetz der Zwölftafeln zum Gegenstand; Kommentierung des prätorischen Edikts, späterhin so wichtig, kommt bereits vor; Sie setzt zwar einen feststehenden Text voraus, und damals war ein solcher Anschein noch nicht vorhanden, aber eine große praktische Bedeutung kam bereits im 1. Jahrhundert v. Chr. dem Edikt zu, da es gewöhnlich vom Vorgänger auf den Nachfolger überging. Hierbei ist die römische Auslegung nicht bloß erklärend, sondern auch rechtsschöpferisch. Eben dadurch bildet die Auslegung (*interpretatio*) eine wichtige Rechtsquelle, die neben dem Gesetz und dem aus dem Gesetz selbst hervorgehenden Recht (*ius legitimum*) steht. Ein Beispiel für diese Art der Auslegung haben wir schon gesehen: nämlich die Entlassung aus der väterlichen Gewalt (*emancipatio*). Dieses Rechtsgeschäft war den Zwölftafeln unbekannt. Es war aber notwendig, seit sich der patriarchalische Wirtschaftsorganismus aufzulösen begann. Die Rechtswissenschaft füllte diese Lücke aus, indem sie den Satz der Zwölftafeln, dass dreimaliger Verkauf eines Sohnes die väterliche Gewalt beende, dazu benützte, um durch drei Scheinverkäufe (*tres mancipationes*) die Entlassung durchzuführen. Sie fand es also unbedenklich, eine Strafnorm in eine rechtsgeschäftliche Norm umzudeuten. Es genügte ihr, wenn sie sich durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt fand. Natürlich hängt es mit dem Versagen einer verfassungsmäßig organisierten Rechtsbildung, mit dem Versagen der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Privatrechts zusammen, dass dergartiges überhaupt erforderlich war.

Die Anfänge einer literarischen Bearbeitung des Rechts gehen schon auf den Anfang des 2. Jahrhunderts zurück. Ein der Literaturgattung des Kommentars angehöriges Werk rührt von *S. Aelius Paetus* mit dem Beinamen *Catus* (der Kluge) her (Konsul 198 v. Chr.), die *tripertita*, später nach dem Verfasser *ius Aelianum* genannt. Das Werk enthielt den Gesetzestext, die *interpretatio* und die jeder einzelnen gesetzlichen Bestimmung entsprechenden *legis actiones*. Die Überlieferung¹⁶⁵ bezeichnete diesen Inhalt des Werks als *cunabula iuris*, d. h. die Grundlagen für die Entwicklung des römischen Rechts. Es ist dies zwar nicht der Zeit nach das erste Rechtsbuch des Abendlandes; vermutlich sind den Römern in dieser Beziehung die Griechen, namentlich Theophrast zugekommen, wohl aber ist es der erste Versuch einer literarischen Bearbeitung des Rechts, namentlich durch die sich vermutlich an jede einzelne erklärungsbedürftige Bestimmung des Gesetzes anschließende *interpretatio*, wo die eigene geistige schöpferische Arbeit des Verfassers niedergelegt war. Wir haben uns dies wohl so zu denken, dass einmal der schon damals sprachlich schwer verständliche Wortlaut des Gesetzes dem Verständnis näher gebracht wurde und darüber hinaus dessen Fortbildung durch die *interpretatio* im technischen Sinn, eigene und fremde, dargelegt wurde. Dass dieses Werk zur Zeit des *Pomponius*, also im 2. Jahrhundert n. Chr., noch in der ursprünglichen Form vorhanden war, sollte angesichts seines eindeutigen Berichts darüber nicht angezweifelt werden. Die republikanische Zeit verzeichnet noch vier weitere Kommentare zu dem Zwölftafelgesetz, darunter einen von philologischen Seite¹⁶⁶.

2. Daneben bildet sich noch eine zweite Literaturgattung heraus. Es sind dies Sammlungen von Formularen, d. h. Vorbildern für den Abschluss von Rechtsgeschäften. Dies hängt wohl mit der praktischen Tätigkeit der Juristen zusammen. So befasst sich der ältere *Cato* in seinem Werk '*de agricultura*' auch mit Ratschlägen für den Ankauf von Liegenschaften und teilt Formulare für den Vertrags-

¹⁶⁵) Pomponius D. 1.2.2.38.

¹⁶⁶) Pomponius D. 1.2.2.35 f.

abschluss mit. Etwa fünfzig Jahre später datiert das Werk des *Manius Manilius* (Konsul 149 v. Chr.) ‘*venalium vendendorum leges*’. Von ihm wird ferner ein Werk *actiones* erwähnt, das wohl mit dem erstgenannten wesensgleich war, ferner sieben Bücher *monumenta*.

3.) Wie schon erwähnt, treten neben die *interpretatio* des Gesetzes die begriffliche Erfassung des Rechts und die Gliederung. Dies ist eine eigene geistige Strömung, die sogenannte *Regularjurisprudenz*. Es wird dargelegt werden, dass hier der Einfluss griechischen Denkens kaum anzuzweifeln ist¹⁶⁷. In diesem Zusammenhang kommt vor allem die platonisch-sokratische Philosophie mit ihrer Gliederung der Anschauungsinhalte nach «Ideen» in Betracht, welche letztere sich zueinander verhalten wie Art und Gattung. Mehrfach hat indessen im Schrifttum auch behauptet, dass die stoische Dialektik einen erheblichen Einfluss ausgeübt habe und es wird in diesem Zusammenhang auf den Umstand verwiesen, dass in dem Haus des auf geistigem Gebiet besonders einflussreichen jüngeren *Scipio (Scipio Aemilianus)* der griechische Philosoph Panaitios gelebt habe. Indes ergeben sich auch sehr bedeutungsvolle Unterschiede. So haben die Stoiker ein allgemein gültiges Naturrecht ausgebildet, während das Bestreben der Römer vielmehr dahin geht, jene Regel zu finden, die sich aus der Natur der Sache, d. h. des in Betracht kommenden Lebensverhältnisses, ergibt, sofern nicht eine gesetzliche Bestimmung vorliegt.

Die Gliederung der Rechtsbegriffe untereinander bezeichnen die Römer als *generatim redigere*; allgemeine Aussagen über einen Rechtssatz als *regulae iuris*; es ist übrigens bezeichnend, dass sie selbst davor warnten, aus einer einmal aufgestellten *regula* auf die Beurteilung anderer rechtlicher Erscheinungen, insbesondere im Sinn der Verallgemeinerung zu schließen¹⁶⁸.

Solche Rechtsregeln werden uns z. B. von *Cato* überliefert, vermutlich der Sohn des oben erwähnten *Cato censorius* (gestorben 153 v. Chr.). Die seinen Namen tragende *regula Catoniana* spricht den Satz aus, dass ein Vermächtnis, das ungültig gewesen wäre, wenn der Erblasser im Augenblick der Errichtung der letztwilligen Verfügung gestorben wäre, auch ungültig bleibt, wenn der Ungültigkeitsgrund später hinwegfällt, ein Satz, der zwar in der Mehrzahl der Fälle, aber gewiss nicht immer richtig ist und begrifflicherweise einer //erweiterten Anwendung// auf andere Rechtsgeschäfte unfähig ist¹⁶⁹.

Doch das bedeutendste Werk aus dem hierher gehörigen Schrifttum rührt von *Q. Mucius Scaevola* her. Er war *pontifex*, Konsul 95 v. Chr., ermordet von den Anhängern des Marius 82 v. Chr. Das Werk bestand aus 18 Büchern. *Q. Mucius* war bereits selbst ein Juristensohn; schon sein Vater (Konsul 117 v. Chr. und *pontifex maximus*) war ein hervorragender Jurist gewesen. In zehn *libelli* berichtet er anscheinend über seine Responsentätigkeit. Das Werk des Sohnes brachte in erster Reihe die Rechtsbegriffe zur Darstellung, daneben aber auch Rechtsgrundsätze (Rechtsregeln) und Erläuterungen zu den einzelnen Worten der Gesetzgebung, zu denen der Gegenstand Anlass bot. Es begann mit der Darstellung des Erbrechts und ging dann erst auf das Vermögensrecht unter Lebenden über; den Abschluss bildeten wohl die Deliktsobligationen. Noch mehr als zweihundert Jahre später wurde es von dem Juristen *Pomponius* bearbeitet (*libri ad Q. Mucium*). Das Buch lehnte sich also nicht an eine ältere Rechtsquelle in kommentierender Weise an, sondern es hatte eine eigene systematische Anlage. Ein solches Werk, noch dazu von einem immerhin beträchtlichen Umfang, war sicherlich eine bedeutende geistige Tat¹⁷⁰. Die Ergebnisse des Werks wirken auch heute noch fort in der *praesumptio Muciana* und in den Namen der römischen *cautio Muciana*. Die *praesumptio Muciana* gilt gegenwärtig nach § 1362 des BGB, (//vgl. auch// § 1237 ABGB), wonach im Zweifel vermutet wird, dass ein

¹⁶⁷) LA PIRA. [?]

¹⁶⁸) Paul. D. 50.17.1: ‘*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat*’.

¹⁶⁹) Paul. D. 50.17.29: ‘*quod initium vitiosus est non potest tractu tempore convalescere*’.

¹⁷⁰) [Ndc.: qui segue nel dattiloscritto originale una frase incidentale che si è preferito non includere nel testo della presente edizione perché di incerta comprensione. Eccone l'esatta trascrizione: «Denn eine ganze Reihe von Begriffen und allgemeinen Grundsätzen musste hier aus der Welt der Erscheinungen aufgefunden sein».]

während der Ehe gemachter Erwerb, dessen Herkunft nicht mehr ermittelt werden kann, vom Mann herrührt, daher z. B. bei der Auflösung der Ehe durch den Tod dessen Erben zufällt. Die *cautio Muciana* betrifft den Fall, dass jemand unter einer aufschiebenden, verneinenden, in seinen Willen gestellten Bedingung zum Erben eingesetzt ist, z. B., dass er eine bestimmte Person nicht heiratet. In diesem Fall würde Gewissheit erst mit seinem Tod eintreten. Er erhält indes das ihm Zugesagte sofort, muss aber versprechen (*cautio*), es herauszugeben, falls er der Bedingung zuwiderhandelt. Diese Regelung hat anscheinend § 2075 BGB beeinflusst.

Neben diesem Werk von 18 Büchern rührt indes von *Quintus Mucius Scaevola* noch ein *liber singularis ōpov* her. Es liegt kein Grund für die Annahme vor, dass es sich um einen Auszug aus seinen anderen Schriften oder gar aus der Bearbeitung des größeren Werks durch *Q. Mucius* handelt, denn in späterer Zeit hätte man kaum zu der griechischen Bezeichnung gegriffen. Auch sonst muss damals griechischer Einfluss nicht bloß inhaltlich, sondern auch auf die äußere Anlage des rechtswissenschaftlichen Schrifttums eingewirkt haben. So schrieb *M. Junius Brutus libri tres iuris civilis* in Form eines Dialoges mit seinem Sohn.

Q. Mucius Scaevola, allem Anschein nach eine Persönlichkeit von erheblicher geistiger Bedeutung, scheint auch eine Schule begründet zu haben. Zu seinen Schülern gehörte der berühmte *C. Aquilius Gallus*. Auf ihn ging die Bestimmung des prätorischen Edikts *de dolo malo*, also über den Schutz gegen Arglist, //zurück//, woran nachher der Grundsatz der Anständigkeit angeknüpft wurde. Dies ist umso bemerkenswerter, als *Gallus* zwar Prätor gewesen ist, ihm aber bei der Auslösung der Wirkungskreise nicht *die iurisdictio urbana*, sondern die *quaestio ambitus* zufiel (66 v. Chr.). Seinen Namen trägt ferner das Formular der *stipulatio Aquiliana*, durch die alle zwischen den Parteien bestehenden Verpflichtungen durch formellen Vertrag (Novation) in eine einzige zusammengefasst werden.

Außer dem *Gallus* gab es noch eine Reihe von Schülern des *Scaevola*. So hörte ihn der Redner Cicero, außerdem noch sein gleichnamiger Vetter, der zum Unterschied von dem *pontifex* als *augur* bezeichnet wurde. Mittelbar geht auf ihn *A. Cascellius* zurück (Urheber des *iudicium Cascellianum* über die Früchte einer in Streit verfangenen Sache): ein besonders fester und heldenmütiger Charakter, der als Prätor solchen Personen, die sich auf Verleihungen durch die Triumvirn beriefen, den Rechtsschutz versagte. Doch waren die Schriften dieser Schüler bereits zweihundert Jahre nachher, als der erwähnte *Pomponius* seinen Abriss der Geschichte der Rechtswissenschaft schrieb, verloren gegangen.

Gegen Ende der Republik und bis in die Kaiserzeit hinein, wo dann neue Richtungen aufkamen, wirkte *Servius Sulpicius Rufus* (Konsul 51 v. Ch.). Wie es heißt, wurde dieser *Rufus* anscheinend ursprünglich nur rhetorisch ausgebildet; für die Rechtswissenschaft wurde er durch einen an ihn wegen seiner Rechtskenntnis durch den *Q. Mucius Scaevola* gerichteten Tadel gewonnen, an den er eine juristische Frage gerichtet hatte (*Turpe esse patricio et nobili et causas oranti ius, in quo versaretur, ignorare*). Ungemein fruchtbar befasste er sich mit dem *ius civile*, doch auch bereits mit der Kommentierung des prätorischen Edikts. Seine Werke sollen 130 Bücher umfasst haben. Bemerkenswert ist der literarische Gegensatz zu *Scaevola*, der in seinen Schriften *reprehensa Scaevolae capita* oder *notata Mucii* zum Ausdruck gelangt. Er begründete eine umfangreiche Rechtsschule, die mehrfach seine Ansichten weitergab. Von seinen Schülern wäre *Alfenus Varus* (Konsul 39 v. Chr.) zu nennen, der das erste juristische Werk mit dem Namen *Digesta* in vierzig Büchern schrieb, ein Werk, das sowohl *ius civile* als auch *ius honorarium* systematisch zusammenfasste und Responsen älterer Juristen, besonders seines Lehrers *Servius*, herausgab, doch auch eigene Erörterungen einflucht. Ausführungen aus diesem, übrigens in byzantinischer Zeit umgearbeiteten Werke werden auch unter dem Titel *‘coniectanea’* angeführt. Nach den Berichten war seine Laufbahn lediglich auf seine Rechtskenntnis gegründet. Ursprünglich war er ein Handwerker gewesen; er kam aus Cremona in Oberitalien zu *Servius*. Er gelangte schließlich zum Konsulat und wurde auf Staatskosten begraben. Seine Werke wurden gleichfalls mehrfach neu bearbeitet. Ein anderer Schüler des *Servius* ist *A. Ofilius*. Auch er sollte eine Reihe von Werken zum *ius civile* und ebenso wie sein Lehrer bereits einen Kommentar zum prätorischen Edikt verfasst haben. Daneben gab es aber auch Juristen, die weder zur Schule des *Scaevola*, noch zu der des *Servius* gehörten; z. B. *C. Trebatius Testa*.

19. Wesen der Jurisprudenz¹⁷¹

Sind uns derart schon für die republikanische Zeit die Werke und die Laufbahn der Juristen größtenteils bekannt, so fehlt uns dennoch eine Darstellung der Entwicklung des juristischen Denkens, insbesondere der geistigen Individualität der einzelnen Juristen und ihrer Einflussnahme. Sicher wurde die Rechtskenntnis bereits als solche geschätzt, wie dies aus der Äußerung des *Scaevola* zu *Servius*, aus der Laufbahn des *Flavius* und des *Alfenus Varus* hervorgeht. Rechtskenntnis galt als ein wesentlicher Moment für die Einflussnahme auf die Schicksale und Handlungen der Mitbürger. So sagt Cicero¹⁷², das Haus der Juristen sei ein Orakel der ganzen Stadt.

Eine unparteiische historische Betrachtung wird die darin hervortretende Bewertung der Rechtswissenschaft jener Zeit bestätigen müssen. Es ist zu denken, dass es diese Rechtswissenschaft der Republik gewesen ist, die, fußend natürlich auf der geistigen Arbeit der früheren Generationen, wie die besonders im Zwölftafelgesetz zum Ausdruck gelangt war, das Wesentliche der römischen Rechtsbildung geschaffen hat, einmal durch die Umlagerung der überkommenen geistigen und sozialen Begriffe, dann aber durch die Schaffung neuer Gesichtspunkte, die dem bisherigen Recht ganz fremd gewesen waren, wie die *bona fides* (Treu und Glauben, auch Gutgläubigkeit), und die dann in der magistratischen *iurisdictio* ihre Aufnahme und ihren Niederschlag fanden.

Mit dem Ende der Republik ist das Wesentliche der römischen Privatrechtsbildung bereits geschaffen, wenn nicht abgeschlossen. Es ist richtig, dass die republikanischen Juristen gegenüber denen der Kaiserzeit insofern im Nachteil sind, als von ihren Schriften nur ganz geringe Überreste vorhanden sind und ein großer Teil der geleisteten geistigen Arbeit überhaupt nicht unter dem Namen der betreffenden Juristen erscheint, sondern in den Edikta zutage liegt. Wägt man alle diese Umstände ab, so wird die rechtshistorische Betrachtung nicht umhin können, den republikanischen Juristen, verglichen mit denen der Kaiserzeit, keinen geringeren, sondern einen etwas entscheidenden Anteil an der Bildung des römischen Rechts zuzuerkennen und sie bereits als Klassiker zu bezeichnen. Daran vermag es nichts zu ändern, dass der Historiker keinen Optimismus und daher auch kein Fortschreiten der geschichtlichen Entwicklung zu einem Ideal der Vollkommenheit kennt, ohne dass sich diesem Fortschreiten stets von neuem durch die geschichtliche Dialektik Hindernisse entgegenstellen würden. Trotz Festhaltens an dieser Erkenntnis vermögen wir uns der Empfindung geschichtlicher Größe nicht zu verschließen; freilich erweist sich die geschichtliche Erscheinung erst dann als solche, wenn sie die Feuerprobe der Zeit bestanden hat und sie sich im Zuge der geistigen Entwicklung der Menschheit als ein nicht wegzudenkendes Glied der Entwicklung herausgestellt hat. Die Zeitgebundenheit wird dann für diese Betrachtung des geschichtlichen Zusammenhangs abgestreift und es bleibt nur das die Zeiten Überdauernde des Geistes, wie es in der äußeren Form des niedergelegten Gedankeninhalts seinen Ausdruck findet. Aber erst der rückschauende Betrachter vermag den vielleicht vor Jahrhunderten dahingegangenen Genius in seiner Einmaligkeit, die nie mehr wiederkehrt, zu verstehen, ihn geistesgeschichtlich in den historischen Ablauf einzuordnen und ihn zugleich mit der Zeit, in der er unmittelbar wirkte, zu verweben. Erst die rückschauende Betrachtung vermag bei den römischen Juristen zu erkennen, wie verhältnismäßig wenig ihr Schaffen an die Zeitverhältnisse, unter denen sie wirkten, gebunden war, wie sehr hingegen ihre Werke einen wirklichen Ewigkeitswert, ein fortdauerndes Eigentum nicht bloß ihres Volks, sondern, man darf wohl sagen, der ganzen europäischen Menschheit geworden sind.

Die begriffliche Scheidung zwischen der Technik und dem Rechtsstoff ermöglicht uns erst die Lösung der Frage, ob und inwieweit fremde Einflüsse auf die rechtswissenschaftliche Bildung des römischen Rechts eingewirkt haben. Die römische Begriffswelt als das Ergebnis der juristi-

¹⁷¹) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «17. Vorlesung, den 26. November 1937».]

¹⁷²) *De orat.* 1.45.200.

schen Technik ist allem Anschein nach rein römisch und in ihrer Gesamtheit eine Lebensäußerung des italischen Menschen. Begriffe wie *dominium*, *hereditas*, *obligatio* und *debitum* oder der Gegensatz zwischen *actio in rem* und *actio in personam* (dingliche und persönliche Klage) zeigen keine Spur von fremden Einfluß. Trotzdem ist dieser fühlbar und in beträchtlichem Umfang nachzuweisen. In Betracht kommen freilich nur solche von griechischer Seite, orientalische Einflüsse sind in republikanischer Zeit nicht erkennbar. Nun ist in Erinnerung zu bringen, dass gerade in diesem Zeitabschnitt die Kultur der Mittelmeerländer vorwiegend oder ausschließlich griechisch war (es war das Zeitalter des Hellenismus). Dazu kommt, dass die Römer keineswegs fremdes Geistesgut bloß aus diesem Grund ablehnten. Cäsar sagt bei Sallust¹⁷³: *'neque maioribus nostris superbia obstabat, quo minus aliena instituta, si modo proba erant, imitarentur'*.

Solche griechischen Einflüsse finden sich an einer erheblichen Reihe von Punkten der römischen Rechtsbildung. Nur auf einige der wichtigsten Erscheinungen von allgemeiner Bedeutung soll hier hingewiesen werden:

1. Den Juristen der spätrepublikanischen Zeit standen die griechisch gebildeten Rhetoren gegenüber. Der Rhetor ist allerdings nicht unparteiischer Vertreter des Rechts-, sondern des einseitigen Parteistandpunktes ohne Rücksicht auf die Rechtslage. Es ist nicht, wie der Jurist, ein *sanctus vir gravitate ac fide praeditus*¹⁷⁴, sondern er leitet zum *disputare in utramque partem* an, nämlich als Rechtsanwalt, wie z. B. Cicero in den Reden gegen Verres gegen die Ausbeutung der Provinzen durch die Statthalter auftrat, in der Rede für Flaccos aber gerade einen solchen Statthalter in wenig stichhaltiger Weise verteidigte. Trotzdem haben die Gedankengänge der Rhetoren, insbesondere ihr scharfer Gegensatz zum *rigor iuris*, die Rechtswissenschaft zu einer neuerlichen Überprüfung ihres Standpunktes veranlasst. Hierher gehört nämlich die Berücksichtigung der *humanitas* und der *aequitas*. So war die Formel der *actio rei uxoriae*, mit der das Heiratsgut, die *dos*, zurückgefordert wurde, *in bonum et aequum* konzipiert, d. h. sie war vom Grundsatz der Billigkeit beherrscht und schrieb dem Richter vor, das zuzusprechen, *quod melius aequius erit*.

2. Die römische Rechtswissenschaft hat dann gewisse Zusammenhänge mit der Grammatik; insbesondere in der sehr alten Kommentarliteratur ergehen sich die Juristen in der Erörterung des ursprünglichen Sinns gewisser, z. B. in den Zwölftafeln gebrauchter Ausdrücke, wobei die griechische Theorie der Grammatik vorschwebte, insbesondere auch die Erörterung des alten Sprachgebrauchs bei Homer und Hesiod. Vor allem ist indes griechischer Einfluss fühlbar in dem Aufsteigen von der Sammlung einzelner Gutachten und Fälle, bei der selbst die Namen der Parteien, Männer und Frauen mitgeteilt werden, zur systematischen Erörterung der Rechtslage nach ihrer typischen Bedeutung. Es ist bezeichnend, dass der erste Systematiker des römischen Rechts, *Q. Mucius Scaevola* (Konsul 133 v. Chr.), sein Werk – wie wir sahen – mit einem griechischen Titel zu versehen wusste¹⁷⁵. Ähnliches scheint für den etwas späteren *Servius Sulpicius Rufus* (Konsul 51 v. Chr.) gegolten zu haben, von dem Cicero ausdrücklich berichtet, dass er sich um die Findung allgemeiner Grundsätze (*regulae*) bemüht habe¹⁷⁶.

3. Auch auf die Auslegung der Rechtsgeschäfte übte die griechische Rhetorik einen erheblichen Einfluss aus. Ursprünglich legten die Römer Rechtsgeschäfte, ebenso wie sie dies bei dem Gesetze taten, nur nach dem Wortlaut aus (*interpretatio ex verba*). Hingegen zeigte sich im 2. Jahrhundert v. Chr. und auch bei den römischen Juristen der Kaiserzeit das allerdings nicht ganz zum Durchbruch gelangte Bestreben, nach der Meinung und dem Willen der Verfügenden (*mens, voluntas*) der letztwilligen Verfügungen auszulegen. Diese *mens* und *voluntas* wird in der Regel typisch, d. h.

¹⁷³) *De coniur. Catilinae* 51.37.

¹⁷⁴) Zitat bei FRITZ SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, S. 88, Anm. 114.

¹⁷⁵) *'Liber singularis ópov'*, vgl. oben S. 78.

¹⁷⁶) *Brutus* 42.152.

//konform mit// den konstant wiederkehrenden gattungsmäßigen Umständen, die den allgemeinen sozialen Anschauungen der Zeit //entsprachen//. So ist, um eine Schenkung annehmen zu können, gewiss eine Parteiabsicht unerlässlich, die auf unentgeltliche Bereicherung abzielt. Aber die Schenkung wird von den Römern der Republik nicht als rein altruistische, d. h. als eine solche gefasst, die nur das Wohl des Bedachten und keinerlei Nebenzweck im Auge hat, wie etwa Ansehen zu gewinnen, sondern sie verlangen, um eine Schenkung annehmen zu können, dass der Schenkende auch seinen eigenen, wenngleich vielleicht nur ideellen Vorteil im Auge gehabt hat. Dies ändert sich erst in byzantinischer Zeit unter dem Einfluss der christlichen Ethik, namentlich des *Johannes Chrisostomus*. Erst jetzt wird der Schwerpunkt der Auslegung von der Handlung auf die Gesinnung verschoben. Erst in neuester Zeit hat man sich wieder auf die Erforschung der *mens* und *voluntas* im typischen Sinn der Römer der republikanischen Zeit beschränkt, um das Vorhandensein einer Schenkung annehmen zu können.

20. Die Krise der Republik¹⁷⁷

Die //oft angesprochene// «Krise der Republik» //wird in doppelter Weise betrachtet werden//: //und zwar sowohl als// Krise der Verfassung durch den Bürgerkrieg //samt// außerordentlichen Aushilfgewalten, die er hervorrief, //als auch//,weiter ausholend, //als// Krise der Gesellschaft und der Wirtschaft, deren Struktur sich verändert.

Was diese weitere Krise anbelangt, ist zunächst die Erscheinung hervorzuheben, dass die älteren kleinen Bauernwirtschaften durch die Latifundienwirtschaft verdrängt wurden¹⁷⁸. Wie erklärt es sich, dass die kleinen Bauernwirtschaften, mit denen die römische Entwicklung begonnen hatte, durch die Latifundienwirtschaft weniger Reicher, mittels Sklaven und Kolonen (erst freier, dann unfreier Kolonen) verdrängt worden sind?

