



<https://publications.dainst.org>

iDAI.publications

ELEKTRONISCHE PUBLIKATIONEN DES
DEUTSCHEN ARCHÄOLOGISCHEN INSTITUTS

Dies ist ein digitaler Sonderdruck des Beitrags / This is a digital offprint of the article

Wolfgang Kunkel Theodor Mommsen als Jurist

aus / from

Chiron

Ausgabe / Issue **14 • 1984**

Seite / Page **369–380**

<https://publications.dainst.org/journals/chiron/1246/5613> • urn:nbn:de:0048-chiron-1984-14-p369-380-v5613.2

Verantwortliche Redaktion / Publishing editor

Redaktion Chiron | Kommission für Alte Geschichte und Epigraphik des Deutschen Archäologischen Instituts, Amalienstr. 73 b, 80799 München

Weitere Informationen unter / For further information see <https://publications.dainst.org/journals/chiron>

ISSN der Online-Ausgabe / ISSN of the online edition **2510-5396**

Verlag / Publisher **Verlag C. H. Beck, München**

©2017 Deutsches Archäologisches Institut

Deutsches Archäologisches Institut, Zentrale, Podbielskiallee 69–71, 14195 Berlin, Tel: +49 30 187711-0

Email: info@dainst.de / Web: dainst.org

Nutzungsbedingungen: Mit dem Herunterladen erkennen Sie die Nutzungsbedingungen (<https://publications.dainst.org/terms-of-use>) von iDAI.publications an. Die Nutzung der Inhalte ist ausschließlich privaten Nutzerinnen / Nutzern für den eigenen wissenschaftlichen und sonstigen privaten Gebrauch gestattet. Sämtliche Texte, Bilder und sonstige Inhalte in diesem Dokument unterliegen dem Schutz des Urheberrechts gemäß dem Urheberrechtsgesetz der Bundesrepublik Deutschland. Die Inhalte können von Ihnen nur dann genutzt und vervielfältigt werden, wenn Ihnen dies im Einzelfall durch den Rechteinhaber oder die Schrankenregelungen des Urheberrechts gestattet ist. Jede Art der Nutzung zu gewerblichen Zwecken ist untersagt. Zu den Möglichkeiten einer Lizenzierung von Nutzungsrechten wenden Sie sich bitte direkt an die verantwortlichen Herausgeberinnen/Herausgeber der entsprechenden Publikationsorgane oder an die Online-Redaktion des Deutschen Archäologischen Instituts (info@dainst.de).

Terms of use: By downloading you accept the terms of use (<https://publications.dainst.org/terms-of-use>) of iDAI.publications. All materials including texts, articles, images and other content contained in this document are subject to the German copyright. The contents are for personal use only and may only be reproduced or made accessible to third parties if you have gained permission from the copyright owner. Any form of commercial use is expressly prohibited. When seeking the granting of licenses of use or permission to reproduce any kind of material please contact the responsible editors of the publications or contact the Deutsches Archäologisches Institut (info@dainst.de).

WOLFGANG KUNKEL

Theodor Mommsen als Jurist

Die folgenden Ausführungen haben sich in WOLFGANG KUNKELS Nachlaß gefunden. Sie lagen aller Wahrscheinlichkeit nach dem Vortrag zugrunde, den er 1962 in der Festsitzung der Bayerischen Akademie der Wissenschaften gehalten hat. Verschiedene Gedanken, die KUNKEL hier äußert, finden sich verstreut auch an andern Stellen seines Werkes. Im Zusammenhang aber sind sie nur hier formuliert worden. Obwohl MOMMSENS juristischer Ansatz inzwischen andere Behandlungen erfahren hat (vor allem durch JOCHEN BLEICKEN, *Lex Publica. Gesetz und Recht in der Römischen Republik*. Berlin/New York 1975) scheint es uns daher, daß dieser Vortrag es verdient, veröffentlicht zu werden.