Die Ursache liegt nicht in dem Fehlen von schützenden Getreidezöllen und in den freien Getreidespenden, die den Getreidebau in Italien unrentabel gemacht hätten. Zwar hat dies Sueton¹⁷⁹ schon behauptet und Mommsen hat es ihm nachgesprochen¹⁸⁰. Dem steht aber entgegen, dass 1. schon zur Zeit des *Cato* Getreide nur für den eigenen Bedarf angebaut wurde (nur Wein und Öl für den Verkauf); 2. die freie Getreideverteilung nur in Rom und die Getreideeinfuhr nur in den italischen Seestädten stattfanden; 3. der Niedergang der römischen Bauern längst vor den freien Getreidespenden eingetreten war und zum Aufstand unter *Tiberius Gracchus* den Anlass gegeben hatte. Die Ursachen sind anderswo zu suchen. Vermutlich waren sie:

1. Die missbräuchliche Aneignung des Gemeinlandes durch die Patrizier. Diese tritt uns am frühesten entgegen: Wenn neues Land durch Eroberung gewonnen war, wurde dasjenige Land, das sich nicht zum Ackerbau eignete, nicht an die Geschlechtsgenossen verteilt, sondern blieb im Eigentum des Volks als Wirtschaftseinheit und wurde zur Gemeinweide geschlagen. Nun waren die Patrizier von Anfang an auf die Aneignung dieses Gemeinguts bedacht und nach der Vertreibung der Könige scheinen sie darin erfolgreich gewesen zu sein.

2. Die Ausbeutung der Plebejer durch die Patrizier mittels eines Schuldrechts, das außerordentlich streng war und den Patriziern die Aufsaugung des bäuerlichen Besitzes ermöglichte, umso mehr als die Usurpation des Gemeinlandes die Plebejer schwächte und zur Schuldaufnahme leicht nötigte: erst im Jahr 324 haben die Plebejer durch Abschaffung des strengen Schuldrechts mit der *lex Poetelia*, wie Livius berichtet¹⁸¹, eine neue Freiheit erlangt.

¹⁷⁷) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume essere questa la continuazione della lezione del 26 novembre.]

¹⁷⁸) L. BRENTANO, *Das Wirtschaftsleben der Antiken Welt*, 1929, S. 95 ff.

¹⁷⁹) Suet., *Aug.* 42.

¹⁸⁰) TH. MOMMSEN, *Gesch.*, I, S. 839 ff..

¹⁸¹) Liv., 8.28.

3. //Als zusätzliches Moment, das dann den Reichen das weitere Lahmlegen der Bauern leicht machen sollte, kommt dann// die wirtschaftliche Erschöpfung der römischen Bauern in Frage als Folge der wachsenden Ansprüche, welche die unaufhörlichen Kriege an ihre Leistungsfähigkeit stellen. In Rom war jeder freie Bürger Wehrmann: das ging, solange die Stadt klein war und nur kleinere Kriege zu führen hatte. Anders aber, als der römische Staat sich zum italischen Reich auswuchs: dann kehrte der Bauer während Jahrzehnten nicht zurück. Allerdings erhielt der siegreiche Soldat Anteil an der Beute und zuweilen brachte dies (ihn) zum Wohlstand; aber selbst dann fand er oft die Heimstätte nicht mehr, von der er ausgezogen war, und die Seinen //mittlerweile// von Haus und Hof vertrieben. Infolge der Aneignung der Gemeinländereien durch die Patrizier waren auch die Mittel versiegt, aus denen er früher Sold bezogen (hatte); und wurden die Mittel zu seiner Besoldung aus Steuern bestritten, so brachte ihm die //nun// drückende Steuerlast den Ruin. Daher //etwa// die Klage des *Tiberius Gracchus*, worüber Plutarch berichtet¹⁸².

Dies waren die Ursachen der beginnenden Konzentration des bäuerlichen Guts in den Händen von Großgrundbesitzern, die sich dann mit der Entwicklung des Kapitalismus steigerte.

Weiter erfährt die Gesellschaftsstruktur eine tiefgreifende Umwandlung. Innerhalb der römischen Bürgerschaft sonderte sich der Herrenstand vom Volk ab und, während er Ehren und Vorteile durchgängig für sich in Anspruch nahm, war er bestrebt, sich den öffentlichen Lasten zu entziehen. In ähnlicher Weise trat die Bürgerschaft ihrerseits der italischen Eidgenossenschaft gegenüber und schloss diese mehr und mehr vom Mitgenuss der Herrschaft aus, während (ihr) an den gemeinen Lasten doppelter Anteil zukam. Wie die Nobilität sich gegenüber den Plebejern abschloss, die nicht durch Bekleidung eines Amtes geadelt worden waren (sogenannte *homines novi*), so lenkte die Bürgerschaft gegenüber den Nichtbürgern zurück in die Abgeschlossenheit des verfallenen Patriziats. Die Aufhebung der *civitates sine suffragio* – eine Art von Passivbürgerschaft – gehört zwar, ihrem politischen Motiv nach, in einen größeren Zusammenhang (sie war durch das Kostbarwerden des römischen Bürgerrechts bestimmt), aber sie brachte ein vermittelndes Zwischenglied zum Wegfall.

Noch bedenklicher war das Schwinden des Unterschieds zwischen den latinischen und den übrigen italischen Gemeinden. Die Grundlage der römischen Macht war doch die bevorzugte Stellung der latinischen Nation innerhalb Italiens gewesen. Sie schwand, als die latinischen Städte anfangen, sich nicht mehr als die bevorzugten Teilhaber an der Herrschaft der mächtigen stammverwandten Gemeinden zu empfinden, sondern als Untertanen Roms, wesentlich gleich den Übrigen, und alle Italiker begannen, ihre Lage im römischen Reichsverbande schwer erträglich zu finden. Es gab zwar jetzt auch eine Abstufung innerhalb der Untertanenschaft, indem die Italiker den keltischen und überseeischen Untertanen gegenüber politisch bevorzugt wurden; doch ist es zweifelhaft, ob diese Abstufung einen Ersatz für den früheren Gegensatz zwischen den latinischen und den übrigen italischen Untertanen bieten konnte.

Eine tiefe Verstimmung bemächtigte sich jedenfalls der gesamten italischen Eidgenossenschaft und kam in dem Bundesgenossenkrieg zum Ausbruch.

Aber die bei weitem wichtigste Institution, die die spätere republikanische Zeit in das römische Gemeinwesen eingeführt hatte, die *provincia* (die ursprünglich den dem gewählten Amtsträger zugefallenen Wirkungskreis bedeutete), wich am entschiedensten und verhängnisvollsten aus der bisher eingehaltenen Bahn (die erste römische Provinz war *Sicilia*, dann folgten *Sardinia* und *Corsica*, *Hispaniae*, *Africa*, *Macedonia et Achaia*, *Gallia Narbonensis*, *Asia*, *Bithynia et Pontus*, *Cilicia*, *Numidia* [*Africa Nova*], *Creta*, *Syria*).

Das ältere römische Staatsrecht kannte zinspflichtige Untertanen nicht: Die eroberten Gemeinden wurden entweder aufgelöst und deren Angehörigen in die Sklaverei verkauft oder in der römischen Staatsangehörigkeit aufgehoben oder endlich zu einem Bündnis zugelassen, das ihnen die verwaltungsrechtliche Selbstständigkeit und Steuerfreiheit sicherte. Allein die karthagischen und

¹⁸²) J.F.S. KALTWASSER, in Plutarch, 126.

hieronischen Besitzungen hatten ihren früheren Herren gesteuert und gezinst; es schien nun das Verständigste und Bequemste, die neuen Gebiete lediglich nach den bisherigen Normen zu verwalten. Man behielt also die karthagische und hieronische Provinzialverfassung einfach bei und organisierte nach demselben Maßstab auch das diesseitige Spanien. Der ursprüngliche Gedanke war, durch die Abgaben der Untertanen die Kosten der Verwaltung und Verteidigung zu bestreiten; aber dann begann man allmählich, die Herrschaft in ein nutzbares Recht zu verwandeln.

Das neue Provinzialregiment nötigte zur Einsetzung von Provinzstatthaltern, deren Stellung mit der republikanischen Verfassung schwer verträglich war. Wie die römische Gemeinde in den Provinzen an die Stelle des früheren Landesherrn getreten war, so war ihr Stellvertreter daselbst an Königs statt. Von Rechts wegen sollte zwar der Statthalter sein Amt mit republikanischer Anständigkeit und Sparsamkeit verwalten und so war es auch in der älteren Zeit (das Beispiel des Cato ist bezeichnend): späterhin erschien das sechste Jahrhundert der Stadt als die goldene Zeit der Provinzialherrschaft. Aber es war auf die Länge nicht durchführbar, loyaler Republikaner und an Königs statt zu sein.

Übermut gegen die Provinzialen lag so sehr in der Rolle, dass daraus dem einzelnen Statthalter kaum ein Vorwurf gemacht werden darf. Das Recht des Statthalters, Getreidelieferungen, teils zu seinem und seiner Leute Unterhalt, teils im Kriegsfall zur Ernährung des Heeres gegen einen billigen Taxpreis in seiner Provinz auszuschreiben, wurde so missbraucht, dass auf die Klagen der Spanier der Senat im Jahr 171 sich veranlasst sah, die Feststellung des Preises den Amtsleuten zu entziehen. Nach dem Grundsatz, dass gegen den Oberfeldherren während der Amtsverwaltung keine Beschwerdeführung gestattet ist, konnte der Statthalter erst dann zur Rechenschaft gezogen werden, wenn der Missbrauch geschehen war. Doch an sich war auf Antrag eines Volkstribuns eine Kriminalverfolgung möglich; ebenso auch eine Zivilklage vor einem aus dem Schoß des Senats bestellten Geschworenengericht. Immerhin war die Kontrolle sehr mangelhaft.

Hinzu kam der Gegensatz der neuen Nobilität zur übrigen Bürgerschaft: ein Gegensatz, der weniger scharf als der zwischen der alten Geschlechtsaristokratie und der Plebs formuliert war; aber doch eine Zurücksetzung im Mitgenuss der politischen Rechte bedeutete, die nur schwerer zu ertragen und schwerer zu sprengen war.

Wie die Nobilität auf dem Senat ruhte, so ruhte die Opposition gegen sie auf der Gemeindeversammlung. Um sie zu verstehen, ist also an den Geist und die Stellung der damaligen römischen Bürgerschaft zu erinnern. Nun hat diese zwar im Zeitalter des Zweiten Punischen Krieges in so hohem Grad das geleistet, was von ihr als dem festen Grund der ganzen Verfassung gefordert werden konnte, dass jede Bemängelung im einzelnen doch in bewundernder Ehrfurcht verstummen muss: ich meine einen sicheren Blick für das gemeine Beste, eine einsichtige Folgsamkeit gegenüber dem richtigen Führer, ein festes Herz in guten und bösen Tagen und vor allem die Aufopferungsfähigkeit des einzelnen für das Ganze, das gegenwärtige Wohlbehagen, für das Gedeihen der Zukunft. Auch nachträglich war der gute und verständige Sinn noch durchaus in der römischen Bürgerschaft vorwiegend: Sie hat wohl manchmal geirrt, jedoch nicht geirrt in //pöbelhafter Tücke//, sondern in bürgerlicher und bäuerlicher Beschränktheit. Aber allerdings wurde die Maschinerie, mittels derer die Bürgerschaft in den Gang der öffentlichen Angelegenheiten eingriff, immer //unbeholfener//, und ihr wuchsen durch ihre eigenen Großtaten die Verhältnisse über den Kopf. In allen politischen Fragen blieb die Urversammlung auf dem römischen Marktplatz allein entscheidungsberechtigt: nun springt es ins Auge, dass diese in ihrer Zusammensetzung wie in ihrem Zusammenhandeln jetzt nicht mehr war, was sie gewesen, als die sämtlichen Stimmberechtigten ihre politische Berechtigung in der Art ausübten, dass sie am Morgen von ihren Höfen weggehen und am selben Abend wieder zurück sein konnten.

Aber das Schlimme kam, als dem unabhängigen Bürgerstand gegenüber ein Klientenpöbel emporkam und sich ihm zur Seite stellte, ein Pöbel, der formell gleichberechtigt und tatsächlich schon übermächtig war. So trat auch schon neben der achtbaren und nützlichen Oppositionspartei die volksschmeichelnde Demagogie auf. Mehr und mehr griff dann die Bürgerschaft in persönliche

und sachliche Fragen aus dem Kreis der Militärverwaltung und der äußeren Politik ein und neigte zum Mitregieren, so dass die Macht des Senats in der Wurzel getroffen und das Ansehen der städtischen Magistratur gefährdet wurde. Aushilfsmagistraturen, die einen Bruch oder eine Suspension der bestehenden Gemeindeordnung darstellen, indem sie ordentliche Verrichtungen dem zuständigen Magistrat entzogen oder gar für die Umgestaltung des Gemeinwesens eingesetzt wurden.

21. Der Prinzipat^{183 184}

Wir finden in Rom Führernaturen, die den Staat neu gestalteten. Hierher gehören, wenn wir von den Scipionen und den Gracchen absehen, schon *Sulla* und *Pompeius*, dann *Julius Caesar* und schließlich Cäsars Großneffe *Gaius Octavius*, der nach der testamentarisch erfolgten Adoption durch den Diktator dessen Namen *Gaius Julius Caesar* führte. Er ist der Begründer des Prinzipats in Rom.

Nach dem Tod Sullas waren in Ganzen die früheren Verhältnisse wiedergekehrt. Die Staatleitung lag wieder beim Senat und die Macht bei der Nobilität, d. h. bei den Familien, die unter ihren Vorfahren Personen konsularischen Ranges aufzuweisen hatten. Dies ist nach dem Tod des *Octavianus* nicht mehr der Fall. Die Verhältnisse haben sich durch ihn politisch, und wenn man auf das Wesen der Sache eingeht, auch juristisch vollkommen geändert. Die geschichtlichen Vorgänge, die dazu geführt haben, sind allbekannt (kurz gesagt folgende gewesen). Im Jahr 44 v. Ch. geschah die Ermordung des *Gaius Julius Caesar* – nach Goethes Urteil die abgeschmackteste Tat, die jemals begangen worden sei, aus der ersichtlich ist, wie wenig die Besseren begriffen, was regieren heißt. Erst sein Tod zeigte, was die Welt mit ihm verlor. So persönlich seine politische Leistung gewesen war, sie bestand durch ihre Größe darin, die weltpolitischen Notwendigkeiten der Zeit herausgeföhlt und vollbracht zu haben. Wenn wir die spätere römische Geschichte betrachten, können wir Cäsars genialen Blick für die großen politischen Tendenzen der mit ihm angehenden Epoche nicht genug bewundern. Die vermeintlichen «Befreier», die ihn ermordeten, kämpften für das politisch Unmögliche. Dagegen war ihm zum Beispiel die hohe politische und militärische Bedeutung vollkommen klar gewesen, die eine Durchsetzung der Provinzen mit römischen Bürgerstädten hatte. Vom römischen Standpunkt aus gesehen war es der Bruch mit der gemeindestaatlichen Politik, wie ihn schon *Gaius Gracchus* und *Apuleius Saturninus* eingeleitet hatten, den aber die //senatorische// Reaktionen jeweils wieder hintan hielten. Wenn die römische Bürgerschaft auf diese Weise über das ganze Reich verteilt wurde, waren freilich die Versammlungen des souveränen Volks in Rom noch mehr als bisher zu dekorativen Formalitäten herabgesetzt, und der politische Unterschied zwischen Italien und den Provinzen verwischte sich. Aber schließlich vollzog sich die Entwicklung des Reichs durchaus in diesen Bahnen, die Cäsar gewiesen hatte: unter der Militärmonarchie verschmolzen Bürger und Provinzialen zu einem einheitlichen Untertanenverband.

Der Senat versuchte wiederum, die alte Machtverteilung durchzusetzen; aber Octavian schloss mit dem letzten Mitkonsul Cäsars, dem *Antonius*, und einen später in den Hintergrund tretenden *Marcus Aemilius Lepidus* einen Bund und diese drei Männer ließen sich durch Volksbeschluss die höchste Gewalt im Staat nicht aufgrund einer Diktatur, sondern als *triumviri rei publicae constituendae* übertragen (43 v. Chr.). Octavian und Antonius schlugen bei *Philippi* die Senatsarmee. Damit war das Ende der Republik eingetreten (42 v. Chr.). Aus der Republik entstand der Prinzipat, als nach der Schlacht bei *Actium* (31 v. Chr.) die Auseinandersetzung zwischen Octavian und Antonius durchgeführt war. Die Neuordnung des Gemeinwesens, aus welcher der Prinzipat hervorging, beruhte auf der konstituierenden Gewalt, die *Augustus* kraft des Triumvirats innehatte. Versucht man, die Herrschaft des Octavian rechtsgeschichtlich zu betrachten, so muss offensichtlich a) die geistesgeschichtliche, b) die politische und c) die staatsrechtliche Würdigung auseinandergehalten werden.

¹⁸³) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «18. Vorlesung, den 29. November 1937».]

¹⁸⁴) MOMMSEN, *Rom. Gesch.*, S. 187-189 [?]; E. KORNEMANN, III, 3, 2, S. 213 ff., S. 274 ff.

a) Zunächst in geistesgeschichtlicher Beziehung darf nicht daran vorbeigegangen werden, dass der seit der Begründung der Republik in Rom zurückgedrängte monarchische Gedanke mit der Eroberung der Provinzen und der Bildung des römischen Weltreichs wiederum entscheidend wird; dass aber keineswegs an das alte verpönte Königtum angeknüpft wird, weder in den politischen noch in den rechtlichen Formen. Es handelt sich mithin um eine Neugründung, die ihre geschichtliche Anknüpfung //an die Figur des// Provinzialstatthalters und im Bürgerkrieg ihre geistige Begründung zu einem wesentlichen Teil im Hellenismus findet. Hellenismus ist das Griechentum in seiner kulturellen Auswirkung nach der Schlacht von *Chaeronea*, also seit dem Aufkommen der makedonischen Dynastie. Die hellenistische Monarchie war wiederum geschichtlich in den Diadochenstaaten zur Auswirkung gelangt: d. h. in den Nachfolgerstaaten der, außer Makedonien und Griechenland auch weite Teile Asiens, insbesondere das ehemalige Perserreich, umschließenden Monarchie Alexanders des Großen. Dabei kann uns nicht wundern, dass die hellenistische Monarchie ihrerseits orientalisches beeinflusst war, besonders darin, dass sie in der Herrscherpersönlichkeit eine übernatürliche, den Göttern gleichkommende Größe erblickte. Wir dürfen wohl annehmen, dass dies allen Diadochenstaaten gemeinsam war, obwohl die Ausgestaltung der Staatsidee im Einzelnen in diesen hellenistischen Monarchien sehr verschieden gewesen ist. Doch darf man nicht übersehen, dass innerhalb dieses politischen Systems auch gewisse indogermanische Züge erkennbar sind; so besteht ein Königs-Ideal der Gerechtigkeit, der Milde, der Aufrechterhaltung bestehender Rechtsverhältnisse als im weiteren Sinn des Rechtsfriedens und der Freigiebigkeit. Diese hellenistisch-orientalische Ausgestaltung zeigt sich in den kaiserlichen Attributen bei der äußeren Erscheinung wie Strahlenkrone und Diadem, die sich mit den an die früheren Rechtszustände anknüpfenden republikanischen Ausdrucksformen, zum Beispiel der Tracht der alten republikanischen Magistrate (*praetexta*) und dem Triumphalkostüm, begegnen.

Diese monarchische Anschauungsform bildet als gedankliche Grundlage ein geistesgeschichtlich wesentliches Moment des Prinzipats. Sie hat sich im Gegensatz zu der Einkleidung in die republikanischen Formen als eine diese aushöhlende Gegenströmung im Lauf der Zeit wirksam durchgesetzt. Die Einordnung dieser monarchischen Anschauungsform in die römische Begriffswelt ist nun eine doppelte: sie ist sowohl politisch als auch staatsrechtlich.

b) Die politische Einordnung besteht in der Verbindung der Person des Kaisers mit der Anschauung der *auctoritas*.

Auctoritas ist ein echt römisches, im Rechtsgebiet und in verwandten Lebensbereichen oft begegnendes Wort. So sagt man zum Beispiel vom Vormund (*tutor*), dass er *auctoritatem interponit*, wenn ein an und für sich der Wirkung entbehrendes Rechtsgeschäft des Mündels durch die Mitwirkung des Vormunds wirksam wird. Man spricht von der *auctoritas* des Verkäufers, der als früherer Rechtsträger den Erwerber «schirmt» (wie sich alte deutsche Rechtsquellen auszudrücken pflegen), solange bis er durch den Ablauf der Zeit (Ersitzung) in seinem Besitz unanfechtbar geworden ist. Ebenso spricht man von der *auctoritas rerum iudicatarum*, über die man sich nicht hinwegsetzen darf, oder von der *auctoritas praetoris* gegenüber dem *index*, ohne dass etwa gegen dessen Ausspruch ein Rechtszug an den Prätor vorgesehen wäre¹⁸⁵. Merkwürdigerweise stand gleich vom ersten politischen Auftreten Octavians ab seine politische *auctoritas* in Frage. Gegenüber dieser *auctoritas* des täglichen Lebens indes, wenn man sich dieses Ausdrucks bedienen darf, ist die *auctoritas* des Octavian nicht bloß dem Grad, sondern auch dem Inhalt verschieden; was mit der geschilderten, außerhalb der römischen Anschauung liegenden Grundstimmung teilweise zusammenhängt. Diese *auctoritas* beruht natürlich auf dem geschichtlichen Ablauf der Ereignisse, insbesondere auf den militärischen Erfolgen; sie ist indes wesensgleich mit dem Rätsel der Führer-Persönlichkeit; sie ist eine charismatische Autorität. Auf dem von *Augustus* begründeten Prinzipat findet die Kategorie der charismatischen Autorität im Sinn Webers Anwendung. Nach Webers Begriffsbestimmung ist die charismatische Autorität eine außeralltägliche, d. h. eine außerordentliche geistige Macht der Persönlichkeit, um derer-

¹⁸⁵) Gai., *inst.* 3.224.

willen sie mit übermenschlichen oder mindestens spezifisch außerordentlichen (außeralltäglichen), nicht jedem zugänglichen Eigenschaften begabt erscheint und deshalb als vorbildlich und //als Führer-Charisma// gewertet wird. Über die Geltung des Charisma entscheidet die durch Bewährung gesicherte freie Anerkennung durch die von ihm Beherrschten: eine Anerkennung, die aus Hingabe und Heldenverehrung geboren ist. Diese Anerkennung ist //entweder psychologisch – aus einer Begeisterung, welche eine ‘*metanoia*’ der Gesinnung bei den Menschen von innen heraus entfachte – oder doch aus Not und Hoffnung entstanden//: sie ist gläubige, ganz persönliche Hingabe und doch pflichtmäßig. Dem Führer entsprechen als seine Werkzeuge Vertrauensmänner: es gibt eigentlich keine «Anstellung oder Absetzung, keine Laufbahn und kein Aufrücken», sondern nur Berufung aufgrund der charismatischen Qualifikation des Berufenen. Eine Autorität dieser Art – die natürlich wieder mannigfache Ausprägungen zulässt – besaß nun Augustus. Er erscheint seinen Anhängern als der «*man of destiny*», als der gottähnliche Retter und Führer; der Senat verleiht ihm den Ehrennamen «*der Geweihte*», //nämlich// *Augustus*. Er besitzt bestimmte, ihm durch Gesetz übertragene amtliche Einzelbefugnisse, aber er erklärt selbst ausdrücklich, dass er nicht nur mittels dieser Amtsbefugnisse regiert habe. Er beruft sich auf seine einzigartige, alle Anderen //an// Ansehen überragende *auctoritas*. Daher ist es auch eine nicht ganz vollständige Wiedergabe des der *auctoritas* zugrunde liegenden geistigen Inhalts, wenn in ihr weiter nichts als das überragende Ansehen //und// der maßgebende Einfluss gefunden wird. Es ist von Bedeutung, dass sich Augustus überdies selbst der außerhalb der staatsrechtlichen Formen gelegenen Grundlagen seiner Stellung ganz bewusst geworden ist; denn er sagt in dem von ihm verfassten Rechenschaftsbericht, dem sogenannten *Monumentum Ancyranum*¹⁸⁶: *Post id tempus (27 v. Chr.) auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt* (Kap. 34). D. h.: «An zwingender Machtbefugnis besaß ich niemals mehr als mir jeweils innerhalb der durch die Kollegialität gezogenen Schranken, kraft der mir übertragenen Ämter zustand. Meine Vorrangstellung beruhte auf dem Prestige (lat. *dignitas*, griech. *ἐξουσία*), das man mir mehr als irgendeinem Anderen, als dem im Politischen maßgebenden Führer einräumte!» Derart gab Augustus seine eigene Auffassung über das von ihm geschaffene Prinzipat mit großer Deutlichkeit wieder. Die Auffassung, dass das Wesentliche des Prinzipats die dem Prinzipen verliehene magistratische Stellung sei, lehnt er ausdrücklich ab. Er knüpfte bewusst an die Staatslehre an, die vor einem Vierteljahrhundert¹⁸⁷ aufgrund griechischer Staatstheorien und tiefblickender Kenntnis der letzten Epoche römischer Geschichte und die im Kreis der römischen Aristokratie weite Verbreitung gefunden hatte, wonach das Heil der Republik zu erwarten war von der alle Verhältnisse durchdringende Wirksamkeit eines einzelnen Mannes, des Prinzipen, des wahren Weisen, dessen überragende Autorität alle Mitbürger anerkennen mussten und der als solcher, also auch ohne staatliche Gewalten zu haben und ohne durch *senatus consultum ultimum* beauftragt zu sein, als Führer zur Hilfe im Staatsnotstand berufen ist. Wir können gleich eine sehr bedeutende Auswirkung dieser *auctoritas* des Augustus auf dem Gebiet des Privatrechts anführen. Es ist dies der seit Jahrhunderten bewunderte Bericht der Institutionen Justinians über die Entstehung der Fideikommiss (II.25), d. h. von Vermächtnissen, die den Formvorschriften des *ius civile* nicht entsprechen. Da hören wir davon, dass Augustus der Erste war, der solche Vermächtnisse, ohne hierzu nach dem *ius civile* gezwungen zu sein, entrichtete, und wie man sich dann allgemein an dieses Vorbild anschloss und so ein neues Rechtsinstitut schuf (*deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant*).

Wie bemerkt, spricht in solchen Fällen die moderne Gesellschaftswissenschaft von einer charismatischen Autorität. Sie hebt mit Recht hervor, dass man in solchen Fällen nicht von einer bloßen *de facto*-Regierung, d. h. von einer Regierung sprechen kann, die einer verfassungsmäßigen legitimen Grundlage entbehre. Vielmehr findet sich diese Grundlage in der Anerkennung, erzeugt auch ohne urkundliche Niederlegung, etwa in einer Verfassungsurkunde, eine auf Gewohnheitsrecht beruhende

¹⁸⁶) Bezeichnung nach dem Fundorte Ankyra, dem heutigen Ankara.

¹⁸⁷) Cicero, *de re publica* 1.45; 2.51, 65; 3.23; 5.9.

Rechtsgemeinschaft. Dadurch erlangt der Machthaber, freilich nur so lange die Anerkennung dauert und keinesfalls länger, als bis sie von der entgegengesetzten Überzeugung abgelöst wird, die Stellung einer rechtmäßigen legitimen (C. Schmitt) Regierung, die eben durch ihre späterhin erlangte Rechtmäßigkeit auch den Verfassungsbruch hielt, dem sie ihr Dasein verdankt. Bei Oktavian tritt folgendes hinzu: er berichtet, dass er in seinem sechsten und siebten Konsulat, also 28 und 27 v. Chr., nach der Beendigung des Bürgerkriegs an Senat und Volk die *res publica*, die in seiner Hand lag, zurückgegeben habe¹⁸⁸. Der Senat erkannte ihm aus diesem Anlass den Beinamen *Augustus* zu. Die bis dahin bestehende Zwangsmacht war also damit in eine freiwillige Bindung aufgrund der inzwischen entstandenen Rechtsüberzeugung übergegangen.

c) In staatsrechtlicher Beziehung gelten formell die Ordnungen der Republik weiter oder eigentlich von neuem, es besteht sowohl ein Imperium, als auch der Begriff der Magistratur als dessen Träger. Freilich hat dieser Begriff zwar nicht an Inhalt, aber an Tragweite dadurch verloren, dass eine Reihe wesentlicher Magistraturen in den Händen des Prinzeps vereinigt sind. Damit ist dieser auch Magistrat. Darin liegt die staatsrechtliche Begründung des Prinzipats. Diese neuen magistratischen Befugnisse, die nach römischem Brauch neben den alten Gewalten, nicht an ihrer Stelle stehen, sind folgende:

1. Das im Jahr 23 lebenslänglich verliehene prokonsularische Imperium für die Senatsprovinzen, das als *imperium maius* dem der dortigen, vom Senat bestellten Statthalter überlegen ist. Es bezieht sich weder auf Italien, noch auf die Kaiserprovinzen, sondern nur auf die Provinzen des Senats, die in der Verteilung des Imperiums vom Jahr 27 v. Chr. nicht enthalten waren. Vermöge dieses Imperiums übt der Prinzeps eine Kontrolle der bürgerlichen Verwaltung der republikanischen Statthalter aus. So kann zum Beispiel Augustus in der Kyrenaika (Nordafrika), die mit Kreta zusammen seit 27 v. Chr. eine einzige Senatsprovinz bildet, Edikte erlassen, die so tief einschneidende Fragen wie die Gerichtsorganisation in bürgerlichen und Strafsachen betreffen. Daraus ergibt sich, dass //das *imperium maius*// die – auch von den Rechtsbüchern¹⁸⁹ überlieferte – Unterscheidung zwischen kaiserlichen und senatorischen Provinzen nicht ausschloss.

2. Die *tribunicia potestas*, die inhaltlich der Gewalt der Volkstribunen entsprach, nur dass hier die Unverletzlichkeit und wohl auch das *ius auxilium* sich auf das ganze Reich bezog (deshalb *vocabulum summi fastigii*). Die sonstigen darin enthaltenen Befugnisse waren außerhalb Italiens teils gegenstandslos, teils überflüssig. Zur Interzession gegen Statthalter in den Senatsprovinzen genügte das *proconsulare imperium*, und die Statthalter der Kaiserprovinzen waren nur Untergebene des Prinzeps. Übrigens enthielt die tribunizische Gewalt kein Imperium und deshalb auch nicht die Gerichtsbarkeit in Zivilsachen für die Stadt und Italien, da diese von jeher Ausfluss des höchsten bürgerlichen Imperiums war; wohl aber enthielt sie die höchste Gerichtsbarkeit für Strafsachen.

3. Das lebenslängliche *consulare imperium*, das Augustus seit 19 v. Chr. zusteht, mit Ehrenrechten (Sitz auf der *sella curulis* zwischen den Konsulen) und denjenigen Befugnissen für Italien, die aus der *tribunicia potestas* nicht abgeleitet werden können, also Gerichtsbarkeit in Zivilsachen und die Befugnis auch in Italien XII // Liktores // zu führen. Die Annahme dieses Imperiums beruht auf dem Bericht des Dio 54.10.5, der freilich ungenau ist.

4. Der ausschließliche Oberbefehl über die gesamte bewaffnete Macht, der in dem Titel *imperator* seinen Ausdruck findet (und) den Augustus als Vorname ständig führt. Er wurde dem Augustus alsbald nach der Rückgabe der Staatsgewalt an Volk und Senat vom Senat für die Kaiserprovinzen und die Armee wieder erneuert und seit dem Jahr 27 v. Chr. jeweils auf zehn Jahre, seinen Nachfolgern aber auf Lebenszeit übertragen. Dieses Imperium ist nicht im ominösen Namen *rex*

¹⁸⁸) *Res gestae divi Aug.*, Kap. 34: *ex mea potestate ... transtuli.*

¹⁸⁹) Zum Beispiel Gai., *inst.* 1.6.

ausgedrückt, sondern im Imperatornamen verdeckt angedeutet und mit dem prokonsularischen Imperium zusammengefasst (außer den 21 Regierungen als *imperator*). Darüber bewahrt Augustus in seinem Bericht ein absichtliches Verschweigen, das seine Erklärung in dem Werdegang des Prinzipats findet. Augustus hatte in der Tat drei Imperien. Zwei davon waren benannt: das prokonsularische, als Oberaufsicht über die Senatsprovinzen, und das konsularische mit einzelnen Befugnissen in Italien: beide waren dem wiederhergestellten republikanischen Regiment angepasst und konnten daher unbedenklich genannt werden. Anders das namenlose dritte über die Kaiserprovinzen, das auf die seit dem Jahr 30 gleichfalls namenlos weitergeführte triumvirale konstituierende Gewalt zurückging und alle schmerzlichen Erinnerungen des Bürgerkriegs mit sich brachte: deshalb sprach man nicht davon.

Es wurde jüngst¹⁹⁰ das Zeugnis des Augustus¹⁹¹ dahin ausgelegt, Augustus habe, nachdem er das Triumvirat niedergelegt hatte, nicht mehr ein außerordentlicher Magistrat sein wollen, etwa wie es der Diktator Cäsar und die zweiten Triumvirn gewesen waren. Zwar stand er an inhaltlicher Fülle seiner Gewalten dem Diktator Cäsar und den zweiten Triumvirn viel näher als etwa dem Pompeius; aber in seiner eigentümlichen Stellung als erster Bürger mit außerordentlichen Gewalten wäre er eher als Nachfahre des Pompeius zu betrachten. Das wäre der Sinn des Ausspruchs, dass seine außerordentlichen Gewalten, abgesehen von dem höheren Ansehen (*dignitas*), nicht über die ordentlichen derer hinausgingen, die auch in der Magistratur seine Kollegen waren. Augustus wollte hiernach ganz wie Pompeius nur erster der Bürgerschaft sein, der im Notstand dem Staat half, aber außerdem als Privatmann durch Volksgesetz Gewalten empfangen hatte. Der Privatmann, der sich in amtlichen Auftrag mit Staatsangelegenheiten befasste, war ja den Römern seit dem hannibalischen Krieg geläufig; und der außerordentliche Staatsauftrag an Private wurde begrifflich scharf von der außerordentlichen Magistratur unterschieden. Andererseits entsprach es der altkonservativen römischen Gesinnung, früheres Recht bestehen zu lassen und neues nicht an dessen Stelle, sondern daneben zu setzen, so dass Veraltetes zwar tatsächlich außer Übung kam, aber rechtlich fortbestand und nach langem Ruhen wieder zur Geltung kommen konnte. Dieser Gesinnung gemäß hätte Augustus die republikanische Verfassung in vollem Umfang aufrechterhalten, sogar in der Weise, dass sie staatsrechtlich die alleinige blieb und hätte seine monarchischen Gewalten nicht als Magistrat, sondern als Privatmann erhalten, und zwar durch persönliche Verleihung. Uns scheint aber diese ganze Auffassung, so scharfsinnig gedacht, nicht einleuchtend und immerhin lebensfremd. Denn die naturgemäße Voraussetzung des außerordentlichen Staatsauftrags an einen Privatmann war nach republikanischer Anschauung eben die, dass es galt, im Notstande dem Staat zu helfen: der Notstand ist aber als solcher kein beständiger, sondern ein vorübergehender Zustand; sonst wäre er eben kein «Notstand». Nun gerade diese Voraussetzung fehlte bei der Gewaltverleihung an Augustus: diese war eben nicht als eine vorübergehende und nur provisorische gedacht; logisch also stempelte sie den Augustus zum (außerordentlichen) Magistrat.

//Im Raum bleibt// die Frage des verfassungsrechtlichen Charakters des Prinzipats: Mommsen betrachtet ihn als eine «Dyarchie» in dem Sinn, dass dem Prinzipen und dem Senat oder seinen Beamten konkurrierende Befugnisse für die gleichen Staatshandlungen zustanden, dass aber die zur Interzession berechtigende *tribunicia potestas* dem Prinzipen die Überlegenheit sicherte, die nach altem Staatsrecht dem *maior collega* gegenüber dem *minor* zukam. Heute fragt man sich dagegen anders und zwar, ob es sich um Monarchie oder Republik gehandelt haben soll; und bald wird die monarchische¹⁹², bald die republikanische Seite als ausschließlich maßgebend hingestellt. Da aber die Zuständigkeiten des Prinzipen und des Senats meistens örtlich verschieden waren, kann die Frage der republikanischen oder monarchischen oder dyarchischen Natur überhaupt nur für die einzelnen

¹⁹⁰) H. SIBER, 1935, S. 146 ff.

¹⁹¹) *Monumentum Ancyranum* 34.

¹⁹²) Vgl. V.E. GARDTHAUSEN, J. KROMAYER, P. DE FRANCISCI.

Zuständigkeiten gestellt werden. //So wird Folgendes zu beachten sein://

1. Für das gesamte Reich bestand eine gemeinsame gesetzgebende Gewalt. Kraft des *consulare imperium* ist der Prinzeps zum Antrag auf Komitialgesetze, kraft der *tribunicia potestas* zur Erwirkung von Senatsbeschlüssen befugt, also Dyarchie.

2. Die völkerrechtliche Vertretung des Reichs und das Bündnisrecht (*lex de imperio Vespasiani*) waren rein monarchisch.

3. Ebenso die Befehlsgewalt, die fast ausschließlich in den Kaiserprovinzen bestand.

4. Die Verwaltung Italiens und der Senatsprovinzen war republikanisch (die Kontrolle des Prinzeps bedeutete kaum eine Dyarchie).

5. In Italien bestand eine Dyarchie nur in vereinzelt Beziehungen, besonders für die Gerichtsbarkeit.

6. In den Kaiserprovinzen war die Gewalt des Prinzeps absolut monarchisch, abgesehen davon, dass allgemeine Gesetze und Senatsbeschlüsse als Quellen des Reichsrechts auch hier galten.

22. Entwicklung und Ausdehnung des Rechts zur Zeit des Prinzipats¹⁹³

Abstrakt betrachtet, kann die Nachfolgefrage betreffs einer Führerstellung durch verschiedene Methoden ihre Lösung finden (Max Weber). Denkbar wären: entweder Neuaufsuchen eines Führers im Rahmen der Gemeinschaft ohne vorherige Designation; oder aber Nachfolgerdesignat, sei es a) durch den Vorgänger selbst, sei es b) seitens des charismatisch qualifizierten Verwaltungsstabs: wozu Anerkennung durch die Gemeinschaft hinzutreten muss. Jedenfalls erfordert das Charisma eine pflichtmäßig gebundene Auslese des Nachfolgers: es ist als solches weder vererblich noch überhaupt übertragbar, denn es haftet einem soziale Gebilde als solches an. Erst durch eine institutionelle Wendung oder durch eine routinartige Entartung kann an Stelle des echten Charisma ein übertragbares Amtcharisma entstehen. Die Nachfolge in dem Prinzipat ist nur tatsächlich, also rein faktisch geregelt: Anlehnung an Institute des Privatrechts wie Adoption und Arrogation //kommen// selten vor. Zwar konnte Octavian selbst sich gegenüber seinem Großonkel Cäsar lediglich auf eine Erbinsetzung unter der Auflage (*modus*) der Annahme des Namens des Erblassers berufen und sie wurde später von den Kuriatkomitien ordnungsmäßig bestätigt; aber an sich hätte sie nicht genügt¹⁹⁴. Eine Empfehlung zur Nachfolge ist rechtlich ohne Verbindlichkeit. Wir vermögen noch den Vorgang zu verfolgen, wie sich die kaiserliche Gewalt allmählich festigte. Wir besitzen nämlich noch das im Senat vorbereitete Volksgesetz, durch das dem Kaiser Vespasian die Herrschergewalt besonders in den Kaiserprovinzen übertragen wurde¹⁹⁵, und dieses Gesetz bezieht sich bei der Verleihung der einzelnen Befugnisse in den einzelnen Punkten auf die gleiche Verleihung an die früheren Machttäger. Zum ordnungsmäßigen Erwerb der kaiserlichen Gewalt gehörte Vorberatung durch den Senat und Annahme des Gesetzes durch die Komitien, allem Anschein nach durch die Tributkomitien; später einfach Beschluss durch den Senat.

Mommsens Lehre¹⁹⁶, dass die prokonsularische Gewalt mit dem allgemeinen kaiserlichen Imperium eins gewesen sei und diese überhaupt nicht verliehen, sondern auf Aufforderung des Heeres oder des Senats ergriffen worden sei (dass sie also nie legitim wurde), entspricht unseres Erachtens nicht der römischen Anschauung. Sie beruht auf einem Schluss von der Ausrufung zum Imperator durch das Heer und der hierauf folgenden Annahme dieses Siegertitels (was die Anwartschaft auf Triumph begründete): nun ist aber der Schluss von diesem Vorgang auf die Erlangung des kaiserlichen

¹⁹³) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «19. Vorlesung, den 30. November 1937».]

¹⁹⁴) Es darf //hier// darauf hingewiesen werden, dass erst später der Versuch vorkommt, über die Nachfolge in die Herrscherstellung durch Testament des regierenden Herrschers zu bestimmen; ein Versuch, der in den hellenistischen Diadochenstaaten seine Vorbilder hat.

¹⁹⁵) Sogenannte *lex de imperio Vespasiani*, «CIL.», VI. 930; vgl. H. DESSAU, S. 244.

¹⁹⁶) R. *Staatsr.*, II, S. 842-44.

Imperiums willkürlich und unrichtig. Denn die Feldherren, die den Imperatortitel nach einem Siege auf Ausrufung des Heeres annahmen, hatten doch das Imperium schon vorher. Auch Augustus hatte das namenlose Imperium über die Kaiserprovinzen seit dem Jahr 27 v. Chr., das prokonsularische über die Senatsprovinzen seit dem Jahr 23 v. Chr., nahm aber den Imperatortitel eines Siegers ein- und zwanzigmal an. Was aber den Imperatornamen anbelangt, so wurde dieser ihm nicht verliehen, auch nicht von ihm ergriffen: er hat ihn als Cäsars Adoptivsohn von diesem geerbt und führte ihn, natürlich ohne Wiederholungszahl, zusammen mit dem Siegertitel mit einer solchen (Wiederholungszahl). In dem einzigen Fall, in dem Zuverlässiges über die Verleihung des Imperiums berichtet wird, geschah diese durch Volksgesetz: Augustus erwirkte in hohem Alter durch die Konsuln ein Gesetz, um dem Nachfolger Tiberius noch bei Lebzeiten die gleiche Gewalt über alle Heere und Provinzen zu verschaffen, die ihm selbst zustand.

Die Verleihung der Prinzipatsgewalten durch ein von den verfassungsmäßigen Organen Senat und Volk beschlossenes Gesetz verschaffte dem Prinzipats eine legitime Rechtsstellung: ebenso legitim wie die auch früher vorgekommene Erteilung außerordentlicher Gewalten *'rei publicae constituendae'*. Von diesem Standpunkt aus ist Mommsens Leugnung der «Legitimität» unbegründet. Richtig ist nur, dass es vom strengen staatsrechtlichen Standpunkte aus eine eigentliche Prinzipatsverfassung nicht gab, solange die Gewalten mit dem Tod des Prinzipats erloschen und ihre Neuverleihung im freien Ermessen von Senat und Volk stand. Die von Augustus feierlich ausgesprochene Hoffnung *'mansura in vestigio suo fundamenta rei publicae, quae iecero'*, war keine Warnung vor Umsturz des Bestehenden, sondern eine Mahnung an die verfassungsmäßigen Organe zur ständigen Erneuerung. Wäre diese einmal unterblieben und die Gewalt der ordentlichen Magistrate wieder dauernd zur alleinigen geworden, so wäre das nicht eine Änderung, sondern nur eine Aufrechterhaltung des rechtlich noch immer fortbestehenden alten *status rei publicae* gewesen. Bezeichnend ist, dass in den Wirren des angebrochenen Vierkaiserjahres (69 n. Chr.) Germaniens Legionen, ehe sie Vitellius gewann, auf Senat und Volk schwuren, also gegen Erneuerung des Prinzipats und dass, als Vitellius seine Sache verloren gab, er die Gewalt dem Konsul *Caecilius Simplex* herausgeben wollte, der sie freilich nicht annahm.

Erst als die Erneuerung des Prinzipats durch Gewohnheit zur staatsrechtlichen Notwendigkeit geworden war, wurde die von Augustus 27-23 v. Chr. geschaffene Ordnung durch tralatizische Wiederholung zur Dauereinrichtung (gleichzeitig nahm das ursprüngliche Charisma eine bleibende Wendung zum Amtcharisma). Man gab sich eine ungeschriebene, rechtlich dauerhafte Prinzipatsverfassung, in welcher freilich eine bestimmte Nachfolgeordnung niemals rechtens wurde und die Bestimmung der Person des Nachfolgers, wie in einer Wahlmonarchie, auch weiterhin durch Senats-(Volks-)Beschluss zu geschehen hatte¹⁹⁷.

Anknüpfungspunkte an republikanischen Gebräuche bei der Bezeichnung des Nachfolgers¹⁹⁸ waren: a) Notstandskommando: Ausrufung zum Imperator durch das Heer (was die Anwartschaft auf Triumph begründete) und *sacramentum militiae*; b) *Senatus consultum ultimum* und Bestellung zur Neuordnung des Gemeinwesens.

Solche Arten des Vorgangs¹⁹⁹, mit dem die höchste Gewalt erreicht wird, sind im 3. Jahrhundert, also einer Zeit, die wir wohl als eine solche der fort dauernden Staatsumwälzung bezeichnen können, in der Weise verschoben, dass die Initiation völlig auf das Heer übergibt²⁰⁰. Die Verleihung der Herrschergewalt an die Nachfolger des Augustus vollzieht sich nämlich mittels einer Ausrufung

¹⁹⁷ *Staatsrecht*, II, S. 842-44.

¹⁹⁸ Hingegen aber O.TH. SCHULZ, 1919, S. 470 ff.)

¹⁹⁹ [Ndc.: il rinvio contenuto a questo punto nel dattiloscritto originale («hierunter 3. Vortrag vom 16. Dezember 1937») non è chiaramente collocabile nella cronologia delle lezioni dal Betti stesso indicata perché andrebbe a coinvolgere anche la lezione su «Gesetzgebung und Edikt in der Kaiserzeit» visto che la immediatamente seguente (nella presente edizione ventiquattresima) lezione su «Die Rechtswissenschaft unter dem Prinzipat» è inequivocabilmente datata «1. Dezember 1937».]

²⁰⁰ SCHULZ, a. a. O., 1919, S. 470 ff.

zum *Imperator* entweder durch den Senat oder durch die Armee, genauer: durch einen Truppenkörper (*proclamatio*). Ob Letzterer einen Erfolg hat, ist natürlich eine Machtfrage, d. h. es kommt darauf an, ob die betreffende Heeresgruppe imstande ist, den von ihr Proklamierten durchzusetzen. Denn, auch wer nur durch das Heer ausgerufen und zur Macht gelangt ist, soll auch vom Senat bestätigt und anerkannt werden. Als man aufhörte, auf diese Anerkennung Wert zu legen (mit dem Vorgänger Diokletians, Carinus, im Jahr 282) war das Ende des Prinzipats da²⁰¹, der durch den unverhüllten Absolutismus abgelöst wurde.

Der Prinzeps ist dem Gesetz unterworfen, soweit er davon nicht ausdrücklich befreit ist. Auch diese Befreiung erfolgt durch die erwähnte *lex de imperio* unter Bezugnahme auf die gleiche Befreiung der Vorgänger. Dies steht mit der politischen Stellung des Prinzeps nicht im Widerspruch²⁰².

Das Aufkommen einer neuen staatsrechtlichen Größe macht sich auch in einer Zweiteilung des Staatsvermögens bemerkbar. Neben das *aerarium populi romani* tritt der *fiscus Caesaris*. Letzterer ist nicht Privateigentum des Prinzeps, sondern eine besondere Staatskasse.

Der Prinzeps verfügt darüber zwar zu Lebzeiten, also während seiner Regierung ohne Kontrolle, er konnte indes darüber nicht letztwillig verfügen. Neben dem *Aerarium* und neben dem Fiskus steht das *patrimonium principis privatum*. Hierüber kann der Prinzeps auch letztwillig verfügen. Insbesondere bestreitet der Prinzeps aus seinem Privatvermögen, nicht etwa aus dem Fiskus der kaiserlichen Staatskasse die Kosten der öffentlichen Spiele.

Was die Provinzen anlangt, so blieben sie rechtlich unter Augustus, was sie vorher gewesen waren, nämlich Landgüter des römischen Volks. Es war für die Provinzialen nicht minder schwierig als vorher, das Bürgerrecht zu erlangen. In dieser Hinsicht war die Politik des Augustus reaktionär im Vergleich zu der des Pompeius, Caesar und Antonius. Trotzdem waren die Provinzen, besonders die des Ostens, die ersten, die die Segnungen des neuen Regimes erfuhren. Ohne dass er das System der Provinzialverwaltung irgendwie änderte, gelang es Augustus, die Verwaltungspraxis außerordentlich zu verbessern. An der Spitze der Provinzen standen nach wie vor Mitglieder des Senatorenstandes. Sie regierten entweder im Namen des Prinzeps oder unter seiner ständigen Kontrolle. Aber die Herrschaft des Senatorenstandes als solche hatte ein Ende und gleichzeitig wurden die Verwaltungsmethoden besser und menschlicher. Die direkte Besteuerung wurde allmählich durchgeführt und damit verlor das Geschäft der Steuereinnahme seine Anziehungskraft. Die Gesellschaften der Steuereinnahmer gingen nach und nach ein: an ihre Stelle traten Angestellte der Regierung, die in direkter Fühlung mit den Steuerzahlern standen. Im Fall eines Konflikts mit dem Statthalter durften sich die Provinziallandtage jederzeit an den Prinzeps selbst wenden. Und sie wussten genau, dass der Prinzeps durch seine persönlichen Beauftragten, die Prokuratoren, die in den Senatsprovinzen seine finanziellen Interessen vertraten, und in den anderen die Steuern einnahmen, von allem, was sich in den Provinzen zutrug, unterrichtet wurde. In ihren inneren Angelegenheiten blieben die Städte der östlichen Provinzen, mit Ausnahme von Ägypten, so unabhängig wie zuvor: ja vielleicht waren sie noch nie so unabhängig gewesen. Augustus versuchte keineswegs, die sozialen Verhältnisse zu ändern, die in diesen Provinzen bestanden, welche nichts anderes waren als Komplexe hellenischer Städte. Die Stadtverwaltung mit ihren Beamten und ihrem Rat war ein derartiges gutes Mittel, an die Masse der Bevölkerung heranzukommen, dass ein Systemwechsel ein törichter Versuch gewesen wäre, den natürlichen Entwicklungsgang zu stören. Zur Zeit des Augustus waren die Städte des griechischen Ostens froh, ihre lokale Selbstverwaltung behalten zu dürfen. Die römische Regierung ihrerseits wünschte Ruhe und Ordnung: das Zeitalter der sozialen und politischen Revolutionen war vorüber. Nun war die beste Garantie für die Stetigkeit der inneren Verhältnisse in den Städten die Herrschaft der reichsten Bürger. Förderung dieser sozialen Schicht war die traditionelle Politik der Römer, seit

²⁰¹) SCHULZ, 1919, S. 266.

²⁰²) Es findet in der Gesetzgebung monarchischer Staaten der Neuzeit, wie Preußens und Österreichs, seine Entsprechung. Dies ist umso bemerkenswerter, als im byzantinischen Reich, also in einer Zeitperiode, die zwischen dem Prinzipat und dem Absolutismus des 18. Jahrhunderts liegt, das Gegenteil gegolten hat.

sie im Osten erschienen waren, und sie war auch die Politik des Augustus. Die einzige Neuerung bestand darin, dass er der Entwicklung, die auf die rasch fortschreitende Umwandlung stadtdloser Territorien in regelrechte Stadtgemeinden hinstrebte, einen neuen Antrieb verlieh. Im ganzen Osten folgte Augustus der Politik des Pompeius, Caesar und Antonius im Gegensatz zu der des Senats und schuf aus Dörfern, Weilern und Tempelterritorien neue Stadtgemeinden. Das römische Reich war im Begriff, durch und durch ein Verband von sich selbstständig verwaltenden Städten zu werden. Eine Ausnahme wurde nur mit Ägypten gemacht, dessen uralte Organisation mit der Struktur eines griechischen Stadtstaats so gar nichts gemein hatte.

23. Gesetzgebung und Edikt in der Kaiserzeit²⁰³

Die Rechtsbildung der Kaiserzeit hat einen wesentlich anderen Charakter als die //der// Republik. Der Grund dazu liegt nicht nur in der umgestalteten Verfassung der Einrichtung des ganzen Staats, sondern hauptsächlich in der einschneidenden Veränderung der Aufgabe, die der weiteren Rechtsentwicklung jetzt durch die Verhältnisse selber gestellt wurde. Bis zum Ende der Republik waren die Hauptgrundlagen des gesamten Rechts, namentlich des Privatrechts, im *ius civile, gentium* und *praetorium* ziemlich vollständig gelegt. Es handelte sich jetzt weniger darum, neue Rechtsbegriffe und Verhältnisse und eigentlich neue Grundsätze aufzustellen, als die vorhandenen in der entsprechenden Weise auszubilden und weiter zu gestalten, und zwar in zwei Hauptrichtungen:

1) Zunächst mussten die allgemeinen Grundsätze, die in den Gesetzen, Edikten und Gewohnheiten meistens nur kurz, abstrakt und allgemein enthalten waren, für ihre Anwendung auf die einzelnen, konkreten und verwickelteren Fälle des Lebens mehr ins einzelne und feinere Detail entwickelt und zu ihren tieferen Konsequenzen weitergeführt werden. Dazu mussten die Grundsätze selbst schärfer bestimmt und abgegrenzt, in ihrer Beziehung und ihrem Gegensatz zu anderen festgestellt und in ihrer organischen Verbindung zu einem Ganzen abgerundet werden. Dies auszuführen war natürlich nicht Sache der Gesetzgebung, sondern eine Aufgabe, die nur im steten Kampf der Meinungen und unter den Erfahrungen des täglichen Lebens von der Wissenschaft und Praxis in entsprechender Weise gelöst werden konnte. Demgemäß nimmt in der Kaiserzeit im Anfang zunächst die Rechtswissenschaft entschieden die Hauptstelle in der ganzen Rechtsbildung ein, daneben die von ihr beeinflusste Praxis, namentlich in den Entscheidungen der kaiserlichen Justiz.