Es sind in ihm nicht nur bedeutsame Beobachtungen – etwa zu MOMMSENS Auffassung von seiner «genetisches Verständnis fordernden Wissenschaft», oder zum «logischen Gegenbild», das dem «realen Wesen der Dinge entgegentritt» (RUDORFF) – gemacht, es wird nicht nur der Zusammenhang verschiedener Züge im Bilde MOMMSENS aufgeheilt, sondern es wird auch wie nirgends sonst deutlich, worin sich KUNKEL von MOMMSEN absetzt. In Hinblick auf sein hoffentlich bald zu publizierendes hinterlassenes Manuskript zur «Römischen Staatsordnung und Staatspraxis» scheint dieser Vortrag also besonderes Interesse zu beanspruchen. Schließlich ist die Auseinandersetzung mit MOMMSENS Staatsrecht in der althistorischen Wissenschaft durch BLEICKEN gerade erst wieder in Gang gekommen und sollte weitergetrieben werden (vgl. BLEICKEN 17.34f. ALFRED HEUSS, *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert*. Kiel 1956, 56f.).

Im Text sind einige wenige Schreibversehen ausgebessert worden; das Ende des – offensichtlich – letzten Satzes ist verlorengegangen. Ch. Meier/D. Nörr

Soweit die Gestalt THEODOR MOMMSENS heute noch, fast 60 Jahre nach seinem Tode, im Bewußtsein einer breiteren Bildungsschicht lebendig ist, gilt er wohl als der große Historiker des römischen Altertums und insonderheit als der Verfasser einer römischen Geschichte, die – unerreicht an Fülle der Gesichtspunkte, an Farbigkeit und Schärfe der Zeichnung und an innerer Spannung – den Leser heute wie ehemals in ihren Bann zieht. Wer der Altertumswissenschaft näher steht, weiß jedoch, daß dieses Geschichtswerk keineswegs im Zentrum von MOMMSENS wissenschaftlichem Vermächtnis steht, daß sich der Forschungsbereich des großen Gelehrten auf nahezu alle Zweige der Altertumswissenschaft erstreckte und daß er fast überall, wo er tätig geworden ist, die Fundamente geschaffen hat, auf denen die Folgezeit bis in die Gegenwart weiterbaute. MOMMSEN war Philologe und Sprachwissenschaftler nicht weniger als Historiker; er schuf die Disziplin der lateinischen Epigraphik und war der erste, der die Probleme der römischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte voll erfaßte. Er war auch und war sogar in aller er-

ster Linie Jurist. Vom Juristen THEODOR MOMMSEN, von seiner Eigenart, seinen Leistungen und seinen Grenzen möchte ich heute sprechen.

Von der Rechtswissenschaft ist MOMMSEN ausgegangen. Nur in diesem Fache hat er ein reguläres Universitätsstudium, eine Abschlußprüfung (das Amtsexamen, wie es im dänischen Schleswig-Holstein hieß) bestanden. Als Jurist ist er auch zum Doktor promoviert worden. Allerdings gehörten die beiden Arbeiten, die er zum Amtsexamen und zur Promotion einreichte, bereits dem Grenzbereich zwischen Rechtswissenschaft und Historie an, in dem sich auch späterhin seine juristische Forschung bewegt hat. Es war damals noch möglich, daß sich ein Rechtskandidat mit einer lateinisch geschriebenen Untersuchung über das Vereinswesen des römischen Altertums auch für die juristische Praxis qualifizierte. Aber es versteht sich von selbst, daß der junge MOMMSEN in diesen Prüfungen auch seine Vertrautheit mit dem spezifisch juristischen Stoff, insbesondere mit dem Kernfach der damaligen Rechtsausbildung, dem Pandektenrecht, beweisen mußte. Daß er diesen Wissenschaftsbereich beherrschte, kann im übrigen schon darum nicht zweifelhaft sein, weil er später acht Jahre lang als juristischer Professor in Leipzig, Zürich und Breslau Pandektenrecht gelesen hat. Damals schrieb er auch eine Serie von Rezensionen zivilrechtlicher Werke, die deutlich genug erkennen lassen, daß er das Pandektenschrifttum noch laufend verfolgte. Wenn man diese Besprechungen liest, möchte man kaum glauben, daß ihr Verfasser ein Historiker oder auch nur ein entschieden historisch orientierter Jurist war; so scharf wird oft der Gesichtspunkt der praktischen Brauchbarkeit betont, so stark tritt die Ablehnung historischer Quisquilien hervor. Besonders bemerkenswert aber ist die Tatsache, daß diese Rezensionen zu einer Zeit entstanden sind, in der MOMMSEN an seiner römischen Geschichte schrieb, wie denn überhaupt dieses historische Werk – abgesehen von dem viel später hinzugefügten 5. Band – in der Hauptsache entstanden ist, als sein Verfasser Pandekten lehrte. Die beiden Seelen in MOMMSENS Brust, der Jurist und der Historiker, lebten damals sozusagen in getrennten Bereichen. Erst nachdem MOMMSEN 1858, bereits 42 Jahre alt, als wissenschaftlicher Beamter an die Berliner Akademie berufen worden war, um das Corpus Inscriptionum Latinarum, die gewaltige Sammlung aller aus dem Altertum überkommenen lateinischen Inschriften, zu organisieren, verlor er den Kontakt mit der Pandektenwissenschaft. Als er vier Jahre später wieder an der Universität zu lehren begann, trat er nicht mehr in die juristische Fakultät ein, sondern (als Professor für alte Geschichte) in die philosophische Fakultät.