2) Zugleich erhält das Recht einen universalen Charakter. Im römischen Weltreich sind die verschiedensten Nationen verbunden. Allmählich werden auch die Provinzen in den beherrschten Gebieten selbstständige Glieder des Staats und der Unterschied der Bürger und Peregrinen gleicht sich aus: auf dem Kaiserthron folgten den Altrömern (Julier, Claudier) erst die Italiker (Flavier), dann Provinziale (Aelier). In den Senat traten auch Provinziale immer zahlreicher ein. Der Einfluss der Provinzen wächst, obgleich Italien immer noch rechtlich das herrschende Land bleibt. Die Rechtsordnung des Reichs streift unter dieser Einrichtung mehr und mehr die nationalen Besonderheiten ab.

Zu Beginn der Kaiserzeit haben die Komitien ihr republikanisches Gesetzgebungsrecht weitergeübt. Augustus selbst hat kraft seiner tribunizischen Gewalt Gesetze beim Volk beantragt.

Indessen nahm die Gesetzgebung durch die Volksgemeinde allmählich ab; sie zieht sich vom Volk in den Senat zurück. Möglich ist es, dass man diesen Übergang durch die Annahme vermittelte, die altübliche Vorbereitung und Empfehlung des Senats genüge, er drücke den Volkswillen aus, der formellen Zustimmung bedürft es nicht mehr²⁰⁴; der Volksbeschluss wurde jedenfalls nicht etwa

²⁰³) [Ndc.: per la datazione cfr. quanto detto *supra*, nt. 199. Forse doppia lezione 1 dicembre 1937? O doppia lezione il 30 novembre ?]

²⁰⁴) *Inst.* 1.2.5.

fingiert, sondern einfach weggelassen. Das Senatuskonsult wird danach von der zweiten Hälfte der Regierung des Tiberius an bis zu den Severern die feste Form der Gesetzgebung. Eigentümlich dabei ist, dass an der alten Form, wonach der Senat nicht befiehlt, sondern nur meint, rät und empfiehlt (*censet, videtur, placet*), stets festgehalten wurde.

Der Gedanke ist dem Verhältnis zwischen Senat und Beamten in dieser Zeit entsprechend: dem Konsul oder Prätor wird eine Anweisung erteilt, der er nachzukommen hat. Das kann unmittelbar und abstrakt geschehen: *usura non esse exigenda*²⁰⁵; *permittendum nundinas habere; quae indicata sunt rata maneant*. Aber es kann dem Beamten auch überlassen bleiben, wie er das vom Senat vorgezeichnete Ziel erreichen will; dann bedarf es regelmäßig noch einer Ausführungsverordnung²⁰⁶. In beiden Fällen pflegt der Senat gewissermaßen als Anleitung für die Beamten seinen Beschluss zu begründen.

Die Senatsbeschlüsse werden jetzt in der juristischen Sprache ähnlich wie die Gesetze nach dem Namen oder Zunamen des Antragstellers genannt; nur das *Sc. Macedonianum* macht eine Ausnahme. Auch der Kaiser kann aufgrund seines *ius referendi ad Senatum* Anträge stellen. Er begründet dann wie jeder andere Beamte seinen Vorschlag mit einem Vortrage (*oratio principis*). Häufig stellt er den Antrag schriftlich und lässt ihn durch einen Vertreter (einen Quästor) verlesen. Begreiflich wird der Antrag regelmäßig zum Beschluss erhoben (*Sc. auctore principe factum*). Formell geschieht das anscheinend in der Weise, dass die *oratio* in den Senatsbeschluss aufgenommen wird. So ist es erklärlich, dass die Juristen die *oratio*, die ja für die Auslegung Gesichtspunkte enthielt²⁰⁷, häufig statt des Senatsbeschlusses anführen. Ferner aber musste die *oratio*, je nach dem Charakter des Kaisers, einen höflichen oder befehlenden Ton annehmen²⁰⁸. Dass die Kaiser seit Hadrian die ausschließende Befugnis zu Anträgen im Senat hatten, wird sich nicht behaupten lassen; sie haben das *ius quintae relationis*, d. h. sie dürfen in jeder Sitzung bis zu fünf Anträge einbringen; aber auch andere brachten welche ein²⁰⁹.

Dem Inhalt nach beschränkte sich die Gesetzgebung dieser Zeit durch *leges, senatusconsulta, orationes* auf wenige Gebiete des Privatrechts. Der Schwerpunkt der Rechtsbildung lag eben in der Rechtswissenschaft und Praxis. Jene Gebiete sind zunächst die, welche Augustus bei seiner Überführung der Republik in die Monarchie neu geordnet hatte, nämlich Strafrecht //plus// Straf- und Zivilprozess; das Recht der Freilassungen und der Freigelassenen (dadurch sollte der Vermehrung des schwer zu bändigen freien Proletariats in Rom entgegengetreten werden); und namentlich das Ehe-recht, bei dem Augustus in den beiden *leges Iulia* und *Papia Poppaea* der eingerissenen Sitten-, Ehe- und Kinderlosigkeit einen Damm entgegenzusetzen versuchte.

Was das prätorische Edikt betrifft, so stand es bereits am Ende der Republik als etwas inhaltlich Abgeschlossenes neben dem Zivilrecht. //Dann wurde durch die neue Verfassung die unabhängige Stellung des Prätors insofern beeinträchtigt, als der Senat mit selbstständiger Initiative ausgestaltet wurde und daher den Beamten rechtlich übergeordnet war//. Öfters stellen die Senatskonsulte nur einen rechtlichen Grundsatz auf und überlassen es dem Prätor, ihn durch Anordnungen und Edikte nach seinem freien Ermessen praktisch durchzuführen. So werden z. B. beim *Sc. Velleianum* die Prätores aufgefordert, darauf zu achten, *‘ut in ea re senatus voluntas servetur’*. Ebenso werden durch andere *senatusconsulta* (*Maced., Trebell.*) den Prätores Vorschriften über ihre Rechtspflege, über Gewährung und Versagung von Klagen gegeben und dadurch wird mittelbar der Inhalt des prätorischen Edikts mitbestimmt. Hieran knüpfte der Kaiser Hadrian. Es war die Zeit gekommen, den Prätores den gesamten Inhalt ihres Edikts vorzuschreiben, ihn für die Beamten endgültig festzustellen und dieselben verfas-sungsrechtlich zur Verkündung eines so gestalteten Edikts zu verpflichten²¹⁰.

²⁰⁵) 5 *Sc. Invent.*

²⁰⁶) § 38.

²⁰⁷) D. 5.3.22; c. *Tanta* § 18.

²⁰⁸) *Severus* D. 27.9.1.1.

²⁰⁹) *V. Marci* 10; *Pertinacis* 9.

²¹⁰) Sohen, § 17 [?].

24. Die Rechtswissenschaft unter dem Prinzipat²¹¹

Die Rechtswissenschaft baut unter den Kaisern im Allgemeinen auf den geistigen Grundlagen weiter auf, die in der Republik gelegt worden sind. Gleich zu Beginn der Kaiserzeit indes treten zwei tiefgreifende Veränderungen ein, die die ganze fernere Entwicklung bis auf die Gegenwart bedeutungsvoll beeinflusst haben. Dies ist die Verleihung des *ius respondendi* an gewisse Juristen und die Entstehung der beiden Rechtsschulen.

Stoff, mit dem sich die Rechtswissenschaft zu beschäftigen hatte, war durch den Prinzipat nicht verändert worden. Das alte Recht galt weiter und die Stellung des *princeps* war, wie schon erwähnt, zum Teil im geltenden Staatsrecht begründet und zum anderen Teil politischer Natur, also nicht geeignet, einen Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Betrachtung zu bilden. Daraus erklärt es sich, dass die Juristen, gestützt auf die Würde, die ihnen ihre Wissenschaft und das Vertrauen ihrer Mitbürger verlieh, unbedenklich auch dem Kaiser entgegentraten. Dies wird insbesondere von *M. Antistius Labeo* berichtet, der gegenüber dem Kaiser ungescheut Gesetz, Recht und die Freiheit der Entscheidung vertrat, z. B. bei der EntschlieÙung darüber, wer im Senat bei der Durchführung der Reform des Augustus zu verbleiben habe. Es ist dies der erste Fall des «Männerstolzes vor Königsthronen», wo in der Geschichte der Menschheit der qualifizierte Jurist als solcher und als der eigentliche Träger der Rechtsordnung in der menschlichen Gesellschaft auftritt und diese seine soziale Aufgabe unter Einsatz der eigenen Persönlichkeit durchführt. Doch ist dies nur eine, und zwar die für die rechtsgeschichtliche Betrachtung weniger wesentliche Seite der Bedeutung der Rechtswissenschaft unter dem Prinzipat. Für die Stellung des Juristenstandes nach außen und für seine Bedeutung innerhalb der römischen Rechtsbildung des Prinzipats ist vielmehr entscheidend, wie er zu der neu aufgekommenen Gewalt des Prinzipats in Beziehung gesetzt wird. Der Vorgang, begreiflicherweise unendlich oft dargestellt, ist trotzdem noch nicht vollkommen aufgeklärt. Wir können aber sagen, dass die Entwicklung einem bestimmten Ziel zustrebt, es ist dies die Vereinigung aller organisierten Rechtsbildung in der Person des Staatsoberhauptes, des Prinzipats. Dies gilt nicht bloß für die Rechtswissenschaft, es gilt mit gewissen Abwandlungen – wie wir gesehen //haben// – auch für das damit zusammenhängende prätorische Edikt.

Die Entwicklung der Rechtswissenschaft setzt damit ein, dass schon Augustus hervorragenden Juristen das Recht verlieh, *respondere ex auctoritate principis*; so nennt es Pomponius in seiner Darstellung der römischen Rechtsgeschichte²¹². Versucht man, sich darüber klar zu werden, was dieser Ausdruck bedeutet und welcher geistige Inhalt darin liegt, so ist von dem oben als politisch dargestellten Begriff der *auctoritas principis* auszugehen²¹³. Es liegt also darin, dass die derart ausgezeichneten Juristen ihre Rechtsbescheide (*responsa*) unter Berufung auf die dem Kaiser zukommende *auctoritas* erteilen, genauer, dass der Kaiser durch die Verleihung dieses Rechts erklärt, mit seiner *auctoritas*, also mit seiner politischen Stellung, die im *responsum* zum Ausdruck gelangende Rechtsansicht decken zu wollen. Der Jurist nimmt an der *auctoritas principis*, der Grundlage der damaligen staatlichen Verhältnisse teil, andererseits wird er mit seiner Tätigkeit in dieser neuen staatlichen Ordnung verankert. Denn gewiss hat kein Jurist, der sich nicht auf den Boden der neuen politischen Verhältnisse stellen wollte oder dies nicht vermochte, das *ius respondendi* erlangen können. Man darf sagen, dass damit der Kaiser als Oberhaupt und zugleich als das erste Organ der neuen politischen Organisation dem Juristen eine amtsähnliche Funktion in der damaligen gesellschaftlichen Ordnung verlieh und ihn derart in die politische Ordnung eingliederte. Dies mag auch für den *princeps* insofern von Bedeutung gewesen sein, als er durch die Möglichkeit, die Juristen mit dem *ius respondendi* auszuzeichnen, deren Opposition gegen die neue Ordnung der Dinge einzuschränken vermochte.

²¹¹) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «20.- 21. Vorlesung, den 1.-2. Dezember 1937».]

²¹²) D. 1.2.2.49.

²¹³) F. SCHULZ, *Prinz.*, S. 125 ff.

Das *respondere*, das ursprünglich eine rein gesellschaftliche Funktion //dargestellt hatte//, wird nun zu einer politischen, wenn schon nicht zu einer amtlichen.

Ius respondendi ex auctoritate principis //ist also// nicht so zu denken, als ob den nichtpatentierten Juristen das Gutachtenrecht entzogen worden wäre; es ist kein Vorrecht, um das man sich, wie etwa um das Dreikinderrecht, beim Kaiser bewerben konnte, sondern eine Auszeichnung für verdiente Rechtskenner. Dies scheint, //nach einer nicht einhellig zu interpretierenden// Stelle des Pomponius²¹⁴, die Meinung des Kaisers Hadrian gewesen zu sein. Tatsächlich aber entstanden allerdings zwei Schichten von Juristen. Denn nur den Responsen der patentierten wird jene besondere Autorität eingeräumt. Mit Rücksicht darauf werden die Gutachten nicht mehr mündlich erteilt oder in einem Briefe an den Richter, sondern versiegelt (*signata*), d. h. im verschlossenen Diptychon, der Partei übergeben (der Inhalt des Gutachtens war jedenfalls auf der Außenseite wiederholt, der Partei also bekannt). Begründet brauchten die Gutachten nicht zu sein. Sie enthielten aber immer eine gedrängte Darstellung des Sachverhalts; denn hier wie bei den Kaiserreskripten ist die Wahrheit des Vortrags Voraussetzung für die Wirksamkeit der Entscheidung. Die Bedeutung des Privilegs dürfte zunächst nur in einer Erhöhung der tatsächlichen Autorität des Gutachtens bestanden haben.

Was mit der Errichtung gemeint war, wird klar, wenn man erwägt, dass schon die republikanische Rechtswissenschaft²¹⁵ das Juristenrecht als Quelle des *ius civile* bezeichnete und in diesem Zusammenhang von der *auctoritas* der Rechtsgelehrten sprach; damit war aber die *auctoritas* gemeint, die dem Ausspruch des Juristen kraft seiner inneren Richtigkeit und des persönlichen Ansehens seines Urhebers zukam. Mit dem eben Gesagten stimmt es gut überein, dass Kaiser Augustus das *ius respondendi* nur an Personen senatorischen Standes verlieh, weil von dort in erster Reihe eine Gegnerschaft zu erwarten war. Die erste Ausnahme erfolgte durch die Verleihung an *Masurius Sabinus* unter Kaiser Tiberius.

Mit der '*auctoritas principum*' musste auch die Autorität der Responsen steigen und sich bald in eine rechtliche wandeln, derart, dass der römische Volksrichter an das *responsum* gebunden war, ähnlich wie der englische an die Rechtsbelehrung des «judge». Auch musste die natürliche Entwicklung der Dinge dahin führen, dass die Geltung des einmal erstatteten Respons nicht auf den einzelnen Prozess beschränkt blieb, man sich vielmehr auch in anderen Prozessen darauf berufen konnte und berief; dass ferner die Autorität, die die Responsen der privilegierten Juristen genossen, sich auch auf ihre sonst irgendwie geäußerten Meinungen übertrug und dass zwischen den lebenden und verstorbenen Juristen kein Unterschied gemacht wurde. Das Schlüsselergebnis musste sein, dass, wo und wie immer sich eine *communis opinio* unter den Privilegierten gebildet hatte, der Richter daran gebunden war, und nur, wo ihre Ansichten sich widersprachen, freie Hand behielt. Eben dies wird dann bei Gaius²¹⁶ berichtet als der Rechtszustand seiner Zeit: Gaius weiß zu berichten, dass Kaiser Hadrian, unter dem auch das Edikt festgelegt wurde, reskribiert habe, dass die übereinstimmende Ansicht der Juristen (oder ihrer Rechtsentscheide) gesetzesgleiche Geltung zu genießen habe; gehen die Ansichten der Juristen (oder ihrer Rechtsentscheide) auseinander, so entscheidet der Richter nach freiem Ermessen. Es ist indes nicht unwahrscheinlich, dass es sich hier um ein nachklassisches Einschleusen im Gaiustext handelt. Demgegenüber fällt es nicht ins Gewicht, dass sich der Jurist mit aller Bestimmtheit auf die Verordnung Hadrians beruft, wenn wir wissen, dass bis zum Ende des 3. Jahrhunderts vor Gericht niemals Juristenschriften als Entscheidungsgrundlage vorgebracht wurden, wie dies der Gaiustext voraussetzt, sondern immer nur kaiserliche Verordnungen. Dies ist der Vorgang der *recitatio*, d. h. des ausdrücklichen Vortrages der in Betracht kommenden Rechtsquelle durch die Partei; dieser Vorgang erklärt sich daraus, dass der antike Richter zu seinem Amt auch ohne Nachweis juristischer Kenntnisse gelangen konnte, und geht bereits auf das Vorbild des griechischen Prozesses zurück bei Demosthenes und den anderen Vertretern der attischen Bered-

²¹⁴) S. oben, Anm. 212.

²¹⁵) Cicero, *top.* 5.28.

²¹⁶) Gai., *inst.* 1.7.

samkeit. Trotzdem enthält die oben erwähnte, im Gaiustext zutage tretende Anschauung, die dem 3. oder 4. Jahrhundert zuzuschreiben ist, insofern einen richtigen Kern, als tatsächlich von Hadrian, aus Anlass der Neufassung des prätorischen Edikts, eine Verfügung darüber getroffen wurde, wie Rechtslücken auszufüllen sind. Wir erfahren von dieser Verfügung aus dem Einführungsgesetz Justinians zu seinen Digesten²¹⁷. Während nämlich bis dahin der Magistrat nach der republikanischen *lex Cornelia* (J. 67 v. Chr.) an sein Jurisdiktionsedikt gebunden war, wird nunmehr durch den Senat auf Antrag des Kaisers bestimmt, dass der Gerichtsmagistrat etwaige Lücken schöpferisch auszufüllen habe. Inhaltlich bedeutet dies eine Steigerung der Bedeutung der Rechtswissenschaft, die, wie schon bemerkt, im kaiserlichen Konsilium, d. h. in der Mitgliedschaft dieser obersten Rechtsprechungsstelle einen ihrer Mittelpunkte fand.

Tatsächlich setzt mit der Regierung Hadrians eine verstärkte juristische Schriftstellerei ein, vornehmlich in der Richtung auf das Edikt (*libri ad edictum*). Doch kann dies seinen Grund auch darin haben, dass erst jetzt der Text des Edikts vollkommen feststand; erst mit diesem Zeitpunkt eignete er sich zum Gegenstand einer literarischen Bearbeitung, die naturgemäß unmöglich war, wenn die ihr zugrunde liegende Rechtsquelle alljährlich neu geändert werden konnte.

Es wäre auch denkbar, dass durch die hadrianische Ediktsredaktion und die damit zusammenhängenden Maßregeln der bis dahin bestandene Gegensatz der beiden Rechtsschulen seiner allmählichen Beilegung zugeführt würde. Diese beiden Rechtsschulen gehen auf den Gegensatz zwischen dem oben erwähnten *M. Antistius Labeo* und einem anderen Juristen, *C. Ateius Capito*, zurück: dieser war ein überzeugter Anhänger des Prinzipats, dessen öffentliche Rechtsordnung er allem Anschein nach durch eine staatsrechtliche Schrift (die '*Coniectanea*') verteidigte, ohne übrigens im Gegensatz zu Labeo bei der Nachwelt besondere Anerkennung zu finden. Die beiden Rechtsschulen heißen indes nicht nach den Schulhäuptern, sondern die auf Labeo zurückgehende nennt sich die der Proculianer, die andere Sabinianer oder Cassianer. Der erwähnte Umstand bildet einen Anhaltspunkt dafür, dass der persönliche Gegensatz zwischen Labeo und Capito allein noch nicht schulbildend gewirkt hat, sondern dass die Rechtsschulen, die uns in unserer Überlieferung mit aller Bestimmtheit entgegentreten²¹⁸, eine spätere Bildung darstellen und dass ein wirklicher schulmäßiger Zusammenhang im Sinn einer geistigen Gemeinschaft unter den einzelnen in Betracht kommenden Persönlichkeiten gar nicht bestanden hat. Jede der beiden Rechtsschulen beruft sich bloß auf die beiden bedeutenden Juristen der Kaiserzeit als ihre Schulhäupter und Wegbereiter, wie dies bereits der erwähnte *Pomponius*²¹⁹ tut. Insbesondere die Sabinianer gehen wohl auf eine Gründung des *Masurius Sabinus* zurück, dem, wie schon bemerkt, vom Kaiser Tiberius das *ius respondendi* verliehen wurde, obwohl er nicht dem Senatoren-, sondern dem Ritterstand angehörte. Besonders wichtig wurden seine *libri iuris civilis*; das Werk, anscheinend ein kurz gefasster Abriss, musste als vortreffliche Leistung gegolten haben, weil die spätere Schriftstellerei zum *ius civile* sich als bloße Erläuterung dieses Werks darstellt (*libri ad Sabinum*). Die Systematik beruht auf der Voranstellung des Erbrechts, und zwar, römischer Auffassung entsprechend, des Testamentes. Gegenüber diesem Werk trat das ältere Buch des *Mucius Scaevola* stark zurück. Der Name Cassiani für die Sabinianer kommt von den Juristen *C. Cassius Longinus*, der mütterlicherseits ein Abkömmling des berühmten republikanischen Juristen *Servius Sulpicius Rufus* war. Auch er schrieb ein Werk über das Zivilrecht.

Wie bemerkt, ist der Gegensatz der beiden Rechtsschulen nicht persönlich zu nehmen, auch Unterschiede in der Weltanschauung und in der geistigen Einstellung scheinen nicht zugrunde gelegen zu haben. Ein Beispiel dafür, wie sich dieser Gegensatz in der Betrachtungsweise auswirkt, bildet die Darstellung der Spezifikation bei Gai., *inst.* 2.79.

Die einzelnen Juristen sind in unserer Überlieferung vielfach nur Verfasser von Schriftwerken. Die literarhistorischen Individualitäten sind uns meistens unbekannt. Näheres können wir eigentlich

²¹⁷) *Constitutio Tanta*, § 18.

²¹⁸) Zum B. '*diversae scholae auctores*' bei Gai., *inst.* 4.78.

²¹⁹) D. 1.2.2.47.

nur über *Julianus*, *Gaius*, *Papinianus*, *Paulus* und *Ulpianus* aussagen. Aber vorläufig müssen wir das Feld von einigen falschen Behauptungen räumen, die gerade in Deutschland einen unverdienten Kredit gefunden haben und die sich in einer Art Verleumdung des römischen Rechts ausgewirkt haben.

Es handelt sich um folgende Bemerkungen, die sich in einem bekannten Buch finden: ich meine O. Spenglers *Untergang des Abendlandes*: ein in der Tat merkwürdiges²²⁰ Buch, wo sich, neben gewissen geistreichen Aperçus auf dem Gebiet der Kunstgeschichte auch manche andere sonderbare Vermutungen finden, die den Laien und Dilettanten verraten: so besonders im 2. Band, der den pompösen Titel «*Welthistorische Perspektiven*» trägt und vornehmlich die Rechts- und Staatsgeschichte behandelt. Da lesen wir folgende erstaunliche Behauptungen, die nur bei der felsenfesten Unwissenheit des Durchschnittslesers haben Glauben finden können²²¹.

Diese Behauptungen, die nicht auf ernstem Quellenstudium beruhen, stellen die Wahrheit auf den Kopf²²². Am Anfang des 3. Jahrhunderts gewinnt freilich der Osten auf bestimmten Gebieten, namentlich auf dem religiösen, an Einfluss im Kulturraum des Westens. Aber das Recht, die ureigenste Schöpfung des römisch-italischen Geistes, leistet Widerstand: von einer östlichen Beeinflussung des römischen Reichsrechts ist damals noch nichts zu spüren. Was die genannten Juristen betrifft, und zunächst den *Julianus*, so kennen wir seine amtliche Laufbahn aufgrund einer in einem Dorf in der Nähe der afrikanischen Stadt *Hadrumetum* gefundenen Inschrift. Hier wird als Beginn der senatorischen Laufbahn die Stellung eines *decemvir stl. iudic.* und dann die Quästur bei Kaiser Hadrian, also in dessen persönlicher Umgebung, angegeben. In dieser Eigenschaft scheint er durch das Vertrauen des Princeps dazu berufen, die Redaktion des Edikts vorgenommen zu haben. Später war er noch *trib. pl.* und Prätor, auch Konsul (J. 148), dann Prokonsul in Afrika und Statthalter der kaiserlichen Provinz *Germania inferior*. Sein Hauptwerk sind seine *Digesten*, das wie kaum ein anderes Werk für die spätere Rechtswissenschaft maßgebend geworden ist. Es umfasst 90 Bücher und folgte in den ersten 58 der Reihenfolge des prätorischen Edikts. Also es handelt sich wesentlich um einen Ediktskommentar, der sich von den anderen Werken dieser Art dadurch unterschieden zu haben scheint, dass er nicht an die einzelnen Worte und Wendungen des Edikts anknüpfte, sondern mehr systematisch gehalten war. Wahrscheinlich war dieses Werk durch die Redaktion des Edikts hervorgehoben; es entspricht durchaus den Erfahrungen bei der Abfassung moderner Gesetze, wenn man hört, dass die zur Entscheidung berufenen Behörden //sich// direkt an den Verfasser wenden²²³; und es gehört zur Kenntnis von dessen Persönlichkeit, dass er keinen Anstand daran nimmt, gelegentlich zu erklären, dass ganze Abschnitte des Edikts mangelhaft gefasst seien: merkwürdige Selbstkritik²²⁴.

Papinianus lebte um das Jahr 200 n. Chr. Von seinem Lebenslauf wissen wir, dass er durch den Juristen *Cervidius Scaevola* gemeinsam mit dem späteren Kaiser Septimius Severus ausgebildet wurde. Auf ihn gehen 37 Bücher *Quaestiones* und 19 Bücher *Responsa* zurück²²⁵. Dass er aus Syrien stammt, erschließt man allein aus einer Notiz der *Historia Augusta*²²⁶: ‘*Papinianum amicissimum fuisse imperatori Severo, ut aliqui loquuntur, ad finem etiam per secundam uxorem, memoriae traditur*’, also mitverschwägert durch die zweite Ehefrau, die freilich Aramäerin war. //Die Notiz ist also// nicht //genug// zuverlässig. Später war *Papinianus* Vorsteher der Kanzlei *a libellis* und *praefectus praetorio*: dieses Amt bildet seit Hadrian die oberste Justizstelle. Der Kaiser Caracalla entließ ihn gleich nach seinem Regierungsantritt und ließ ihn hinrichten (im Jahr 212), weil er ein Eintreten für den Mord von dessen Bruder *Geta* abgelehnt hatte. Durch dieses mannhafte Auftreten für Pflicht und Recht bekräftigte *Papinianus* als

²²⁰) [Ndc.: Betti aveva scritto e poi cancellato «aber auch wunderliches»!]

²²¹) O. SPENGLER, *Untergang des Abendlandes*, 2. Band, S. 78; S. 82 fg.; S. 83 a.E.

²²²) GENZMER, SCHULZ.

²²³) D. 40.7.5.

²²⁴) D. 37.5.6 (lib. 23 fr.372).

²²⁵) G. WEISS, 120.

²²⁶) *Historia Augusta*, *Carac.* 8.

Blutzeuge eine vor Jahren getane Äußerung²²⁷. Diese Äußerung hat nun in unseren Augen einen unendlich viel bezeichnenderen Wert als das zweifelhafte Zeugnis der *Historia Augusta*. Sie stellt den Urheber als einen *constantissimus* vir, als einen ganzen Mann dar, als einen Mann, dessen innere Form in der römischen Erziehung und im römischen Selbstverantwortungsgefühl verankert war. Dem gegenüber hat die Frage seiner Abstammung eine ganz untergeordnete Bedeutung, falls er blutmäßig nur Italiker gewesen //sein// sollte. Man soll eben bei solchen Diagnosen des Lebensstils eines Menschen einen Beurteilungsmaßstab anwenden, der auf die Fülle des Ethos und nicht, oder nicht notwendig, auf die Reinheit des Blutes berechnet ist. Übrigens versteht es sich von selbst, dass bei der kulturelle Durchdringung der östlichen Reichshälfte es für das römisch-italische Volkstum nicht ohne Berührungen und Blutsvermischungen zugehen konnte. Aber es wäre ebenso wenig richtig, daraus auf eine Aramäisierung des italischen Volkstums zu schließen, wie z. B. bei den mittelalterlichen Ansiedlungen der Deutschen im slawischen Osten auf deren Slawisierung oder bei der englischen Eroberung Südafrikas auf eine Holländisierung der Engländer.

Beide Darstellungen²²⁸ (*responsa* und *quaestiones*) sind gleichartig angelegt, d. h. zunächst im Anschluss an das prätorische Edikt, dann an die Rechtsquellen des *ius civile*. Bei beiden geht die Ausführung von einem konkreten Fall aus, ist aber reichlich durch Anführungen älterer Schriftsteller gestützt. Außerdem gibt es ein kurz gefasstes Werk – *definitiones* – und zwei monographische Abhandlungen. Klassisch ist bei ihm die Kunst der Darstellung, die Genauigkeit in der Wiedergabe des Tatbestandes, die Sicherheit der juristischen Diagnose und der Rechtsanschauung, das Verständnis für die praktische Auswirkung der Entscheidung: alles Eigenschaften, die ihn als den genialsten Praktiker unter den römischen Juristen kennzeichnen, wenn er auch andererseits, in rechtspolitischer Hinsicht, weniger schöpferisch als frühere Juristen, wie *Celsus* und *Iulianus*, erscheint.

Zu den Leistungen Papinians gehört auch die Heranbildung zweier bedeutender Juristen, des *Domitius Ulpianus* und des *Iulius Paulus*, die während seiner richterlichen Tätigkeit bei ihm zunächst als *assessores* tätig waren²²⁹. Diese beiden sind für uns die wichtigsten Quellen der Erkenntnis des römischen Rechts, denn von Ulpian rührt etwa ein Drittel, von Paulus ein Sechstel der *Digesten* Justinians her. Ulpian rühmt sich nicht – wie Spengler //dagegen// behauptet – «Phöniker» zu sein: er erklärt²³⁰ lediglich, dass er aus Tyros stamme (*Tyriorum colonia, unde mihi origo est*). Wenn daraus folgen soll, dass er ein Phöniker war, so sollte umgekehrt der Apostel *Paulus* ein Grieche oder Römer gewesen sein, weil er aus der griechisch-römischen Stadt Tarsos stammt. Doch, so gut es in Tarsos jüdische Kolonisten gab, so gab es in Tyros römische Kolonisten! Die Hauptsache ist aber, dass es gerade bei Ulpian immer unmöglich sein wird, in seiner Methode und in den von ihm vorgetragenen Lehren etwas Östliches zu finden, ebenso unmöglich wie bei Papinian. Ähnlich wie viele aus Afrika stammende Römer gehört Ulpian zu jenen offenbar recht zahlreichen Talenten römischer Herkunft, die aus den Provinzen stammend, nach Rom zurückströmten. Seine Laufbahn beruht anscheinend auf der persönlichen Beziehung zu den damals durch die Gunst des Kaisers *Septimius Severus* sehr einflussreichen Papinian, dem damaligen *praefectus praetorio*: er war eben sein *assessor*. Nachher verbannt, kehrte er unter dem Kaiser Alexander Severus (J. 22-235) zurück und wurde sofort zum *praefectus annonae* und Mitglied des kaiserlichen *consilium* ernannt, um schließlich *praefectus praetorio*, also Vorsteher der obersten Justizstelle zu werden. Er starb im Jahr 228 als Opfer eines militärisch-politischen Konfliktes. Seine wichtigsten Werke sind ein großer Kommentar *ad edictum* (81 B.) und eine Darstellung des *ius civile* (*libri ad Sabinum*). Aus den zahlreichen Einzelschriften sind Kommentare zu Gesetzen der ersten Kaiserzeit hervorzuheben; ebenso Abhandlungen über die damaligen Magistraturen und kaiserlichen Beamten. Er soll auch ein Institutionenlehrbuch in zwei Büchern verfasst haben (Bruchstücke davon in der Wiener Hofbibliothek). Dagegen gehört wahrscheinlich der ihm

²²⁷) D. 28.7.15.

²²⁸) [Ndc.: nel dattiloscritto è qui che viene indicato l'inizio della ventunesima lezione.]

²²⁹) Paul. D. 12.1.40.

²³⁰) D. 50.15.1.pr..

zugeschriebene *liber singularis regularum*²³¹ nicht ihm, sondern er ist ein nachklassisches Werk und geht anscheinend auf Gaius' *Institutionen* zurück (hierüber in einer Übung). Das gleiche gilt von den ihm zugeschriebenen *regulae* und *opiniones*. Übrigens hat Ulpian in weitem Umfang ältere Schriftsteller abgeschrieben und er war eher bestrebt, eine abgerundete Darstellung des bisher Gewonnenen als eigentlich neue Erörterungen darzubieten. Eben dieser Umstand kann seine stärkere Heranziehung bei der Justinianischen Kompilation erklären.

Auch die Laufbahn des *Paulus* begann in der Umgebung Papinians, dem er vielleicht dadurch näher trat, dass auch er Schüler des *Cervidius Scaevola* war: er wurde dessen *assessor*, als Papinian *praefectus praetorio* war; und später saß er mit ihm im Staatsrat. Unter *Alexander Severus* wurde er zum *praefectus praetorio* ernannt. Er dürfte ein besonders fruchtbarer Schriftsteller gewesen sein. Er war ebenfalls in den römischen Rechtsgeist hineingewachsen. Auch er schrieb einen großen Kommentar zum Edikt und ein Werk *ad Sabinum* (13 Bücher), außerdem aber *responsa* und *quaestiones*, ferner Kommentare zu einzelnen Gesetzes- und Senatsbeschlüssen und Institutionen in 2 Büchern. Er veranstaltete auch Ausgaben von Schriften älterer Juristen und Erläuterungsschriften kritischen Inhalts (*notae*), z. B. zu Papinianus. Nachklassischer Herkunft sind die ihm zugeschriebenen *Sententiae*. Gegenüber Ulpian erscheint Paulus als origineller, schon deswegen, weil er nicht so viel aus dem älteren Schrifttum anführt. Mit Unrecht wurde er von Jhering als allzu konstruktiv gerichtet und spitzfindig beurteilt; zwar hebt er mehr als Andere das subjektive Tatbestandsmoment hervor (Besitz); aber über das Verhältnis von Regel und Einzelercheinung hat er sich mit besonderer Klarheit ausgesprochen²³².

Neuere Rechtshistoriker haben den wissenschaftlichen und systematischen Blick der römischen Juristen des Prinzipats in Frage gestellt, während ältere Rechtshistoriker in ihnen den unerreichten Gipfel der Rechtswissenschaft erblickt hatten. Meines Erachtens sind hier verschiedene Fragenkomplexe auseinander zu halten. Einerseits besteht zwischen den Juristen des Prinzipats und denjenigen der Republik eine ununterbrochene geschichtliche Kontinuität, derart, dass beide Juristenreihen, die beide als Klassiker zu bezeichnen sind, dieselbe innere Form und Denkart, dieselbe geistige Grundeinstellung des römisch-italischen Menschen in seiner ausgesprochenen juristischen Begabung aufweisen. An dieser Grundtatsache, die von O. Spengler vollkommen übersehen wurde, ist festzuhalten, wie immer auch die Frage nach der blutmäßigen Herkunft der letzten Ausläufer zu entscheiden sein sollte. Unsere Kenntnis des echt römischen (d. h. des klassischen) Rechts beruht im wesentlichen auf dem, was wir von den Juristenschriften aus der Zeit des Prinzipats vornehmlich durch die *Digesten* Justinians und die westgotische Kodifikation wissen, wo das Juristenrecht überliefert ist. Also kann der Wert dieser Schriften für unsere Kenntnis des römischen Rechtsgeistes nicht hoch genug veranschlagt werden. Eine andere Frage – die gesondert zu halten ist – ist diejenige nach der Bedeutung der klassischen Juristen unter dem Prinzipat gegenüber denjenigen der Republik. Natürlich haben sie – der Zeitlage und der persönlichen Begabung gemäß – einen in vielfacher Hinsicht verschiedenen Beitrag zur weiteren Rechtsbildung geleistet; also ist auch das Maß ihres Verdienstes verschieden abgestuft. Nun, die eigentlichen Grundlagen des klassisch-römischen Rechts waren schon in republikanischer Zeit gelegt worden: die Juristen aus der Zeit des Prinzipats sind über sie nicht wesentlich hinausgekommen und konnten auch nicht über sie hinauskommen. Das ererbte Gedankengut haben sie jedoch bewahrt und zur vollendeten Entfaltung gebracht. Dabei ist das Verdienst jener Juristen größer, die – wie *M. Antistius Labeo*, *Juventius Celsus* und *Salvius Iulianus* – mit der Aufbauarbeit begonnen haben: an schöpferischer Kraft und Reichtum von rechtspolitischen Gesichtspunkten übertreffen sie alle anderen. Aber auch die Arbeit der Späteren, die //sich// vornehmlich mit der Entscheidung einer bestimmten Sachlage befasst haben – besonders des *Aemilius Papinianus* – stellt einen bedeutenden geistigen Fortschritt dar: denn dabei muss, um zu einem gerechten Ausgleich zu gelangen, der typische Charakter der Sachlage und des dabei waltenden Interessengegensatzes selbst erst erkannt und durchschaut werden.

²³¹) Vgl. *Tituli ex corpore Ulpiani*.

²³²) D. 50.17.1.

Zu den Rechtsquellen gehören die Verordnungen des Prinzeps²³³:

- a) *edicta* (Ergänzung des *edictum perpetuum* und authentische Auslegung von Gesetzen),
- b) *mandata* (Dienstanweisungen an Beamte, etwa Statthalter), und außerdem *constitutiones* für den Einzelfall,
- c) *decreta* (Prozessentscheidungen),
- d) *rescripta* auf Anfrage eines Beamten (*relatio, suggestio*) oder, seit Hadrian, auf die Bittschrift einer Partei hin (*supplementum*).

25. Geltung und Anwendung des römischen Privatrechts im römischen Weltreich²³⁴

Sie kommt bei der Rechtsstellung der verschiedenen Reichsangehörigen zum Vorschein. Betreffs der Rechtsstellung der Reichsangehörigen gilt nach wie vor das Personalitätsprinzip, d. h. es wird im Allgemeinen jeder Reichsangehörige nach dem Recht beurteilt, dem er nach seiner Geburt angehört. Insbesondere gelten grundsätzlich die römischen Privatrechtsgesetze nur für die römischen Bürger; doch sind Ausnahmen vorbehalten. Daher gilt für den Ägypter ägyptisches Recht, für den Athener attisches, für den Spartaner spartanisches Recht. Merkwürdigerweise taucht nun aber eben zur Zeit des Augustus ein eigener umfassender Rechtskreis der Hellenen auf, während man bis dahin überwiegend nur von Athenern, Lakedämoniern usw. gesprochen zu haben scheint. Dies hängt wohl damit zusammen, dass man einerseits auch unter den Römern den Zusammenhang der Rechte der einzelnen griechischen Gemeinden untereinander erkannte, andererseits im Griechentum den Träger einer überragenden geistigen Kultur dankbar anerkannte, eine Auffassung, von der man sich in späteren Perioden der Weltgeschichte frei gemacht hat. Von dieser Auffassung ausgehend genießen die Griechen in jeder Beziehung Autonomie; und der Hellene bleibt auch dann Angehöriger dieses griechischen Rechtskreises, wenn er das römische Bürgerrecht erhält. Er darf dann z. B. in Kyrene wegen der Tötung eines Griechen Anklage erheben, wenn die sonstigen Voraussetzungen dafür gegeben sind, also wenn es sich um einen Verwandten oder einen Angehörigen seines eigenen Bürgerstaats handelt. Die Verleihung des römischen Bürgerrechts ändert auch nichts an seiner Verpflichtung, zu den Zwecken der autonomen gemeindlichen Körperschaften (τὸ τῶν Ἑλλήνων σῶμα: *corpus Graecorum*) beizutragen. Man kann derart von einer zielbewussten Nationalitätenpolitik, insbesondere bei Augustus, sprechen.

Gewiss liegt in diesen Bestimmungen ein Zurückweichen des römischen Rechts vor dem Recht und der Rechtsstellung nicht-römischer Völker. Doch gibt es auf der anderen Seite auch ein Reichsrecht im formellen Sinn, d. h. Rechtssätze, die für alle Reichsangehörigen gelten, mit denen sich die römischen Behörden zu befassen haben, ganz gleichgültig, welcher Volkszugehörigkeit sie sind. So ist durch die *lex Aelia Sentia* Freilassung in Benachteiligungsabsicht den Gläubigern gegenüber für unwirksam erklärt worden. Dieses Gesetz stammt aus dem Jahr 4 n. Chr. und gilt nach dem erwähnten Grundsatz des Personalitätsprinzip nur für Römer. Aber durch einen Beschluss des römischen Senats unter Kaiser Hadrian, also mehr als 100 Jahre später, wurde diese Bestimmung des Gesetzes ausdrücklich auf die Peregrinen ausgedehnt; die Überlieferung²³⁵ hebt hervor, dass diese Ausdehnung für die anderen Bestimmungen des Gesetzes nicht gegolten hat. Dies ist sehr begreiflich, da diese anderen Bestimmungen, einen anderen Zweck verfolgen, nämlich den früheren Sklaven den Zutritt zu dem römischen Bürgerrecht zu erschweren.

Im Prozessrecht wenden die römischen Behörden ausschließlich römisches Recht an; so wird der Gedanke der Rechtskraft, der den anderen Rechten im römischen Reich, namentlich dem griechischen Recht, fremd war, zur Geltung gebracht; es darf also über die gleiche Angelegenheit

²³³) Gai., *inst.* 5; Pap. D. 1.1.7.pr.

²³⁴) [Ndc.: dal dattiloscritto originale si desume l'indicazione «22. Vorlesung, den 3. Dezember 1937».]

²³⁵) Gai., *inst.* 1.47.

nicht ein zweiter Prozess durchgeführt werden. In den Provinzen wird die Frage, ob nicht bereits in der gleichen Angelegenheit ein Urteil ergangen ist, von Amts wegen geprüft. Im Strafrecht bestehen die bisherigen Sonderrechte der einzelnen Rechtskreise fort und werden von den römischen Behörden geachtet. Aber die römischen Behörden haben das Recht der Überprüfung; ziemlich allgemein galt der Satz, dass die einheimischen Rechtsprechungsorgane ohne Bestätigung der römischen Behörden Todesurteile nicht zum Vollzug bringen können. So wird Jesus nach jüdischem Recht von den hohen Priestern verurteilt; aber der Prokurator *Pontius Pilatus* muss das Todesurteil bestätigen und durch römische Soldaten vollziehen lassen.

Ähnliches gilt auch für den Strafprozess. Wir sehen wie Augustus im ersten Edikt von Kyrene die Besetzung des Gerichts, auf die es damals in nationaler Beziehung außerordentlich, und zwar mit Recht, angekommen zu sein scheint, durch kaiserliche Verordnung in großmütiger Weise dahin ordnet, dass das Gericht in Prozessen gegen Griechen auf Antrag des Angeklagten zur Hälfte mit Griechen besetzt werden muss.

Außerdem ordnen die Römer, besonders durch die Edikte der Statthalter, vielfach einheimische Institutionen des Provinzialrechts genauer. Ein Beispiel bietet das Edikt des Präfekten von Ägypten *Mettius Rufus* über die ägyptischen Grundbücher, eine dem römischen Recht vollkommen undenkbare Einrichtung.

Auch die Gerichte bringen Grundsätze des römischen Rechts, die demgemäß nur für Römer Geltung beanspruchen können, auf Peregrine zur Anwendung. Das Gleiche gilt von den anscheinend manchmal romantisch gebildeten Schriftenverfassern, welche die Urkunden aufsetzen. Öfter ist freilich ihre juristische Bildung ebenso wie bei der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland recht unbefriedigend, so dass weder den Anforderungen des römischen, noch des einheimischen Rechts genügt wird.

Neben den erwähnten Erscheinungen, die auf eine Ausweitung des Geltungsbereichs der römischen Ordnungen nach außen deuten, setzt aber in den Provinzen auch eine bedeutungsvolle Veränderung im Inhalt des römischen Rechts ein. Es ist dies seine allmähliche *Hellenisierung*. Dies hängt damit zusammen, dass den Römern eine im Wesentlichen und namentlich in ihrer geistig führenden Schicht griechische Provinzialbevölkerung gegenüberstand, deren Rechtsanschauungen auch auf das römische Recht Einfluss gewannen. Wir bezeichnen diesen Kampf des überkommenen italischen Rechts mit dem hellenistischen und überhaupt das ganze Problem seit dem berühmten gleichnamigen Werk von Mitteis (1891)²³⁶ durch die Gegenüberstellung von «*Reichsrecht*» und «*Volksrecht*»; am besten vermögen wir die Beschaffenheit dieses Volksrechts aus den *Papyri* zu erkennen, das sind die größtenteils griechischen Urkunden auf Papyrus, die zum überwiegenden Teil in Ägypten gefunden worden sind. Wir sehen dort ein vornehmlich griechisches Recht vor uns, das allem Anschein nach gleichartig in den anderen Provinzen und überhaupt überall dort gegolten hat, wo Griechen wohnten, also vermutlich im ganzen östlichen Teil des Mittelmeerbeckens und dessen Randgebieten. Von den Römern wird es nach dem erwähnten Grundsätze des Personalitätsprinzips beachtet. Daneben gibt es aber auch noch z. B. in Ägypten *demotisches*, in Palästina *jüdisches Recht*, als das Recht der vorgriechischen, durch die Hellenisierung zurückgedrängte Bevölkerung; insbesondere gilt in Ägypten das von König Bokchoris im 8. Jahrhundert v. Chr. verfasste Gesetzbuch. Indem nun besonders die Neubürger – d. h. jene Personen, die erst jetzt das Bürgerrecht erhalten – einerseits dem römischen Recht unterstehen, andererseits von ihrer althergebrachten Rechtsübung nicht ablassen wollen, entsteht innerhalb des römischen Rechts der erwähnte Gegensatz zwischen Reichsrecht und Volksrecht. Es kommt vor, dass das römische Recht Gedanken //aus dem// Volksrecht übernimmt, insbesondere //aus dem// griechischen Recht; namentlich zeigt das Sklaven-, Familien- und Erbrecht der Römer griechische Einflüsse, und das Gleiche finden wir an mehreren //Stellen// des Rechts des Geschäftsverkehrs. Doch kommt es auch vor, dass das römische Recht im Endergebnis die Oberhand behält und erst in der

²³⁶) MITTEIS, vgl. oben, Anm 147.

Neuzeit auf die griechischen Rechtsgedanken zurückgegriffen wird. So bildet heute die Vormundschaft der Mutter die Regel²³⁷, während sie in den römischen Rechtsquellen bis zur christlichen Zeit gegen die Wünsche der Beteiligten stets abgelehnt wird, weil die Führung einer Vormundschaft nach römischer Anschauung Männersache ist. Natürlich ist der Einfluss der Provinzialrechte auf das römische Recht im Kernland, also in Italien, bedeutungslos oder jedenfalls schwächer als in den Provinzen.

Dieser Widerstand gegen das römische Recht musste sich bedeutend steigern, als durch die *Constitutio Antoniniana*, das Edikt des Kaisers Caracalla, eine starke Erweiterung des römischen Bürgerrechts ganz plötzlich vorgenommen wurde, die, wenngleich nicht ausnahmslos, alle freien Einwohner des Reichs mit dem römischen Bürgerrecht ausstattete (212 n. Chr.). Ulpian sagt²³⁸: *‘In orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt’*. Dieses Edikt ist uns auf Papyrus²³⁹ anscheinend erhalten und es scheint, dass nur die *peregrini dediticii* ausdrücklich von der Verleihung des Bürgerrechts ausgeschlossen waren. Wir haben den Zweck dieser kaiserlichen Verordnung wahrscheinlich nicht etwa darin zu erblicken, dass sie die Rechtseinheit herstellen wollte. Wie immer man nämlich die lückenhaft überlieferte Verordnung ergänzt und auslegt, so ist es doch mindestens sehr wahrscheinlich, dass trotz oder neben der Verleihung der römischen Rechtsbürgerschaft die bisherigen staatsrechtlichen Einheiten als Rechtsträger, also vor allem die Gemeinden in den Ländern mit Gemeindeverfassung (*πολιτεῦματα*), fortbestehen und vielleicht sogar ihre Rechtsordnung, also die Gemeindeverfassung in der hergebrachten Form beibehalten sollten; schwer glaublich ist dies nur betreffs ihrer Privatrechtsordnungen²⁴⁰. Es ist vielmehr durchaus glaublich, wenn wir hören,²⁴¹ dass damit die Absicht verbunden war, die Staatseinnahmen zu verbessern. Augustus hatte nämlich die *vicesima libertatum et hereditatum* eingeführt, also eine fünfprozentige Steuer bei Freilassungen und Erbschaften verfügt; doch galt dies, wie die römischen Gesetze überhaupt, nur für die römischen Bürger. Eine Ausdehnung des römischen Bürgerrechts musste in die Richtung wirken, dass der Ertrag der Erbsteuer wesentlich stieg. Wie bemerkt, findet die Verleihung des Bürgerrechts auf die *peregrini dediticii* keine Anwendung; das sind die Angehörigen jener Völker, die nicht durch Vereinbarung nach den Grundsätzen des Völkerrechts, sondern unter Überwindung bewaffneten Widerstandes unter die römische Herrschaft gelangt sind, wie z. B. die Ägypter. Außerdem hat die bereits erwähnte *lex Aelia Sentia* gewisse Freigelassene diesen *peregrini dediticii* gleichgestellt, nämlich frühere Sklaven, die sich noch vor ihrer Freilassung als besonders verwerflich erwiesen haben²⁴². Ebenso besteht eine andere Personenkategorie fort, die der *Latini Iuniani*, da die *lex Aelia Sentia* und die *lex Iunia* nicht aufgehoben worden waren. Tatsächlich sehen wir, dass noch im 5. Jahrhundert n. Chr. für Ägypter demotisches Recht noch zur Anwendung gelangt.

Für die Beurteilung der Tragweite der (erwähnten) Caracalla-Verordnung (*Constitutio Antoniniana*) können (indes) sowohl die (eben) erörterten Einschränkungen des Geltungsbereichs, als auch die wahrscheinlichen Beweggründe des Gesetzgebers beiseite bleiben. Ebenso wie sich nach dem italienischen Bundesgenossenkrieg der Begriff der italischen Nation über den der einzelnen Völker der Apenninischen Halbinsel erhob, so entsteht jetzt auch eine neue Nation, die des römischen Imperiums. Dieser erhabene Gedanke der Vereinheitlichung der Rechtsordnungen im römischen Reich auf der Grundlage des römischen Rechts stieß indes in der Ausführung zweifellos auf erhebliche Schwierigkeiten, einmal deswegen, weil das römische Recht in wesentlichen Stücken immer noch den Charakter eines Rechts der Italiker in sich trug, dann aber auch deswegen, weil dieses Recht den Peregrinen schwer zugänglich war, besonders durch seine Unübersichtlichkeit, das Fehlen einer ordentlichen Gesetzessammlung und wohl auch die lateinische Sprache, die einem großen Teil der

²³⁷) § 128 ABGB.

²³⁸) Ulpian. D. 1.5.17.

²³⁹) P.Giss., 1.40.

²⁴⁰) E. SCHÖNBAUER.

²⁴¹) Dio Cassius, 77. 9.

²⁴²) Gai., *inst.* 1.13.

Neubürger nicht geläufig war. Es ist vielleicht kein Zufall, dass kurz nachher ein bedeutender Jurist, *Herennius Modestinus*, begann, größere Materien des römischen Rechts von besonders praktischer Wichtigkeit, wie das Vormundschaftsrecht, in griechischer Sprache darzustellen.

Außerdem vermisst der Betrachter der Gegenwart in der damaligen Gesetzgebung und dem Schrifttum eine Auseinandersetzung mit den verdrängten älteren Rechten, die, wie es scheint, erst später erfolgt: nämlich durch die schriftstellerisch ausgezeichneten und römisch-national eingestellten Kanzler Diokletians, also fast hundert Jahre später. Die durch die *Constitutio Antoniniana* zum Untergang verurteilten Volksrechte sind indes nicht spurlos verschwunden. Ihre Nachwirkungen und auch die erwähnten, mit der *Constitutio Antoniniana* verbundenen äußeren Übelstände haben sich in den Kodifikationen und der Rechtsliteratur der folgenden Jahrhunderte, die wir als die Zeit des Byzantinismus bezeichnen, tiefgreifend ausgewirkt.

26. Der Dominat²⁴³

Der Prinzipat war der erste erfolgreiche Versuch, die Freiheit und Selbstbestimmung der Bürger mit der Notwendigkeit einer monarchischen Gewalt in Einklang zu bringen: einer Gewalt, die um der Reichsausgaben willen des stehenden Heeres nicht entbehren konnte. Dabei war die *auctoritas* als politische Grundlage der Macht des Prinzipats herausgestellt worden und man war bestrebt, die Freiheit des Bürgers, wie sie der nationalrömischen und aristokratischen Anschauung entsprach, mit der Forderung einer Alleinherrschaft zu vereinbaren, d. h. mit der Leitung des Staats durch einen Einzelnen – den ersten und den besten der Bürger –, indem dem Senat, als dem verfassungsmäßigen Organ der Bürgerschaft, wenn nicht eine Mitregierung, so doch eine Mitverwaltung eingeräumt wurde. Zugleich lag das Schwergewicht des Reichs für Augustus, der den Westen bei *Actium* zum Sieg geführt hatte, auf Italien und den romanisierten Provinzen des Westens.