Aber das änderte natürlich nichts daran, daß MOMMSEN seiner Ausbildung nach ein Jurist war, daß er alle Probleme, die dazu eine Handhabe boten, mit juristischer Methode anfaßte und daß er mit Vorliebe genau diejenigen Aufgaben in Angriff nahm, die eine solche Behandlung gestatteten. Er selbst hat sich zu den verschiedensten Zeiten seines Lebens immer wieder zur Rechtswissenschaft bekannt, am eindrucksvollsten vielleicht in der Vorrede zu seiner großen Ausgabe der Digesten. *Juris Romani studiis*, schreibt er hier, *quibus adulescentiam dedi, acceptum*

refero quidquid in litteris profeci: «Dem Studium des römischen Rechts, dem ich mich in meiner Jugend hingegeben habe, verdanke ich alles, was ich in der Wissenschaft geleistet habe.» Die Ausgabe der Digesten betrachtete er gewissermaßen als seinen Beitrag zur Pandektenjurisprudenz, als einen Beitrag, zu dem er sich als Jurist und Philologe berufen und verpflichtet fühlte. In der Tat hätte ein Nur-Philologe diese Edition, die nun schon nahezu ein Jahrhundert lang die Grundlage aller Forschung am römischen Recht ist, ebensowenig schaffen können wie ein bloßer Jurist. Denn dazu bedurfte es sowohl der philologischen Meisterschaft MOMMSENS (in der kritischen Würdigung der Überlieferung) wie seiner Kunst juristischer Interpretation, von der jede der zahllosen Text-Emendationen Zeugnis ablegt. Entsprechendes gilt von seinen späteren Ausgaben juristischer Quellen, insbesondere von der großen Edition des Codex Theodosianus.

Noch entschiedener tritt der Jurist MOMMSEN aber in seinen bedeutendsten Werken hervor: dem römischen Staatsrecht, das er selbst mit Recht unter allen seinen Arbeiten am höchsten stellte, und dem römischen Strafrecht. Beide stehen dem Gegenstande nach abseits von den gewöhnlichen Bahnen der Pandektistik, die durch die Notwendigkeiten des juristischen Unterrichts vornehmlich an das Privatrecht gefesselt war; beide forderten die Beherrschung eines riesigen Quellenstoffs außerhalb des engeren Bereichs der Rechtsquellen, eine Beherrschung, die nur der Philologe und Historiker MOMMSEN besaß. In Anlage und Methodik aber sind beide Werke unzweifelhaft Werke eines Juristen.

Sie sind es in einem geradezu befremdenden Maße. Sie handeln nicht etwa von der mehr als tausendjährigen Geschichte der römischen Staatsordnung und des römischen Strafrechts, sondern abstrahieren aus dieser Geschichte ein System von Institutionen und Rechtsnormen, das innerhalb des geschichtlichen Ablaufes sozusagen eine zeitlose Gültigkeit beansprucht – eine Konzeption von wahrhaft grandioser Paradoxie! Ein immenser Reichtum historischer Fakten wird vor uns ausgebreitet, aber diese Fakten sind alle in das Strebewerk einer begrifflichen Ordnung so fest eingefügt, daß es dem Betrachter außerordentlich schwer gemacht wird, sie an und für sich zu würdigen, sie anders einzuordnen, als MOMMSEN es tat. Die politischen und sozialgeschichtlichen Zusammenhänge der staatlichen Entwicklung und der Entwicklung des Strafrechts sind so weit als möglich ausgeklammert; nicht etwa darum, weil MOMMSEN sie nicht gesehen oder sich nicht für sie interessiert hätte – das Gegenteil beweist jede Seite seiner Römischen Geschichte –, sondern weil er den römischen Staat und das römische Strafrecht als reine Rechtsordnung darstellen wollte.