Aber der Einbau des stehenden Heeres in die neue Verfassung, als Werkzeug des Prinzipats, der als oberster Kriegsherr betrachtet war, hatte ihr ein für allemal die Richtung in die einer Militärmonarchie gegeben. Von *Julius Caesar* gleich offen hervorgekehrt und von Augustus in den Hintergrund gedrängt, wuchs diese dann langsam, aber sicher empor, auch schon deshalb, weil das neue stehende Kaiserheer nicht mehr wie das republikanische ein Heer von Proletariern war. Hinzu kam die Sonderstellung Ägyptens innerhalb des kaiserlichen Herrschaftsgebiets: dort trat der Princeps als Fortsetzer des autokraten Systems der Ptolemäer auf und wurde als *divi Iulii filius* verehrt.

Nun, mit der Regierung Diokletians am Ende des 3. Jahrhunderts (284-305) beginnt ein neuer Abschnitt der römischen Reichs- und Rechtsgeschichte. Während die wechselvollen Ereignisse auf dem Schlachtfeld die Rechtsentwicklung nur mittelbar durch ihre Folgen berühren, ist es von dauernder Bedeutung, dass mit Diokletian eine ganz neue Staatsauffassung zur Geltung gelangt, bei der es auch bis in die byzantinische Zeit hinein geblieben ist. Diese neue Staatsauffassung beruht, wie sich aus den ihrer Begründung vorangegangenen Ereignissen ergibt, auf der unbedingten und unbeschränkten lediglich autoritär begründeten Herrenstellung des Kaisers, die auf den göttlichen Willen zurückgeführt wird. Diese Herrschaft erstreckt sich auf Land und Leute; also sprechen wir im Gegensatz zum Prinzipat jetzt von einem Dominat. Diese Staatsbildung ist nach ihrer äußeren Erscheinung und ihrer gedanklichen Grundlegung wesentlich orientalischer Herkunft. Dies gilt nicht so sehr von dem monarchischen Zeremoniell am römischen Kaiserhof, welches zum Teil unmittelbar auf den Hellenismus zurückgeht. Wichtiger sind die Einflüsse des neupersischen Reichs der Sassaniden, das der Nachfolger des alten, durch Alexander den Großen zerstörten Perserreichs ist. Jetzt taucht auch die Gliederung der letzten Umgebung des Kaisers, des Hofstaats, in Rangklassen auf: sie ist von den Gehaltsklassen der kaiserlichen Beamten offensichtlich verschieden. Der Beamtenstaat, der sich auf eine durchgreifende Beamtenhierarchie stützt, wird – unter scharfer Trennung

²⁴³) [Ndc.: da questo punto in poi manca nel dattiloscritto originale ogni indicazione di data.]

der Militär- und Zivilgewalt – zur höchsten Entwicklung gebracht: das bedeutet eine gänzliche Umwandlung des alten Römerstaats, dessen Hauptzüge eine gewisse Beamtenscheu und das ungeteilte Imperium des Einzelbeamten darstellen²⁴⁴. In diesen Zusammenhang gehört die Umgestaltung der Armee, die starke Bevorzugung der in ihrer Wertschätzung von den Persern übernommenen Kavallerie. Bedeutungsvoll ist ferner, dass vom Reich der Neuperser die städtische Gliederung der Bevölkerung und der Gedanke des Einheitsstaats mit einer scharfen Zentralisationstendenz und einer eigenen christlichen Staatskirche rezipiert wurden. Auf orientalische Vorbilder geht auch die nun in der östlichen Reichshälfte Roms zu bemerkende Krönung des Kaisers bei seinem Regierungsantritt zurück²⁴⁵. Diese Grundgedanken haben sich bis in die Gegenwart hinein auf dem Weg über Byzanz erhalten, natürlich umgestaltet und angepasst an die Gedankengänge der christlich-germanischen Kultur.

Die äußere Umgestaltung des Reichs, wie sie Diokletian geplant hatte, beruhte darauf, das Reich von zusammen vier Personen, zwei Augusti und zwei Kaiser, regieren zu lassen, und zwar derart, dass das Reich in einen westlichen und einen östlichen Teil zerfiel, und dass jede dieser Reichshälften wiederum in zwei Gebietskomplexe geteilt wurde. Aber schon Kaiser Konstantin begründete seine Herrschaft als die eines Alleinherrschers: also war die Diokletianische Reform bald hinfällig. Dauerhafter, weil offensichtlich dem natürlichen Gegensatz zwischen Osten und Westen besser entsprechend, war die Reichsteilung nach dem Tod des *Theodosius* des Großen. Auch jetzt gibt es keinerlei Bestimmungen über die Thronfolge, obwohl Erbllichkeit angestrebt wird. Dies bleibt wie unter dem Prinzipat eine Machtfrage. Das Weströmische Reich ging im Jahr 476 n. Chr. unter. Doch die formelle Anerkennung der römischen Souveränität bestand auch noch unter den Ostgoten bei Theoderich dem Großen: sie hatte zur Folge, dass alle Regierungsakte der früheren Herrscher nach der Wiedereroberung Italiens durch die Byzantiner in Geltung belassen wurden, wie dies altem römischen Brauche entsprach. Justinian hat Italien nach Vollendung seines Gesetzgebungswerks zurückerobert; und auf Ansuchen des römischen Bischofs *Vigilius* im Jahr 529 wurde die Justinianische Gesetzgebung als *Sanctio pragmatica* eingeführt: was die Grundlage für die Rezeption des römischen Rechts in Mitteleuropa gebildet hat.

27. Sogeannter Verfall der antiken Kultur²⁴⁶

Doch war inzwischen vor dem Gesetzgebungswerk Justinians eine Wandlung eingetreten, die man als den «Verfall der antiken Kultur» zu bezeichnen pflegt. Die Keime und die mahnenden Symptome dieser Erscheinung gehen schon auf die Blütezeit des Prinzipats zurück. Der eine dieser Keime ist in der von Hadrian eingeführten neuen Heeresordnung und Reichsgrenzenverteidigung zu erblicken. Durch allgemeine Anwendung der örtlichen Aushebung, wie sie zuerst in Ägypten, dann auch in Syrien und auf dem Balkan im Brauch gewesen war, führte Hadrians Reform die Provinzialisierung des Legionsheeres und seine Annäherung an die Auxiliartruppen sowie an die umwohnende Zivilbevölkerung herbei. Gleichzeitig wurde das Offizierskorps wie das daraus hervorgehende Beamtentum nicht nur, wie seither, aus Italien und den romanischen Provinzen des Westens, sondern auch aus dem anderssprachigen Osten ergänzt. Trotz dieser Maßnahme war die Masse der Dienenden noch immer allzu groß gegenüber der gebietenden Offiziere, Soldaten und Beamten; und das geschah gerade in der Zeit, als die Assimilations-, die Anverwandlungskraft des Römertums, zu sinken begann. Durch die seit Traian in immer größerem Umfang nötig werdende Zwangsaushebung an Stelle der freien Werbung und durch die Schöpfung der sogenannten *numeri* aus der *inventus* der Grenzbevölkerung und der Klientelstaaten trat andererseits eine parallelgehende Barbarisierung des Grenzheeres ein. Dadurch wurde das Heer allmählich der Kraft beraubt, auf die Umgebung romanisierend zu

²⁴⁴) Fr. EISELE.: A.W., II³, S. 108.

²⁴⁵) Über den Einfluß von Neupersien auf Byzanz: EISELE. in d.Alt.W.II³, S. 141.

²⁴⁶) [Ndc.: nessuna indicazione relativa alla data.]

wirken; und so war die ungewollte, aber naturgemäße Endfolge der hadrianischen Maßregel eine Provinzialisierung des Reichs und damit das spätere Hervortreten provinzieller Sonderrechte.

Mit der Provinzialisierung des Heeres verband aber Hadrian noch eine andere Neuerung: nämlich die Umwandlung der von Domitian zur Stütze einer Offensive, also nach militärischen Gesichtspunkten in Anwendung gebrachten Grenzwerke und Grenzsperrern (*limites*) in geradlinige, durchaus schematisch angelegte Grenzmarkierungen, teils offener (so im Orient), teils befestigter Art (so im Westen: Palisaden, Wälle, Gräben je nach der Landesnatur), und die Hinausverlegung der in vorderster Reihe stehenden Grenztruppen unmittelbar hinter diese *limites* in einer langen Kordonanstellung, //welche// die Truppen auf die Funktion einer Grenzpolizei herabdrückte. Hand in Hand damit ging die Begründung bürgerlicher Gemeinden auch in den Grenzgebieten rings um das Reich, oft neben den großen militärischen Grenzlagern an der Stelle der seitherigen quasi-munizipalen bürgerlichen Niederlassung (*canabae*), also die Verbreitung des Zivillements und der bürgerlichen Kultur bis an die äußersten durch die *limites* auch äußerlich kenntlich gemachten Enden des Reichs, während der eigentliche Grenzschutz in immer steigendem Maß den Klientelvölkern draußen überlassen wurde. Das von Flüssen und *limites* umschlossene Reich der Zivilverwaltung, das jetzt ein riesiger Bund von Städten und Gemeindestaaten ist, über denen die kaiserliche Bürokratie auswertend, vermittelnd und ausgleichend steht, wird nunmehr durch einen Kranz von Randstaaten umgeben, deren äußere Grenzen erst die wahren *fines imperii* darstellen.

Im Verlauf des 3. Jahrhunderts vollzieht sich dann eine gewisse sozusagen Entromanisierung des Reichsinnern, //also// das Gegenstück zur vormaligen Romanisierung der Außenprovinzen, und zwar nicht nur durch die Barbarenvölker des Nordens, die im Gefolge ephemerer Kaiser (30 Tyrannen) in das Heer eindringen, sondern auch durch die neuen Offenbarungsreligionen, die sich nicht an die Bürger, sondern an die Menschen als solche richten. Dieser sogenannte Verfall des römischen Reichs, d. h. der antiken Kultur überhaupt, vollzieht sich auf zwei verschiedenen Gebieten; einerseits auf dem politischen, sozialen und wirtschaftlichen, andererseits auf dem intellektuellen, dem geistigen.

1. In politischer Beziehung beobachten wir seit der zweiten Hälfte des 4. Jahrhunderts //eine// allmähliche Barbarisierung des Reichs von innen her, besonders im Westen. Die fremden – germanischen – Elemente spielen die führende Rolle sowohl in der Regierung wie im Heer; und indem sie sich in Massen ansiedeln (im Jahr 375 beginnt die germanische Völkerwanderung), verdrängen sie allmählich die römisch-italische Bevölkerung. Eine verwandte Erscheinung und die notwendige Folge der Barbarisierung von innen heraus war die allmähliche Auflösung des weströmischen Reichs; die herrschenden Klassen in den früheren römischen Provinzen wurden zuerst durch Germanen und Sarmaten, später durch Germanen allein ersetzt, teils auf dem Weg friedlicher Durchdringung, teils auf dem der Eroberung. Im Osten beobachten wir eine allmähliche Orientalisierung des byzantinischen Reichs, die letzten Endes dazu führt, dass auf den Trümmern des römischen Reichs starke halb und ganz orientalische Staaten entstehen, das Kalifat von Arabien und das persische und türkische Reich.

In sozialer und wirtschaftlicher Beziehung verstehen wir unter Verfall das allmähliche Übergleiten der alten Welt zu sehr eigenartigen, zugleich primitiven und raffinierten Formen des Wirtschaftslebens, die man als «Hauswirtschaft» zu bezeichnen pflegt. Die Städte, die die typischen Formen des Wirtschaftslebens der antiken griechisch-römischen Welt geschaffen und gepflegt hatten, verfielen allmählich; in der Mehrheit verschwanden sie tatsächlich von der Erdoberfläche. Nur wenige, besonders die großen ehemaligen Handels- und Industriezentren, führten noch ein Scheindasein. Mit dem komplizierten, verfeinerten sozialen System der alten Welt geht es ebenfalls bergab; es wird auf seine Grundelemente reduziert: den König, seinen Hofstaat und sein Gefolge, die großen grundbesitzenden Feudalherren, die Geistlichkeit, die Masse der bäuerlichen Leibeigenen und kleine Gruppen von Handwerkern und Kaufleuten. Das ist die politische, soziale und wirtschaftliche Seite des Problems. Natürlich gab es auch größere Unterschiede. Man darf nicht zu sehr verallgemeinern. Das byzantinische Reich kann nicht mit den westeuropäischen Staaten oder mit den slawischen Neubildungen verglichen werden. Das eine aber steht fest: überall beginnt eine eigenartige örtlich differenzierte Entwicklung, und zwar auf den Trümmern des einstigen Wirtschaftslebens der Städte.

2. In intellektueller Beziehung, auf dem Gebiet des Geisteslebens, ist das Hauptphänomen der Verfall der antiken Kultur, der von den Städten getragenen Kultur der griechisch-römischen Welt. Die orientalischen Kulturen waren ausdauernder: vermischt mit Elementen der griechischen Stadtkultur existierten sie fort und erlebten sogar in dem Kalifat von Arabien und in Persien eine glänzende Neublüte, um von Indien und China zu schweigen.

Hier sind wiederum zwei verschiedene Seiten der Entwicklung zu unterscheiden:

a) Einerseits haben wir ein Versiegen der schöpferischen Kräfte griechischer Kultur auf den Gebieten, wo sie ihre großen Triumphe gefeiert hatte, in den exakten Wissenschaften, in Technik, Literatur und Kunst. Der Niedergang begann schon im 2. Jahrhundert v. Chr. Es folgte dann aber ein Wiederaufleben schöpferischer Kräfte in den Städten Italiens und später in denen der östlichen und westlichen Provinzen des Reichs. Diese Aufwärtsbewegung kam doch im 2. Jahrhundert n. Chr. fast völlig zum Stehen und nach einer Zeit des Stillstandes setzte wieder ein rascher, ununterbrochener Niedergang ein. Hand in Hand damit geht ein fortschreitendes Schwächerwerden der assimilierenden Kräfte, die in der griechisch-römischen Kultur ruhen. Es ist nicht mehr so, dass die Städte die Massen der Landbevölkerung absorbieren, d. h. sie hellenisieren oder romanisieren; das Gegenteil ist der Fall. Die Unkultur des Flachen beginnt von der Stadtbevölkerung Besitz zu ergreifen. Der spätrömische Senatsadel und der Klerus sind Oasen in der Wüste; aber beide, abgesehen von einem Teil des Klerus, werden allmählich von der immer weiter sich ausbreitenden Öde der Barbarei verschlungen.

b) Eine andere Ausdrucksform der gleichen Erscheinung ist die Entwicklung einer neuen Denkart und Einstellung unter den Massen der Bevölkerung. Es war die Denkart der unteren Schichten, die fast ausschließlich religiös fundiert war und den intellektuellen Leistungen der höheren Klassen nicht nur gleichgültig, sondern sogar feindselig gegenüberstand. Diese neue geistige Einstellung nimmt allmählich auch von den oberen Schichten oder doch wenigstens von deren Mehrheit Besitz. Es zeigt sich dies an der Verbreitung, //welche// die verschiedenen Mysterienreligionen, teils orientalische, teils griechische, bei ihnen fanden. Wie bemerkt wurde²⁴⁷, zeigt sich bis hinauf in die hohe Kunst eine neue, völlig veränderte Geistigkeit, die uns fühlen lässt, dass in dieser Epoche nicht nur der antike aristokratische Mensch und Denker gestorben, sondern auch der mittelalterliche, aufs Jenseits gerichtete Gläubige aus allen Schichten geboren worden ist, der anders betet und denkt als sein Vorgänger. Das //zeigt// sich z. B. im Porträt in jener Haltung des Aufwärtsschauens, die Augen zum Himmel gerichtet, überhaupt in der Umstellung zur Auffassung alles Irdischen vom Standpunkt des Übersinnlichen. Eine ähnliche Einstellung ist in der neuen Architektur ersichtlich²⁴⁸: Hier erscheint der Mensch klein in solchen riesigen hohen gewölbten Hallen und Kuppelsälen; das immer noch erdnahe Maß griechischer Tempel ist überwunden; griechische Proportionsgesetze haben ihren Sinn verloren.

Gallienus' Zeit (260-268) stellt uns philosophisch (Plotin) und religiös das letzte Aufflackern des griechischen Geistes dar, und zwar in einer Form, die von der Renaissance des 2. Jahrhunderts (zur Zeit Hadrians) zum Kaiser Iulianus hinüberführt, welch' letzterer nur von hier aus zu verstehen ist²⁴⁹. Den Höhepunkt bedeutete der Triumph des Christentums. Auf diesem Gebiet war die schöpferische Kraft der alten Welt noch lebendig; Leistungen wie die Konstituierung der christlichen Kirche, die Anpassung der christlichen Theologie an das geistige Niveau der oberen Klassen, die Schaffung einer wirkungsvollen christlichen Literatur und einer neuen christlichen Kunst lassen darüber keinen Zweifel. Die neuen intellektuellen Kräfteäußerungen zielten hauptsächlich auf Beeinflussung der Massen und bedeuteten daher eine Beeinträchtigung des hohen Niveaus städtischer Kultur, we-

²⁴⁷⁾ E. KORNEMANN, *Die römische Kaiserzeit*, in *Einleitung in die Alt. Wiss.*, 3. Aufl., II, S. 95, nach G. KASCHNITZ-WEINBERG, *Spätromische Porträts, Die Antike*, 1926, S. 36 fgg.

²⁴⁸⁾ Wie H. KOCH, *Probleme der Spätantike*, 1930, S. 60, bemerkt.

²⁴⁹⁾ A. ALFÖLDI, *25 Jahre römisch-germanische Forschung*, S. 21 fgg., E. KORNEMANN, *Kaiserzeit*, S. 95.

nigstens in Bezug auf die literarischen Formen.

So können wir sagen, dass sich in der Entwicklung der alten Welt während der Kaiserzeit ein bestimmter Faktor von überragender Bedeutung bemerkbar macht, ganz gleich, ob wir das politische, soziale, wirtschaftliche oder intellektuelle Gebiet ins Auge fassen; und zwar ist es die fortschreitende Aufsaugung, Absorbierung der höheren Klassen durch die niederen, begleitet von einer allmählichen Nivellierung in regressivem Sinn. Diese Nivellierung vollzog sich auf mannigfache Weise. Da war das langsame Eindringen der niederen Schichten in die höheren, die nicht mehr imstande waren, sich diese neuen Elemente zu assimilieren. Da waren ferner die heftigen Ausbrüche innerer Uneinigkeit; den Anfang machten die griechischen Städte und dann kam der Bürgerkrieg (Weltkrieg) des 1. Jahrhunderts v. Chr., der die ganze zivilisierte Welt erfasste. Im Großen und Ganzen blieben in diesen Kämpfen die oberen Klassen und die Kultur der Städte siegreich. Zweieinhalb Jahrhunderte später endete ein neuer Ausbruch des Bürgerkriegs mit dem Siege der niederen Schichten und versetzte der griechisch-römischen Kultur der Städte einen tödlichen Schlag. Schließlich wurde diese Kultur durch das von außen, teils auf dem Weg friedlicher Durchdringung, teils auf dem der Eroberung, einströmende Barbarentum völlig überflutet; und da sie ohnehin in den letzten Zügen lag, war sie nicht fähig, sich auch nur einen kleinen Bruchteil der barbarischen Elemente anzueignen.

Das Hauptproblem, das die Kulturhistoriker zu lösen haben, ist demnach das folgende. Warum war die städtische Kultur Italiens und Griechenlands nicht imstande, die Massen zu assimilieren, warum blieb sie eine Kultur der Elite, warum erwies sie sich als unfähig, Bedingungen zu schaffen, die der alten Welt ein beständiges, ununterbrochenes Fortschreiten auf demselben Weg, d. h. auf dem Weg städtischer Kultur, hätten sichern können? Mit einem Worte, warum wurde die moderne Kultur in mühsamer Arbeit als etwas Neues auf den Trümmern der antiken aufgebaut, anstatt deren direkte Fortsetzung zu werden? Verschiedene Erklärungen sind vorgeschlagen worden und jede beansprucht, das Problem endgültig gelöst zu haben. Wir wollen daher die wichtigsten kurz durchmustern; man kann sie in vier Gruppen einteilen:

1. Hervorragende Forscher suchen die Lösung auf politischem Gebiet. Nach Beloch war der Grund für den Niedergang der antiken Kultur das Aufgehen der griechischen Stadtstaaten im römischen Reich, die Bildung eines Weltstaats, der die schöpferischen Kräfte Griechenlands daran hinderte, die großen zivilisatorischen Errungenschaften auszubauen und zu festigen. Diese römerfeindliche Diagnose ist u. E. grundfalsch. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass die Schaffung des römischen Reichs einen Schritt vorwärts in dem Nivellierungsprozess bedeutete und dass sie die schließliche Absorbierung der höheren Schichten erleichterte. Aber wir dürfen nicht vergessen, dass der Klassenkampf ein gemeinsamer Zug des griechischen Volkslebens war und dass uns nichts zu der Annahme berechtigt, dass die griechische Stadtgemeinde eine Lösung der sozialen und wirtschaftlichen Probleme gefunden haben würde, die in den verschiedenen Gemeinden zum Bürgerkrieg führten. Vor allem aber basiert die Ansicht Belochs auf der Voraussetzung, dass es in der alten Welt nur eine schöpferische Rasse gegeben habe, was notorisch falsch ist.

Eine andere Erklärung, die in dieselbe Richtung geht, ist von Kornemann beigebracht worden. Er sieht die Hauptursache für den Verfall des römischen Reichs darin, dass Augustus die militärischen Kräfte des Reichs vermindert hat und dass diese Verminderung von seinen Nachfolgern beibehalten wurde. Dieser Erklärungsversuch legt den ganzen Nachdruck auf die militärische Seite des Problems und bedeutet daher eine Rückkehr zu der Vorstellung, dass die antike Kultur durch die Barbareneinfälle vernichtet worden sei: ein Gedanke, der nicht wieder zu Ehren gebracht werden dürfte. Übrigens war durch die wirtschaftliche Schwäche des Reichs die gebieterische Notwendigkeit gegeben, die Armee auf einen verhältnismäßig kleinen Umfang zu beschränken – ein Tatbestand, über den sich alle Kaiser klar waren.

Wenig überzeugend ist auch der Gedanke Ferreros, obwohl etwas Richtiges darin steckt, der Zusammenbruch des Reichs sei nämlich die Folge eines verhängnisvollen Ereignisses, eines Zufalls, der die schwersten Folgen zeitigte. Ferrero meint, M. Aurel habe dadurch, dass er seine Macht nicht

auf einen vom Senat erwählten Nachfolger, sondern auf seinen Sohn Commodus übertrug, die Autorität des Senats, auf der das ganze römische Staatsgebäude ruhte, untergraben. Die Ermordung des Commodus habe zur Usurpation des Septimius Severus und zu dem Bürgerkrieg des 3. Jahrhunderts geführt; und die Usurpation und der Bürgerkrieg hätten die Autorität des Senats zerstört, die Unbotmäßigkeit des Heeres stark gefördert (das Heer zur höchsten Entscheidungsinstanz erhoben) und das Kaisertum in den Augen derjenigen Bevölkerungsteile, die seine Hauptstütze bildeten, seiner Legitimation beraubt. Was sollen wir dazu sagen? Richtig ist, dass nunmehr staatsrechtlicher und offizieller Brauch war, dass der Kaiser noch im 3. Jahrhundert seine Macht vom Senat und Volk von Rom erhielt, in der Tat bekam er sie von dem Heereskorps; und bald änderte sich das offizielle System, nämlich zur Zeit des Carinus (282) und Diokletians²⁵⁰, und die Vorstellung einer Übertragung war unter Konstantin und seinen Nachfolgern nicht mehr in Geltung. Ferrero scheint doch nicht genügend dem Rechnung zu tragen, dass das feingliedrige Verfassungssystem des Augustus, Vespasian und der Antoninen der Masse der Reichsbevölkerung unverständlich war – es war eine Schöpfung der oberen Klassen, die völlig außerhalb des Bereichs populären Begriffsvermögens lag. Schließlich aber täuscht sich Ferrero über den wahren Charakter der Krise des 3. Jahrhunderts. Es ist nachher vom russischen Gelehrten Rostovzeff gezeigt worden, dass die Gegner in diesem Kampf des 3. Jahrhunderts nicht Senat und Kaiser waren, sondern einerseits die Städte, andererseits das Heer, d. h. gesellschaftlich gesehen die Massen der Bauern.

Eine tiefer dringende Erklärung bietet der englische Gelehrte Heitland. Nach seiner Auffassung musste die antike Welt deswegen untergehen, weil sie nicht imstande war, die Massen an der Regierung zu beteiligen, vielmehr allmählich die Zahl derjenigen, die am Staatsleben teilhatten, sich immer mehr verminderte und schließlich auf die Person des Kaisers selbst, seinen Hof und die kaiserliche Beamtschaft beschränkte. Die für die Folgezeit wirkungsvollste Neuschöpfung des Augustus war die Ausbildung eines kaiserlichen Beamtentums aus dem Ritterstand nach dem Vorbild des ptolemäischen Beamtenstaats. Darin ist jedoch nur eine Seite der umfassenden Erscheinung zu erblicken.

Sind wir berechtigt anzunehmen, dass die Kaiser dem Gedanken einer Repräsentativregierung durchaus unzugänglich gewesen wären, wenn sie ihn gekannt und an ihn geglaubt hätten? Sie schlugen viele andere Wege ein und hatten keinen Erfolg damit. Wenn die Idee der Repräsentativverfassung der alten Welt von vornherein fremd war (gänzlich fremd war sie es nicht, wie manche Einrichtungen der griechischen Städte und der griechischen Städtebünde zeigen), warum vermochte die alte Welt diese Idee, die aufzufassen doch nicht übermäßig schwer ist, nicht aus sich selbst hervorbringen? Außerdem erhebt sich die Frage: kann man heute behaupten, dass die Repräsentativverfassung die Ursache der glänzenden Entwicklung in den Ländern angelsächsischer Kultur ist und nicht vielmehr eines der Symptome dieser Entwicklung, an sie gebunden und von ihr geschichtlich bedingt?

2. Die Zurückführung des Niedergangs der alten Welt auf Ursachen wirtschaftlicher Art ist entschieden abzulehnen. Bei der Betrachtung der Entwicklung der Industrie in der Antike fand die Theorie des historischen Materialismus durch K. Büchner, M. Weber und G. Salvioi auf unser Problem eine nicht erfreuliche Anwendung. Wenn die Theorie nicht einmal jenes Teilproblem zu lösen vermochte, um wieviel weniger muss sie dann geeignet sein, die Erklärung der Erscheinung in ihrem vollen Umfang zu ermöglichen? Die Marxisten vergessen, dass die antike Welt viele Entwicklungskreise durchlief und dass es innerhalb dieser Kreise sowohl lange Perioden des Fortschritts als auch lange Perioden der Rückkehr zu primitiveren Verhältnissen gegeben hat, zu demjenigen Stadium des Wirtschaftslebens, das man gewöhnlich als «Hauswirtschaft» bezeichnet. Es ist freilich wahr, dass die alte Welt niemals diejenige Stufe der wirtschaftlichen Entwicklung erreichte, auf der wir uns befinden. Aber in der Geschichte der alten Welt haben wir viele Epochen einer hochentwickelten Wirtschaft: gewisse Perioden in der Geschichte vieler orientalischer Monarchien, beson-

²⁵⁰) O.TH. SCHULZ, *Vom Prinzipat zum Dominat*, 1919, bes. S. 226 fgg.

ders Ägyptens, Babyloniens und Persiens; das Zeitalter der höchsten Entwicklung der Stadtstaaten, besonders des 4. Jahrhunderts v. Chr.; die Periode der hellenistischen Monarchien, deren Höhepunkt das 3. Jahrhundert v. Chr. bedeutete; die Periode der späten römischen Republik und der frühen Kaiserzeit. All diese Zeitabschnitte zeigen verschiedene Formen des Wirtschaftslebens und verschiedene Formen des Kapitalismus. Zu keiner Zeit hatte der Typus der Hauswirtschaft eine vorwiegende Bedeutung. Wir können die wirtschaftliche Physiognomie dieser Perioden mit derjenigen vieler europäischer Länder zur Zeit der Renaissance und später vergleichen, obwohl die Vergleichung nicht einwandfrei wäre, da die wirtschaftliche Entwicklung der Moderne sich mit derjenigen der Antike nicht deckt. Je nach den wechselnden wirtschaftlichen Verhältnissen dieser Perioden in der Geschichte der alten Welt wandelten sich auch die Beziehungen zwischen Hauswirtschaft und kapitalistischer Wirtschaft und häufig unterschieden sich in dieser Hinsicht nicht nur die einzelnen Perioden voneinander, sondern auch die einzelnen Teile der alten Welt innerhalb der gleichen Periode; darin war die alte Welt der modernen nicht unähnlich. In den Industrieländern Europas, so in England und in Teilen Deutschlands, Norditaliens und Frankreichs, ist das Wirtschaftsleben heutzutage keineswegs dasselbe wie in den Agrarländern, etwa in Russland und auf der Balkanhalbinsel und in großen Teilen des Nahen Ostens. Das Wirtschaftsleben der Vereinigten Staaten von Amerika ist durchaus nicht identisch mit demjenigen Europas oder der verschiedenen Teile Südamerikas, ganz zu schweigen von China, Japan und Indien. Ebenso war es in der alten Welt. Während Ägypten und Babylonien ein kompliziertes Wirtschaftsleben mit hochentwickelter Industrie und weitreichenden Handelsbeziehungen besaßen, führten andere Teile des Nahen Ostens ein völlig anderes und viel primitiveres Leben. Während Athen, Korinth, Rhodos, Syrakus, Tyros und Sidon im 4. Jahrhundert v. Chr. Mittelpunkte eines entwickelten kommerziellen Kapitalismus waren, widmeten sich andere griechische Städte fast ausschließlich der Landwirtschaft. In der hellenistischen und in der römischen Periode war es genauso.

Was in erster Linie der Erklärung bedarf, ist die Tatsache, dass die kapitalistische Entwicklung, die zu vielen Zeiten und an vielen Orten in Erscheinung trat und die in großen Teilen der alten Welt für verhältnismäßig lange Zeitspannen die Führung hatte, schließlich primitiveren Formen der Wirtschaft weichen musste. Sogar in unserer Zeit hat sie jene Formen noch nicht völlig verdrängt. Es liegt auf der Hand, dass das Problem nicht durch die Behauptung gelöst werden kann, dass die alte Welt in ihrem ganzen Umfang unter den Formen einer primitiven Hauswirtschaft gelebt habe; eine Voraussetzung, deren Unrichtigkeit handgreiflich ist. Genau das gleiche ließe sich von großen Gebieten der modernen Welt behaupten²⁵¹.

Zusammenfassend ist demnach zu sagen, dass die Veränderung der Wirtschaftsformen, die im allgemeinen eine Vereinfachung bedeutete, nicht die Ursache des geschichtlichen Vorgangs war, den wir als den Niedergang der antiken Welt bezeichnen, sondern nur ein Faktor innerhalb der umfassenderen Erscheinung, die die angeführten Theorien zu erklären sich bemühen. Auf wirtschaftlichem Gebiet wurden ebenso wie im politischen, sozialen, intellektuellen und religiösen Leben die primitiven Formen, die bei den Massen in Geltung waren, nicht von den höheren Formen absorbiert, vielmehr trug letzten Endes das Primitive über das Höhere den Sieg davon. Wir können eine dieser Erscheinungen herausheben und in ihr die letzte Ursache zu finden meinen, aber es würde sich dabei um eine willkürliche Annahme handeln. Das Problem bleibt damit ungelöst. Warum nahm der antike Kapitalismus andere Formen an als der moderne? Warum hat er sich nicht in denselben Bahnen wie der moderne entwickelt²⁵²? Warum vermochte man über die Grundelemente eine primitiven Ökonomie nicht hinauszukommen? Sie waren in allmählichem Verschwinden begriffen; warum verschwanden sie nicht gänzlich? Die Antwort, dass sie quantitativ stärker

²⁵¹) [Ndc.: nel dattiloscritto il Betti aveva qui aggiunto, ma poi cancellato: «und wir sind keineswegs sicher, daß nicht eine heftige Katastrophe die moderne kapitalistische Welt in das primitive Stadium der Hauswirtschaft zurücksinken lassen könnte.»]

²⁵²) [Ndc.: e di nuovo Betti aveva aggiunto, ugualmente poi cancellando: «Warum erfand man keine Maschinen? Warum wurden die Geschäftsmethoden nicht vervollkommnet?»]

waren als in unserer Zeit, trägt zur Erklärung der Haupterscheinung nicht bei.

Das ist der Grund, weshalb viele Wirtschaftshistoriker, die sich nicht darüber täuschen, dass die übliche Deutung nur die Oberfläche berührt, ohne in die Tiefe des Problems einzudringen, die Erklärung aus wirtschaftlichen Voraussetzungen und die materialistischen Geschichtsauffassung überhaupt zu retten versuchen, indem sie irgendeinen gewichtigen physikalischen Faktor als Ursache für die Schwäche der höheren Wirtschaftsformen in der Antike ins Feld führen. Einen solchen Faktor fanden manche Forscher in der allgemeinen Erschöpfung des Bodens in der gesamten antiken Welt, die im spätrömischen Kaiserreich ihren Höhepunkt erreicht und der alten Welt den Untergang gebracht hat.

Diese Theorie findet in den Tatsachen keine Stütze. Alles, was wir von der wirtschaftlichen Entwicklung der alten Welt wissen, spricht dagegen. Der Verfall der Landwirtschaft erfolgte genau in der gleichen Weise und aus denselben Gründen wie derjenige der anderen Zweige des Wirtschaftslebens. Sobald sich die politischen und sozialen Verhältnisse in den verschiedenen Teilen des römischen Reichs besserten, begannen die Felder und Gärten denselben Ertrag zu liefern wie vorher. Beweisend dafür ist der blühende Zustand Galliens zur Zeit des *Ausonius* und des *Sidonius Apollinaris*; ferner die Tatsache, dass in Ägypten, wo der Boden unerschöpflich ist und wo die Gebietsteile, die außerhalb der Überschwemmungszone liegen, sehr leicht mit den primitivsten Methoden verbessert werden können, die Landwirtschaft im 3. und 4. Jahrhundert genau wie in den anderen Provinzen in Verfall geriet. Es ist nicht zu verkennen, dass wir mit rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten hier nicht weiterkommen und dass die Forschungen der Wirtschaftshistoriker nicht die Ursache für den Niedergang der alten Welt, sondern nur eine Seite dieser Entwicklung aufzuzeigen vermögen.

3. Der schnelle Fortschritt der medizinischen und biologischen Wissenschaft hat auch die Forschung zu dem Problem des Verfalls der antiken Kultur beeinflusst. Eine biologische Lösung ist oft in Vorschlag gebracht worden und die Theorien der Entartung und des Rassenselbstmords sind auch auf das Altertum angewendet worden. Die biologische Theorie liefert uns eine nur scheinbar befriedigende Erklärung für das Versiegen der assimilierenden Kräfte der kultivierten Oberschicht. Diese entartete allmählich und hatte nicht die Kraft, sich die unteren Schichten zu assimilieren, vielmehr ging sie selbst in ihnen auf. Nach Seeck war die Ursache ihrer Degeneration und ihres zahlenmäßigen Rückgangs die «Ausrottung der Besten» durch äußere und innere Kriege. Andere, wie Tenney Frank, denken an eine Verunreinigung der höheren Rassen durch eine Beimischung des Bluts niederer Rassen. Andere wieder sehen in der Entartung einen natürlichen Vorgang, der allen Kulturkreisen gemeinsam sei, die Besten werden weder ausgerottet noch in ihrer Rassenreinheit beeinträchtigt, sondern sie begehen systematisch Selbstmord, indem sie sich nicht fortpflanzen, dagegen die niedere Menschensorte ungehindert sich vermehren lassen. Der Jurist²⁵³ fühlt sich nicht kompetent, zu dem Problem der Entartung vom biologischen und physiologischen Standpunkt aus ein Urteil zu fällen. Vom Standpunkte des Historikers erlaubt er sich²⁵⁴ gegen Seeck zu bemerken, dass es nicht nur die Besten sind, die in Kriegen und Revolutionen ausgerottet werden. Andererseits ist es nicht unmöglich, dass auf Revolutionen Zeiten hoher Blüte folgen.

Gegen Frank möchte man²⁵⁵ folgendes einwenden: manche Rassen, die die herrschenden vermutlich «verunreinigt» haben, zum Beispiel die präindoeuropäischen und präsemitischen Rassen des Mittelmeergebiets, hatten doch vorher hohe Kulturen hervorgebracht - die ägyptische, die minoische, die iberische, die etruskische, die Kulturen Kleinasiens - und das gleiche gilt von der semitischen und der iranischen Kultur. Wie konnte die Beimischung des Blutes dieser Rassen das Blut der Griechen und Römer verunreinigen und verderben? Andererseits waren Kelten und Germanen von gleicher Abstammung wie die Griechen und Italiker. Die Kelten besaßen selber eine hohe ma-

²⁵³) [Ndc.: Betti aveva scritto originariamente «ich».]

²⁵⁴) [Ndc.: Betti aveva scritto originariamente «ich mit».]

²⁵⁵) [Ndc.: Betti aveva scritto originariamente «ich».]

terielle Kultur; die Germanen waren bestimmt, in Zukunft ebenfalls Kulturträger zu werden. Wie war es möglich, dass die Beimischung ihres Blutes ihre arischen Stammesgenossen, die Griechen und Italiker, entarten ließ, anstatt ihnen neue Kraft zuzuführen?

Die Theorie von dem natürlichen Kulturverfall durch Rassenselbstmord stellt die gleiche allgemeine Erscheinung fest, von der wir schon gesprochen haben, die allmähliche Absorbierung der höheren Klassen durch die niederen und den Mangel an Assimilationskraft, der bei jenen hervortritt. Sie konstatiert die Tatsache, aber sie erklärt sie nicht. Das Problem, das diese Theorie zu lösen hat, lautet folgendermaßen: wie kommt es, dass sich die Besten ihre Art nicht fortpflanzen? Man kann es auf verschiedene Weise zu lösen versuchen: wir können eine wirtschaftliche, eine physiologische, eine psychologische Erklärung in Vorschlag bringen. Aber keine dieser Erklärungen ist überzeugend. Vielleicht nähert sich die psychologische – die auf Verlust an Selbstvertrauen rät – am meisten der Wirklichkeit.

4. Sehr oft hat man das Christentum für den Niedergang der antiken Kultur verantwortlich gemacht. Das ist natürlich eine sehr enge Betrachtungsweise. Das Christentum ist nur ein Element in dem allgemeinen Wandel, der sich in der geistigen Einstellung der alten Welt vollzieht. Können wir behaupten, dieser Wandel sei die letzte Ursache des Verfalls der antiken Kultur? Es ist nicht leicht, Ursachen und Symptome auseinanderzuhalten, und die weitere Erforschung dieses Wandels der Denkart ist eine der dringendsten Aufgaben auf dem Gebiet der Alten Geschichte. Ohne Zweifel war dieser Wandel einer der wirksamsten Faktoren in dem allmählichen Verfall der Kultur des antiken Gemeindestaats und in dem Aufkommen einer neuen Weltanschauung und einer neuen Kultur. Aber wie haben wir uns den Wandel zu erklären? Handelt es sich hier um ein Problem der Einzelpsychologie und nicht vielmehr Massenpsychologie? Eine eindeutige Erklärung ist bisher nicht erzielt worden.

Keiner der verschiedenen Gesichtspunkte erklärt das Problem des «Verfalls» der antiken Kultur vollständig – wenn wir das Wort Verfall auf diese komplizierte Erscheinung anwenden können. Jeder einzelne Gesichtspunkt hat jedoch erheblich zur Aufhellung der Voraussetzungen beigetragen und alle zusammen haben uns begreifen gelehrt, dass als die Hapterscheinung, die dem Verfallsprozess zugrundeliegt, die allmähliche Absorbierung, Aufsaugung der gebildeten Schichten durch die Massen und die daraus folgende Vereinfachung aller Funktionen des politischen, sozialen, wirtschaftlichen und geistigen Lebens zu gelten hat, ein Vorgang, den wir als die Barbarisierung der alten Welt bezeichnen können.

28. Die Rechtsbildung in der nachklassischen Zeit²⁵⁶

Die antike Welt also hat sich in der Zeit von 250-530 n. Chr. auch strukturmäßig einschneidend gewandelt. Nun, wir können uns nicht vorstellen, dass dieser Wandel – der natürlich auch im Recht seinen Ausdruck finden musste – erst durch die vom Kaiser Justinian eingesetzte Kommission in der kurzen Zeit, die ihr zur Verfügung stand, in die ihr vorliegenden klassischen Texte hineingearbeitet worden ist. Wir müssen vielmehr annehmen, dass hier bereits eine geistige Vorbereitung stattgefunden hat, ein Umdenken und Umgestalten des klassischen Rechts, das nunmehr außerhalb des heimischen Kulturgebiets seine Entwicklung nimmt: eine Entwicklung, die sich in der Folgezeit sowohl im Osten fortsetzt – wo sie mit der Bildung des byzantinischen Rechts ihren Abschluss findet – als auch im Westen in der mittelalterlichen und modernen Rechtsüberlieferung, indem sie sich zum römisch-gemeinen Recht der verschiedenen europäischen Länder entfaltet. Nun, in der Justinianischen Kodifikation findet das Umdenken und Umgestalten des römischen Rechts im Osten nunmehr seinen äußeren Niederschlag. Es lässt sich sogar vermuten, dass die Justinianische Kommission mehrfach zu den klassischen Vorbildern zurückkehrte und sich vom Recht ihrer Zeit abwandte,

²⁵⁶) [Ndc.: nessuna indicazione relativa alla data.]

mochten auch jene Vorbilder aus einer damals bereits Jahrhunderte zurückliegenden Gedankenwelt hervorgegangen sein. Man pflegt, wenn man von diesem Prozess spricht, die byzantinische Rechtsschule von Berytus zu nennen; doch gab es damals, in der Zeit von 250 bis 500 n. Chr. nicht bloß an anderen Orten des Ostens, sondern auch in Rom eine blühende Rechtsschule.

Wird versucht, die Einwirkungen der Rechtswissenschaft des 5. und 6. Jahrhunderts auf das klassische römische Recht zu erfassen, so ist große Vorsicht geboten. Die Spuren, die auf die Schule von Berytus hindeuten, sind sehr dürftig. Also ist die Annahme derartiger Einwirkungen nur ein historisches Postulat; und außerdem dürfen wir nicht übersehen, dass, selbst wenn wir solche Einwirkungen annehmen, doch neben ihnen noch eine andere geistige Strömung bestand, die sich als naturgemäße Fortbildung des römischen Rechts auf seiner eigenen logischen Grundlage und innerhalb der italienischen Umwelt darstellt. Bei Festhaltung dieser Gesichtspunkte lässt sich auch eine Beeinflussung durch Aristoteles und hellenistische Denker annehmen: namentlich in Fragen der Erkenntnistheorie und Logik scheint Aristoteles auf die geistige Einstellung Einfluss genommen zu haben ebenso wie er und seine Schüler die damalige Theologie beeinflussten.

Es handelt sich darum, die Entscheidungen der Klassiker in ein System zu bringen, also Kategorien und allgemeine Denkformen aufzustellen. Diese Richtung hängt damit zusammen, dass die Träger der damaligen Rechtswissenschaft Theoretiker und Rechtsdogmatiker waren, die sich in erster Linie nicht als Schöpfer und Gestalter, sondern als Lehrer des Rechts fühlten. Das Bestreben nach der Aufstellung verallgemeinerter Regeln und überhaupt die Bewertung systembildenden Denkens ist in der Tat nicht so sehr römisch als griechisch und byzantinisch. Im Übrigen sind wir nicht befugt anzunehmen, dass es gerade die Rechtsschulen waren, welche die Umgestaltung, //die// «Umdenkung» des römischen Rechts herbeiführten. Wohl haben sie die Änderungen, die sich außerhalb ihres Wirkungskreises ergaben, zur Kenntnis genommen, diese Kenntnis weitergegeben und eben dadurch der durch die Rechtsübung vorgenommenen Umgestaltung zur dauernden Anerkennung verholfen. Wir kennen manche Fälle, wo sich die rechtswidrige Praxis im Endergebnis doch nicht durchgesetzt hat: z. B. ließ das römische Recht vielfach nicht die direkte Stellvertretung zu und doch finden wir sie oft in den Papyri.

Neben dieser Umgestaltung von außen her, die sich besonders seit der Regierung Konstantins Bahn bricht, gibt //es// eine Umbildung des römischen Rechts von innen heraus. Die modernen, besonders die italienischen Rechtshistoriker (Riccobono) sprechen hier von einer spontanen, naturgemäßen Entwicklung. Sie besteht darin, dass der Dualismus der Rechtsordnung auf dem Gebiet des Privatrechts und Prozesses (Zivil- und Amtsrecht) an praktischer Bedeutung immer mehr verliert, ohne allerdings direkt aufgehoben zu werden; weiter darin, dass die alten formellen Geschäfte des *ius civile* wegfallen und das Formularverfahren durch das neue Kognitionsverfahren ersetzt wird. Hierbei können ersichtlich weder griechische noch orientalische Einflüsse angenommen werden. Freilich ist der erwähnte Umgestaltungsprozess nicht im ganzen Umfang beim Justinianischen Recht durchgeführt worden: es ragen noch deutliche Überreste des älteren Rechts heraus, wie der unüberwundene Gegensatz zwischen Zivil- und Amtsrecht. So macht die Justinianische Rechtsüberlieferung in der uns vorliegenden Gestalt den Eindruck des Unfertigen; in der Tat ist sie auch innerlich unfertig, weil sie zwischen zwei Zeitaltern ganz verschiedenen geistigen Inhalts steht.

Die Grundlage der Rechtswissenschaft und des Unterrichtsbetriebes bilden auch in postklassischer Zeit die klassischen Texte. Sie werden indes schon vor Justinian erheblich umgestaltet, indem Glosseme eingeschaltet werden, d. h. absichtliche Zusätze, die den Inhalt einer Quellenstelle erläutern oder ergänzen, ihn aber nicht verändern wollen; es können dies auch Randglossen sein, d. h. Randschriften, die das Zurechtfinden erleichtern sollen. Im Gegensatz zu den Glossemen beabsichtigen die sogenannten Interpolationen eine Veränderung des Sinns der Quellenstelle und schreiben dem älteren Klassiker eine neue Rechtsansicht zu. Ihre Tragweite ist natürlich verschieden, je nachdem, ob sie in Gesetzbüchern, mithin als authentische Interpolationen auftreten oder aber nur bei der Vervielfältigung eines älteren Textes absichtlich aus einer älteren Handschrift in eine neue «Auflage» eingefügt wurden. Im letzteren Fall hat freilich der private Jurist nicht so freie Hand wie

ein eigens dafür eingesetzter Ausschuss; doch wird man ihm schwerlich eine strafbare Fälschung vorgeworfen haben, wenn er sich darauf beschränkte, die Ergebnisse der in Theorie und Praxis (namentlich in der kaiserlichen Praxis) gezeitigten Entwicklung in die alten Texte hineinzufügen. Bei Glossen und Interpolationen handelt es sich also um eine verschiedene Einstellung der nachklassischen Zeit zu den klassischen Quellen. Juristenschriften, in die derartige Einschreibungen geraten sind und in denen sie deutlich erscheinen, sind die «rezipierten Sentenzen» des Paulus, deren Auszug in der *lex Romana Wisigothorum* überliefert ist, und die sogenannten *Vaticana fragmenta*.

Übrigens fehlt //es// der klassischen Epoche keineswegs an eigenen literarischen Hervorbringungen auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft, wohl aber an Autoren, die unter eigenem Namen auftreten: die Literatur ist größtenteils unter fremdem Namen oder (wie die *Vaticana fragmenta*) überhaupt namenlos. So insbesondere eine Reihe nachklassischer Werke, die behaupten, von Klassikern herzurühren (wie Ulpian und Paulus), während es sich entweder um eine Auswahl von Äußerungen derselben oder um eine Umarbeitung von ihren Werken handelt²⁵⁷.

29. Die Kaisergesetzgebung bis auf Justinian²⁵⁸

Die Fortbildung des Rechts vollzieht sich unter dem Dominat ausschließlich durch kaiserliche Verordnungen. Das auf diesen beruhende Recht wird als *ius novum* (*leges*) bezeichnet, im Gegensatz zum älteren Recht, insbesondere soweit es auf Juristenschriften beruht (*ius vetus*). Dieses *ius novum* bringt eine Reihe neuer rechtspolitischer Gesichtspunkte zur Geltung²⁵⁹. //Dennoch// ist und bleibt das juristische Denken durchaus den praktisch längst verschollenen Rechtszuständen der Republik und des Prinzipats zugewandt²⁶⁰.

Die regelmäßige Form der Prozessentscheidung durch den Kaiser ist das *rescriptum*, das als kaiserliche Verordnung Gesetzeskraft besaß, für den Fall nämlich ‘*si preces veritate nituntur*’. Merkwürdigerweise beziehen //sich// alle uns erhaltenen Reskripte Diokletians auf den Osten des Reichs und schärfen die rein römischen Rechtsnormen und Einrichtungen gegenüber abweichenden Bestrebungen der Praxis des Ostens ein. Außerdem ergingen zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten auch *adnotationes*, wo die Rechtsansicht der kaiserlichen Kanzlei nur mittelbar ausgesprochen war, indem z. B. auf die Entscheidung des zuständigen Richters verwiesen wurde; möglicherweise betrafen sie persönliche *beneficia*. Im Jahr 426 verfügten Theodosius II. und Valentinian III., dass die kaiserlichen Reskripte nur für den Einzelfall, für den sie ergangen waren, allgemein Geltung genießen sollten, die sonst nur *leges generales* zukomme. Als *lex generalis* waren die Verordnungen anzusehen, die sich als *edictum* bezeichneten oder an den Senat ergingen. Die Geltung in der anderen Reichshälfte hatte zur Voraussetzung, dass deren Herrscher (gewöhnlich im Westen) die betreffende *lex generalis* durch eine *sanctio pragmatica* mitgeteilt erhielt und sie veröffentlichte.

Bis auf Konstantin ist in der Leitung der kaiserlichen Kanzlei die geistige Haltung der klassischen Rechtswissenschaft beibehalten; mit Konstantin beginnt eine neue Zeit, indem er zum ersten Mal seit Hadrian auf die Rechtsquellen einen Einfluss ausübt und den hellenistischen Rechtsbräuchen zur offiziellen Anerkennung verhilft. In dieser Epoche kommen zwei Sammelwerke zustande, die, obwohl von Privaten verfasst, doch noch vornherein nicht als Rolle (*liber* oder *volumen*) erscheinen, sondern in moderner Buchform: der *Codex Gregorianus* und der *Codex Hermogenianus*. Systematisch gegliedert, vereinigte der erste *Codex* in der Ediktsreihenfolge und nach dem System des *ius civile* die

²⁵⁷ Etwa: Paul. *sent.*, Ulp. *reg.* und *opiniones*.

²⁵⁸ [Ndc.: nessuna indicazione relativa alla data.]

²⁵⁹ S. RICCOBONO: die Verordnungen sind entweder *leges speciales* oder *generales*; daneben gibt //es// *pragmaticae sanctiones* und *adnotationes*. Es ist bezeichnend, daß hier sich keine begriffliche Auseinandersetzung über Bedeutung und Tragweite dieser Bezeichnungen findet.

²⁶⁰ Für eine ähnliche Erscheinung auf dem Gebiete der Kunstgeschichte vgl. M. DVORAK, *Kunstgeschichte als Geistesgeschichte*, 1926, S. 66 fgg.; für die Bedeutung des *ius novum* vgl. RICCOBONO, S.24.

kaiserlichen Konstitutionen bis auf die Zeit Diokletians; der letztere *Codex* vereinigte die Konstitutionen Diokletians und die nachfolgenden.

Die erste amtliche Sammlung von kaiserlichen Konstitutionen war aber der *Codex Theodosianus* (veröffentlicht 426): auf ihn wirkten die beiden Privatsammlungen vorbildlich. Vor dem *Codex Theodosianus* im Jahr 426 erging im Westen (an den Senat in Rom) das sogenannte Zitiergesetz. Es knüpfte an den althergebrachten, aus Griechenland stammenden Brauch der *recitatio* an und bestimmte (in der uns vorliegenden Form), dass zur *recitatio* vor Gericht die Schriften von Papinianus, Paulus, Gaius, Ulpianus und Modestinus berufen seien. Dies war für den Provinzialprozess insofern neu, als dort bis dahin Juristenschriften nicht rezitiert zu sein scheinen. Außer den genannten Schriften sollten auch die anderer Juristen, die durch sie erwähnt waren, herangezogen werden, doch nur nach Vergleichung der Handschriften: was anscheinend bei den allgemeinen zugänglichen 5 Zitierjuristen nicht erforderlich war. In der praktischen Auswirkung bedeutet dies eigentlich, dass der Richter ohne weiteres Aussprüche der klassischen Juristen zu betrachten hat, wenn es sich um einen der 5 Zitierjuristen handelt. Wenn ein anderer Jurist, der von einem dieser 5 erwähnt wird, herangezogen werden soll, so ist dies zwar gestattet, aber Vergleichung der Handschriften erforderlich; also hätte Heranziehung von Sammelwerken nicht genügt. Im Fall dass Stimmgleichheit vorliegt, soll die Stimme Papinians den Ausschlag geben. Diese ganze Verordnung ist merkwürdig als Symptom der eingetretenen Mechanisierung der praktischen Rechtsanwendung.