Das Merkwürdige ist nun, daß ihm das in weitem Maße gelungen ist, im Staatsrecht freilich mehr als im Strafrecht. Der Unterschied mag zum Teil daran liegen, daß das Strafrecht ein Werk des hohen Alters ist. Der 80jährige besaß vielleicht doch nicht mehr im vollen Maße die frühere Kraft, den Stoff zu durchdringen und zu bezwingen. In der Hauptsache aber dürfte die geringere systematische Geschlossenheit des Strafrechts auf den Gegenstand selbst zurückzuführen sein. An

und für sich sollte man denken, das Strafrecht sei ein dankbareres Objekt juristischer Systematik als das mit den Wechselfällen und Zweckbedürfnissen des politischen Lebens viel enger verflochtene Staatsrecht. Aber das gilt nicht für das römische Strafrecht. Die arbiträre Natur der kaiserzeitlichen Beamtenjustiz, deren Überlieferung den überwiegenden Teil des Quellenmaterials ausmacht, und der Flickwerkcharakter der spätrepublikanischen Kriminalgesetzgebung machen hier die Erstellung eines bis in die Einzelheiten folgerichtigen Systems schlechthin unmöglich. Außerdem ist der geschichtliche Wandel der Gerichtsverfassung und des Verfahrensrechts so unverkennbar, daß der für MOMMSENS Staatsrecht kennzeichnende vollständige Verzicht auf eine historische Aufgliederung des Stoffs wenigstens für den Strafprozeß nicht durchführbar war. Und schließlich erweisen sich hier gewisse Grundvorstellungen MOMMSENS, die er schon in seinen Jugendjahren konzipiert hatte und die übrigens mit seinen staatsrechtlichen Doktrinen sehr eng zusammenhängen, als Quellen fundamentaler Irrtümer, die ihm den Weg zu einer einheitlicheren Darstellung der strafprozessualen Entwicklung versperrten. Aus mancherlei Ursachen ist also MOMMSENS Strafrecht sowohl in der juristischen Stoffbewältigung wie in den historischen Ergebnissen das sehr viel schwächere der beiden Werke. Wir halten uns darum, wenn wir nun versuchen wollen, ein Bild von MOMMSENS juristischer Methode, ihrer faszinierenden Kraft und ihren Ergebnissen zu gewinnen, an das Staatsrecht.

MOMMSEN hat zwei Bücher über das römische Staatsrecht geschrieben: Das mächtige drei-, d. h. eigentlich fünfbändige Werk im Handbuch der römischen Altertümer, verfaßt in seinen reifen Mannesjahren, und einen Abriß des römischen Staatsrechts in Bindings Handbuch der Rechtswissenschaft, in dem der 76jährige in knappster Form und strengster Systematik noch einmal zusammengefaßt hat, was dort in aller Breite und mit erschöpfenden Quellennachweisen dargelegt war. So wirkt das spätere Werk noch juristischer als das ältere, wie es denn ja auch speziell für Juristen geschrieben ist. In Konzeption und Anlage bestehen jedoch zwischen beiden keine sehr wesentlichen Unterschiede.

Was MOMMSEN darstellt, ist im Grunde das Staatsrecht der Republik. Aber er schreibt den Begriffen, die er diesem Zeitabschnitt der römischen Verfassungsgeschichte entnimmt, eine Geltung für die gesamte Dauer des römischen Staatswesens zu, zum mindesten bis auf Diokletian. Die nachdiokletianische Zeit ist in dem großen Staatsrechtswerk überhaupt nicht berücksichtigt, im Abriß finden sich darüber einige wenige Seiten, auf denen der Staat der Spätzeit im wesentlichen als eine Erscheinung des Verfalls beschrieben wird. Immerhin, die historische Entwicklung eines Staatswesens während rund eines ganzen Jahrtausends wird auf die Fläche einer systematischen Darstellung projiziert und auf das Zusammenspiel dreier Faktoren zurückgeführt, deren Gestalt und Funktion als von Anfang an vorhanden und im Grund unveränderlich vorausgesetzt wird. Diese Faktoren sind die Magistratur, die Bürgergemeinde und der Senat. Unter ihnen kommt dem Senat in MOMMSENS Darstellung das geringste Gewicht zu, obwohl er doch ganz of-