Bald darauf wurden im Jahr 429 von Kaiser Theodosius und Valentinian dem Senat zwei Aufträge erteilt: es sollte zunächst einmal unter Aufrechterhaltung des *Codex Gregorianus* und //des *Codex*// *Hermogenianus* eine Sammlung der kaiserlichen Verordnungen (*constitutiones, leges generales*) hergestellt werden; weiter sollte sich daran ein zweites Gesetzgebungswerk anschließen, das die Äußerungen der Juristen in Verbindung mit dem Rechtsstoff der //drei// *codices* in jener Reihenfolge darzubieten hatte, wie sie in der Sammlung der *constitutiones* erscheinen, und zwar gemäß den Bedürfnissen der damaligen Rechtswissenschaft. Zu diesem zweiten Werke ist es nun aber nicht gekommen, sondern es blieb beim *Codex Theodosianus*, der allerdings in dem Zitiergesetz auch eine Norm über die Heranziehung von Juristenschriften enthielt. Der im Jahr 429 veröffentlichte *Codex Theodosianus* ist nur ein Teil eines großen Planes, der dann viel später von Justinian unter teilweise gleichen Gesichtspunkten wiederaufgenommen worden ist.

30. Das Gesetzgebungswerk Justinians²⁶¹

Die Gesetzgebungsarbeit Justinians begann mit einer Zusammenfassung aller kaiserlichen Verordnungen (*leges*), die also sowohl den *Codex Theodosianus* als auch den *Gregorianus* und //den// *Hermogenianus* außer Kraft setzte. Der Arbeit war die Beratung einer mehrgliedrigen Kommission vorgegangen - darunter befand sich *Tribonianus*. Gesetzeskraft erhielt dieser *Codex Iustinianus primae praelectionis* (wie er heißt) im Jahr 529. Dann wurde die Darstellung des Juristenrechts (*iura*) vorgenommen. Dieser Teil führt den Titel «Digesten» oder Pandekten: beides Bezeichnungen, denen wir bereits in der klassischen Rechtswissenschaft begegnen. Auch hier wurde eine Kommission eingesetzt, die 17 Mitglieder umfasste, darunter wiederum *Tribonian*, weiter Professoren aus Konstantinopel und Berytus. Der Kommission wurde durch die Verordnung «*Deo auctore*» (15. Dez. 529) ein Arbeitsplan vorgezeichnet, der sie zu tiefgreifenden Änderungen und Umgestaltungen ermächtigte. Genau drei Jahre später war dieses gewaltige Werk erledigt (*const. «Tanta»*). Diese Zusammenfassung der Juristenschriften ist die wichtigste Erkenntnisquelle der klassischen Rechtswissenschaft, die wir heute besitzen. Sie umfasst 50 Bücher, diese zerfallen in Titel, die Titel in Fragmente, diese sind heute in Paragraphen gegliedert. Namen und Werk, aus dem das Fragment angeblich stammt, sind an dessen Spitze angeführt – in der sogenannten *inscriptio*. Was die Gliederung des Stoffs anlangt, so

²⁶¹) [Ndc.: nessuna indicazione relativa alla data.]

befassen sich die einleitenden Titel ähnlich wie im *Codex Theodosianus* mit den Rechtsquellen und der Behördenorganisation; dann werden jene Materien behandelt, die im prätorischen Edikt geregelt waren; dann folgen die Materien des *ius civile* und schließlich eine Darstellung des Verwaltungsrechts. Es sind zusammen 40 römische Juristen benutzt worden; nach der Angabe Justinians umfassten ihre Schriften zweitausend Bände (*libri*) und 3 Millionen Zeilen (*versus*); die Kommission zog sie - so heißt es weiter - auf 150tausend Zeilen, also auf ein Zwanzigstel zusammen. Man hat den Eindruck, dass hier insofern eine gewisse Vollständigkeit erstrebt wurde, als auch Juristen, die das *ius respondendi* nicht hatten, z. B. aus republikanischer Zeit, doch angeführt sind und überhaupt kein Schriftsteller von Bedeutung übergangen worden ist.

An die Entstehung des Digestenwerks knüpft sich nun eine wichtige Streitfrage, die für die Wertung und Betrachtungsweise der Gesamtentwicklung des römischen Rechts von Bedeutung ist. Angesichts des kurzen Zeitraums, innerhalb dessen die Ausarbeitung der Digesten erfolgt sein soll, wurde mehrfach das Vorhandensein eines Vordigestenwerks vermutet (Peters, Arangio-Ruiz): damit sind vorjustinianische Werke gemeint, etwa glossierte Exemplare von Ulpianus und Paulus, *libri ad edictum, ad Sabinum* usw. Die Entscheidung der Frage hängt wiederum mit der Anschauung zusammen, die man von der Rechtsbildung in nachklassischer Zeit und von der Bedeutung der Rechtsschule von Berytus haben soll. Die Annahme dieser Vorarbeiten hat eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich; doch auf dem Weg literarhistorischer Analyse lässt sie sich nicht beweisen. Einen Anhaltspunkt bietet das Auftreten vorjustinianischer Glossen und Interpolationen in den Digesten (da aber die juristische Texte im lebendigen Gebrauch blieben, so war der Zweck der *Interpretatio* unverändert erhalten)²⁶². Übrigens wäre auch denkbar, dass bei der Herstellung des Digestentextes mehrere Methoden nacheinander oder nebeneinander zur Anwendung gelangt sind.

Nach einer höchst wahrscheinlichen Vermutung von Bluhmes beruhen die Digesten auf einer Bearbeitung der älteren Juristenschriften nach Massen. Es gibt anscheinend 3 solche Massen: a) an erster Stelle stehen in der ersten Masse die *libri ad Sabinum* (drei Sabinuskommentare); b) die zweite Masse wird von den Ediktskommentaren gebildet; c) die dritte Masse durch die *quaestiones* und *responsa* Papinians sowie von anderen Gutachtensammlungen. Diese Massen wurden, wie man annimmt, getrennt bearbeitet, indem die Gesamtkommission sich in drei Unterabteilungen gliederte, von denen jede eine Masse übernahm. Die Sabinusmasse und die Ediktsmasse umfassen annähernd die gleiche Bücherzahl, die Papiniansmasse etwa die Hälfte so viel. In jedem Titel stehen, nach dieser Bluhmeschen Vermutung, die Exzerpte aus den drei Massen hintereinander; innerhalb jeder dieser Massen besteht ein gewisser systematischer Zusammenhang. Eine solche Anordnung nach Exzerptmassen scheint sich auch in der juristischen Literatur bereits vor Justinian zu finden.

Was Wert und Charakter der justinianischen Gesetzgebung betrifft, so scheint der durch sie unternommene Versuch, ein einheitliches Recht zu schaffen, vom gesetzgeberischen Standpunkt aus nur halb gelungen zu sein. Verhältnismäßig gut setzt sich die Justinianische Gesetzgebung im Eherecht, einschließlich des Scheidungsrechts, durch. Auch im Erbrecht kommt sie einigermaßen zur Geltung, nicht aber z. B. im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, wo an Stelle der lebenslänglichen väterlichen Gewalt eine zeitliche Altersgrenze auftaucht. Im Ganzen ist das Ausmaß der Widerstände überraschend, die wir gegen die Justinianische Gesetzgebung in den Urkunden auf Papyrus beobachten können. Keineswegs wird übrigens das ganze Werk von einem einheitlichen reinlichen Stil beherrscht; besonders sind zwischen den Sammlungen der Juristenschriften (*Digesta*) und derjenigen der kaiserlichen Verordnungen (*Codex*) die Unstimmigkeiten auffallend; öfters ist dort nur antiquiertes Recht vorgetragen.

Aber unser Urteil muss ganz anders ausfallen, wenn wir die Kodifikation in den Fluss der Ereignisse einordnen, aus denen sie hervorgegangen ist. Unter diesem Gesichtspunkte erscheint sie schon durch den Reichtum ihres geistigen Inhalts als ein unvergleichliches großartiges Werk. Es zeugt gewissermaßen dafür, dass die nachklassische Zeit nicht umhin kann, sich an die geistigen

²⁶² DROYSEN, *Historik*, S. 115 f.

Hervorbringungen der Klassiker anzuschließen und anzulehnen: in den Digesten wird an das klassische Recht als das Ergebnis einer den Kompilatoren vorschwebenden, imponierenden geistigen Größe durchgängig angeknüpft.

Das Gesetzgebungswerk Justinians²⁶³ zeigt aber eine eigentümliche *Zwiespältigkeit*, die für seine Urheber und für die ganze Zeit sehr charakteristisch ist. Auf der einen Seite lässt sich das deutliche Bestreben erkennen, ein zeitgemäßes und widerspruchsfreies Recht aufzuzeichnen. Überlebte Unterscheidungen und Rechtsinstitute wurden beseitigt, klassische und nachklassische Streitfragen durch den Machtanspruch des Gesetzgebers erledigt und Entscheidungen, die man als unbillig empfindet, abgemildert. Andererseits erschienen die Kompilatoren jedoch in starkem Maß von der Autorität ihrer klassischen Vorlagen abhängig. Sie haben deshalb vieles übernommen und künstlich wiederzubeleben versucht, was in Wahrheit nicht mehr den veränderten Zeitverhältnissen entspricht. In besonderem Maß gilt das von den prozessualen Grundbegriffen des klassischen Rechts, deren das ganze Rechtsgebiet durchziehende Spuren man nicht auszutilgen vermochte und die man nur sehr unvollkommen mit dem geltenden Prozessrecht in Beziehung zu setzen verstand. Über solche Erscheinungen hinaus, die sich aus mangelnder Kraft zur Neugestaltung erklären lassen, zeigen sich aber auch ausgesprochen rückläufige Tendenzen: die voraufgehende Rechtsentwicklung der nachklassischen Zeit wird mitunter verleugnet und das klassische Recht mehr oder weniger wieder zur Geltung gebracht. Hier und da greift man sogar über das hoch- und spätclassische Recht hinaus auf noch ältere Prinzipien zurück. Diese Züge, die man als archaisch bezeichnen mag, beruhen sowohl auf der Arbeitsweise der Schulwissenschaft wie auf der romantischen Haltung des kaiserlichen Gesetzgebers selbst und seiner ganzen Zeit. Nur von hier aus lassen sich auch gewisse äußere Merkmale des Gesetzgebungswerks in vollem Umfang würdigen: die Beibehaltung der lateinischen Sprache in einer Zeit, in der Lateinkenntnisse selbst bei den Beamten der Zentralverwaltung selten zu werden anfangen; die Masse des aus der Rechtsliteratur aufgenommenen Materials, die zwar für uns von höchstem Wert und für den geistigen Reichtum der Kodifikation entscheidend ist, aber die praktische Benutzung als Gesetzbuch außerordentlich erschweren musste; die Tatsache endlich, dass die Neuerungen Justinians diesen ihren Charakter vielfach verbergen und unter dem Namen und damit unter der Autorität der klassischen Juristen und der älteren Kaiser auftreten. In diesem Sinn erscheint die Behauptung nicht unberechtigt, dass das klassische Recht bei Justinian eine Art Renaissance erlebte, wie sie auf diesen und anderen Gebieten öfters in der Geschichte wiederkehrt. Es soll immer wieder darauf hingewiesen werden, was es bedeutete, in einem äußerlich griechischen, innerlich aber verfallenden und der Kulturverflachung entgegengehenden Reich ein lateinisches Gesetzbuch zu erlassen, dieses Gesetzbuch in jeder einzelnen Bestimmung auf die Schrift eines klassischen Juristen zu gründen, der mindestens 300 Jahre früher gelebt hat und schließlich auch noch dieses Fragment mit dem Namen des Verfassers und der Bezeichnung des Werks und der betreffenden Stelle zu versehen. Andererseits konnte Justinians Kommission doch nicht so weit gehen, etwa von allem, was sich in der Zwischenzeit ereignet hatte, gänzlich abzusehen und die klassischen Texte in der Weise darzubieten, wie sie ursprünglich abgefasst waren (dadurch die zahlreichen Interpolationen). Auch sonst ist den veränderten Zeitverhältnissen Rechnung getragen, insbesondere dem Christentum; die klassischen Texte sind von allen heidnischen Anschauungen gereinigt²⁶⁴.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch unsere Stellungnahme gegenüber der in neuerer Zeit eifrig verhandelten Frage, ob wir in der Justinianischen Kodifikation noch eine römische oder nur eine in römisches Gewand gekleidete, im wesentlichen aber hellenistische Rechtsordnung zu erblicken haben. Unseres Erachtens ist schon diese auf die Spitze getriebene Fragestellung unpassend und irreführend. Denn die Rechtsgeschichte als eine Darstellung vergangenen geistigen Lebens widerstrebt

²⁶³) [Nell'originale del Betti inizia in realtà a questo punto la ventinovesima partizione del suo corso di lezioni. Nell'opera di riordino dei dattiloscritti intrapresa con la presente edizione è sembrata più verosimile la partizione qui adottata].

²⁶⁴) Ein Beispiel bietet die Erörterung der dem Gottesdienst geweihten bzw. der Bestattung bestimmten Sachen: *Iust. inst.* 2.1.8.

überhaupt jedem Versuche, die Fülle der Ereignisse nach steifen Gesichtspunkten abzugrenzen und in enge vorherbestimmte Schablonen einzuzwängen. Eine der Wirklichkeit Rechnung tragende, objektive Beurteilung wird sich damit bescheiden, die charakteristischen Hauptzüge des nachklassischen Rechtslebens hervorzuheben und auf deren Grund den allgemeinen Charakter und die vornehmlichen rechtspolitischen Bestrebungen der Justinianischen Gesetzgebung zu kennzeichnen.

Nun, was finden wir? Während der nachklassischen Periode wird der innerhalb der Rechtsquellen bestehende Dualismus durch die Annäherung der verschiedenen Rechtssysteme der Tendenz nach überwunden. Man strebt nach Vereinheitlichung und Vereinfachung der verschiedenartigen Rechtsinstitute da, wo diese dazu dienen, dieselbe praktische Aufgabe zu lösen. Der Formularprozess mit seiner strengen Unterscheidung der einzelnen Aktionentypen wird hinfällig, wenngleich die Aktionen sich zur Bezeichnung der verschiedenen Arten von Rechtsverhältnissen erhalten haben. Der Wortformalismus der zivilen Rechtsgeschäfte wird ebenfalls beseitigt. An seine Stelle tritt eine Beurkundung, welche auf die mündliche Feierlichkeit Bezug nimmt, jedoch eine konstitutive Bedeutung erlangt (*stipulatio*).

Desgleichen treten äußere Formalitäten, die eine urkundliche Funktion erfüllen, (Protokollierung, Zeugen, Siegel), an Stelle des Wortformalismus. Der strenge Typenzwang der Rechtsgeschäfte verliert an Geltung, indem die genaue Sonderung der Geschäftstypen durch ihre Zusammenfassung unter einem änderungsfähigen Schema ersetzt wird oder doch durch ihre Subsumtion unter allgemeinen, einer besonderen Bezeichnung ermangelnden Kategorien. Dabei wird den Privatpersonen die größtmögliche Freiheit in der Gestaltung des Geschäftsinhalts gewährleistet. In der Auslegung der Verträge und der testamentarischen Verfügungen sowie in der Behandlung ihrer Fehler wird das Erfordernis der Sicherheit und des Kredits den Erfordernissen der Billigkeit untergeordnet und aufgeopfert, wobei diese als Gerechtigkeit im einzelnen Fall aufgefasst wird. Eine übermäßige Bedeutung misst man bei der Auslegung der Rechtsgeschäfte auch der unausgesprochenen Absicht der Parteien bei, welche sich aus den jeweiligen Umständen des einzelnen Falls entnehmen lässt. Bei dem Ausgleich der Interessenkonflikte treten dann in der justinianischen Rechtsnormierung Bestrebungen einer humanitären und auf Gleichheit bedachten Gesinnung hervor, die dem Schutz der Schwachen und der Beseitigung von moralisch ungerechtfertigten Vermögensvorteilen zustreben. Es sind dies rechtspolitische Bestrebungen, welche von dem Glauben an die Zweckmäßigkeit einer bis ins Einzelne gehenden Rechtsnormierung getragen werden sowie von einem fast naiv anmutenden Vertrauen in die Wirksamkeit der gesetzgeberischen Mittel: Bestrebungen, welche im Rahmen des paternalistischen Regimes einer aufgeklärten Autokratie ohne weiteres verständlich erscheinen.

Viele dieser justinianischen Veränderungen gegenüber dem klassischen Rechtsverständnis können sicherlich als Ergebnis einer organischen, kontinuierlichen Entwicklung erklärt werden oder aber aus einer deutlich erkennbaren Überschätzung von Anknüpfungs- und Anhaltspunkten, welche in das klassische Zeitalter zurückreichen, insbesondere in das Gebiet des prätorischen Rechts (wie dies z. B. in Bezug auf die Frage der Intestaterbfolge der Fall ist).

Sieht man jedoch von einer solchen Entwicklung ab, so zeigt es sich, dass römische Grundsätze und Einrichtungen – sowohl in der gerichtlichen Anwendung als auch in der gesetzlichen Normierung der nachkonstantinischen Zeit – dem zersetzenden Einfluss der hellenistisch-orientalischen Sitten und Gebräuche ausgesetzt waren sowie der neuen kulturellen Umgebung, die vom Geist des Christentums durchdrungen war. Gerade die Beurteilung dieses Einflusses ist heute Gegenstand einer lebhaften Diskussion unter den Gelehrten des römischen Rechts. Die heute vorherrschende Ansicht ist die, dass die provinziellen Gebräuche des Ostens seit der Zeit Konstantins in einem stetig zunehmenden Umfang an das Gebiet des offiziellen Reichsrechts eindringen (wie es der *Codex* erkennen lässt) und dass dadurch das Reichsrecht immer mehr von der römischen Tradition abgewichen sei. Obwohl also die Kompilation des Justinianischen Gesetzbuchs – namentlich mit den *Digesten* – auf eine Wiederherstellung jener römischen Tradition abzielte, so bedeutete sie in Wirklichkeit weder einen Einschnitt noch einen Stillstand in der Entwicklung des von da ab unabhängig verlaufenden byzantinischen Rechts.

Nicht übereinstimmend sind jedoch die Ansichten bei der genauen Bestimmung der Herkunft des Charakters und der Tragweite, die man dem umgestaltenden Einfluss der in die Justinianische Kompilation eingedrungenen Institutionen und Grundsätze zuerkennen soll, die als hellenistisch-orientalisch zu bezeichnen wären. Unstimmigkeit herrscht auch in Bezug auf die Art der Vermittlung dieses Einflusses. Einige unter den Rechtshistorikern glauben, dass diese Vermittlung sich auf dem Weg über die byzantinischen Rechtsschulen vollzogen habe, wobei sie sich auf die literarischen Quellen beziehen; andere dagegen nehmen aufgrund des papyrologischen Materials an, dass die Praxis der Gerichte und die Geschäfte des Privatlebens die vornehmliche Verantwortung hierzu boten.

Einer anderen Meinung zu Folge, welche hauptsächlich von Riccobono vertreten wird, hätte sich das nachklassische Recht aus dem klassischen allmählich entwickelt, und zwar in der weströmischen Gerichtspraxis des 4. und 5. Jahrhunderts n. Chr. Diese Entwicklung wäre eine sich gleichbleibende naturgemäße und geradlinige gewesen und wäre ausschließlich durch innere Ursachen bestimmt, wie sie die Beseitigung des Dualismus der Rechtssysteme und der Wegfall des klassischen Formularprozesses darstelle. Bei einer solchen Entwicklung ließe sich der Einfluss des griechischen Denkens nur für eine frühere Epoche, d. h. in seiner Einwirkung auf die römische Rechtswissenschaft erkennen.

Jede der beiden genannten Ansichten führt natürlich zu einer jeweils verschiedenen kritischen Behandlung der nachklassisch-justinianischen Texte bei der Frage der Änderungen, die vermutlich die klassischen Grundsätze und Rechtsgebilde mittels Interpolationen erfahren haben. Unseres Erachtens hat die gegensätzliche Stellungnahme der letzteren Auffassung zu der vorherrschenden Meinung es nicht vermocht, die angedeuteten Vermutungen voll zu begründen. Jedoch, wie dem auch sei, gebührt den Vertretern dieser Ansicht das große Verdienst, auf die Möglichkeit einer zwiefachen Auslegung hingewiesen zu haben, derer die in der Justinianischen Kompilation aufgenommenen klassischen Texte fähig sind, und solche Auslegung weitgehend bewiesen zu haben. Es wurde nämlich gezeigt, dass diese Texte, je nachdem sie vom Standpunkt des klassischen oder von dem des Justinianischen Rechts aus beurteilt werden, eine verschiedene Bedeutung ergeben können.

Hierdurch ist man in der heutigen Wissenschaft des römischen Rechts betreffs der Annahme von sachlichen Interpolationen²⁶⁵ zur Vorsicht ermahnt worden²⁶⁶.

Ein Beispiel dieser zwiefachen Auslegung kann vielleicht genügen. So machte das prätorischen Recht dem Beklagten mittelst einer Einrede (*exceptio*) möglich, den Besitz der streitigen Sache zu behalten bzw. den bestehenden Zustand aufrecht zu erhalten, und zwar aufgrund von formlosen Abreden, die sich zivilen Rechtsgeschäften unter Lebenden anschlossen und an sich wirkungslos blieben, oder in Befolgung von Beschränkungen, die durch letztwillige Verfügungen angeordnet doch nach Maßgabe des *ius civile* ebenfalls unerheblich waren. Nun wird eine solche Behandlung, die auf dem Boden des klassischen Rechts nur auf einem Umweg zu erzielen war, nämlich durch Vermittlung eines prätorischen Verteidigungsmittels, im Justinianischen Recht ganz anders aufgefasst: den getroffenen Nebenabreden und Beschränkungen der gewährten Rechtsstellung wird nunmehr keine bloß mittelbare, sondern eine direkte Wirkung zuerkannt, die nach Maßgabe eines und desselben Rechtssystems automatisch eintritt. Und doch brauchten Justinians Kompilatoren, um eine solche abweichende Auffassung zur Geltung zu bringen, keine materielle Abänderung der betreffenden klassischen Texte vorzunehmen. Inhalt und Bedeutung dieser Texte erschienen auf dem Boden einer Rechtsordnung, die auf Vereinheitlichung von Zivil- und Amtsrecht abzielte, in einem ganz anderen Licht²⁶⁷.

Wir kommen also zu dem Schluss, dass die gewöhnliche Fragestellung, die bei der Charakterisierung der Justinianischen Kodifikation auf einen ausschließenden Gegensatz (entweder/oder)

²⁶⁵) § 54 P. 222. [?]

²⁶⁶) [Ndc.: nel dattiloscritto originale segue a questo punto nel testo la seguente frase incompleta: «Damit haben wir unsere einleitende rechtliche Kulturgeschichte abgeschlossen. Sie nahm 29 Vorlesungen in Anspruch, d. h. genau ein Drittel des ganzen Kursus. Die übrigen 46 Vorlesungen ...».]

²⁶⁷) Diakritische Betrachtung: DROYSEN, *Historik*, S. 115 f., 120 f.

zwischen römischem und hellenistisch-byzantinischem Rechtsgeist abstellt und ihn auf die Spitze treibt, der Wirklichkeit der nachklassischen Rechtsbildung kein genügendes Verständnis entgegenbringt. Justinians Kodifikation, von einem historischen Standpunkt aus betrachtet und besonders in ihrem rechtswissenschaftlichen Teil – den Digesten – angesehen, stellt uns eine durch und durch römische Rechtsordnung dar. Als positives, für das byzantinische Reich berechnetes Recht angesehen und besonders in ihren Konstitutionensammlungen – dem *Codex*, mit Rücksicht auf die nachkonstantinischen Konstitutionen und der justinianischen Novellensammlung – betrachtet, stellt sie uns doch gleichfalls eine durch Umdenkung und Umstellung römischrechtlicher Rechtssätze leidlich erzielte byzantinische Rechtsordnung dar.

Diese doppelte Bedeutung war durch den vorhergegangenen geschichtlichen organischen Umbildungs- und Angleichungsprozess ermöglicht worden. Denn die römischen Rechtsquellen hatten mit den Generationen weitergelebt und stetig //sich// nach dem Bedürfnis der Gegenwart umgebildet²⁶⁸.

31. Juristische Problemgeschichte (Aufgabe der Rechtsnormierung - Instit. System) ^{269 270}

Ich möchte //zum Schluss// auf eine Bemerkung Otto von Gierkes²⁷¹ Bezug nehmen: «Wenn die Römer zum ersten und größten Rechtsvolk der Erde wurden – so //drückt er sich aus// – und eine selbstständige Wissenschaft vom Recht gründeten, so war hierbei der Umstand von entscheidender Bedeutung, dass der römische Geist frühzeitig die beiden Seiten des Rechtsdenkens unterschied und jede von ihnen zu relativer Selbstständigkeit ausprägte. Gleich den Griechen haben die Römer den objektiven Rechtsgedanken als korrelat des ihnen schon in grauer Vorzeit aufgegangenen Staatsgedankens in voller Schärfe erfasst und das Gesetz als bindende Ordnung alles Gemeinlebens über menschliche Willkür erhöht. Allein zur Verselbstständigung des Rechts gegen den Staat und zur Ausscheidung desselben aus dem ethischen Gesamtgebiet gelangten sie nur deshalb, weil sie zugleich den subjektiven Rechtsgedanken in kräftigster Weise ergriffen und das System der Befugnisse zum ureigenen Machtgebiet der menschlichen Freiheit ausgestalteten».

Von vornherein daher – bemerkt Gierke weiter – rückten die Römer die Person in den Mittelpunkt des Rechts. Die in einer bestimmten, vom objektiven Recht freilich anerkannten und begrenzten, keineswegs aber völlig erzeugten Sphäre sich betätigende Privatinitiative erschien ihnen nicht bloß als Gegenstand, sondern als schöpferisches Prinzip und lebendiger Träger des Rechtsgedankens. Den Römern war daher der Begriff des Rechtssubjekts in seiner zentralen Bedeutung seit alter Zeit zum Bewusstsein gekommen.

Dabei schwebte dem römischen Rechtsgeist immer die Aufgabe vor, das Recht vom Nichtrecht zu sondern, das Gebiet des Rechts abzustecken und die Rechtsordnung zum selbstständigen System zu entwickeln, die sich von Sittlichkeit und Sitte scharf abhob.

²⁶⁸) Hierzu DROYSEN, *Historik*, S. 116.

²⁶⁹) [Ndc.: questa indicazione viene inserita dal Betti come sottotitolo.]

²⁷⁰) [Ndc.: nessuna indicazione relativa alla data.]

²⁷¹) O. VON GIERKE, *Genoss.*, III, S. 35.