fensichtlich bis in die Krisenzeit der Republik hinein das leitende Organ des Staates und der eigentliche Mittelpunkt des politischen Lebens gewesen ist. Aber MOMMSEN sieht ganz bewußt von den politischen Kräfteverhältnissen ab und beschränkt den Blick auf die juristischen Kompetenzen. Unter diesem Gesichtswinkel erscheint ihm der Senat als ein bloß beratendes Organ, dessen Beschlußfassung den Magistrat grundsätzlich nicht bindet. Auch die Bürgergemeinde, das souveräne Organ des Gemeinwesens, ist ohne den Willen des Magistrats nicht handlungsfähig. Sie kann nur zusammentreten, wenn sie von einem dazu befugten Magistrat berufen wird, und kann nur beschließen oder verwerfen, was der Magistrat beantragt. So erscheint denn MOMMSEN die Magistratur als der eigentlich beherrschende Faktor des römischen Gemeinwesens. Mit ihr beginnt er sein großes Staatsrechtswerk; ihr ist der weitaus umfangreichste Teil des Werkes gewidmet, und hier feiert seine juristische Abstraktionskraft die größten Triumphe. Ein allgemeiner Teil des Rechts der Magistratur füllt den ganzen, über 700 Seiten starken ersten Band des großen Staatsrechts. Man fühlt es deutlich, daß seine Ausarbeitung das eigentlichste Anliegen MOMMSENS gewesen ist. Er wollte die Institution der Magistratur als solche erfassen.

Dies war bei der Vielzahl und den sehr unterschiedlichen Funktionsbereichen der Ämter in der voll entwickelten republikanischen Ordnung ein schwieriges Unterfangen, und es konnte nicht ausbleiben, daß MOMMSENS allgemeine Lehren vornehmlich nach dem Bilde der oberen Magistratur, des Konsulats, der Prätur und der Diktatur, geformt sind. Ein besonders kühner Gedanke aber war es, in den Begriff der Magistratur auch das Königtum der römischen Frühzeit und den Prinzipat, das vordiokletianische Kaisertum, einzubeziehen. Gewiß fehlte es dafür nicht an Anhaltspunkten. Die Römer der ausgehenden Republik, insbesondere Cicero, sahen in ihrem höchsten Staatsamt, dem Konsulat, die Fortsetzung der alten königlichen Gewalt; sie stellten sich die staatliche Ordnung der Königszeit, von der sie in Wahrheit nichts mehr wußten, mit Hilfe der ihnen geläufigen Begriffe des republikanischen Staatsrechts vor. MOMMSEN war sich vollkommen darüber klar, daß auf die Überlieferung über die römische Königszeit kein Verlaß ist. Er dachte in diesem Punkt kritischer (und, wie mir scheint, richtiger) als viele Gelehrte nach ihm. Trotzdem meinte er, von der republikanischen Magistratur auf das Wesen des römischen Königtums zurückschließen zu können. Er glaubte eben an eine Permanenz der Institutionen durch allen Wechsel der Geschichte hindurch.

Was den Prinzipat angeht, so konnte sich MOMMSEN darauf berufen, daß Augustus, der Begründer dieser Staatsform, die politische und militärische Gewalt des Monarchen in republikanische Formen gekleidet hat. Es ist zweifellos ein großes Verdienst MOMMSENS, daß er diese Tatsache ins helle Licht gerückt hat. Dennoch ist man sich heute darüber einig, daß er dem Prinzipat mit der Einordnung in die Begriffe der Magistratur durchaus nicht gerecht geworden ist. In diesem Punkte zeigen sich auf eine besonders eindringliche Weise die Grenzen, die MOMMSENS rein juristisch-systematischer Betrachtungsweise gesetzt waren. Denn gerade der

Prinzipat ist ohne den von MOMMSEN bewußt ausgeschlossenen Rückgriff auf rein politische und soziale, d. h. außerjuristische Vorstellungen schlechterdings nicht zu verstehen.

Für unsere Betrachtung kommt es indessen auf die Frage der historischen Wahrheit von MOMMSENS Darstellung nicht so sehr an. Uns interessiert vielmehr die Leitidee, die der Erstreckung des Magistraturbegriffs auf Königtum und Prinzipat zugrunde liegt. Hier erfassen wir, wie mir scheint, fundamentale Vorstellungen, von denen MOMMSEN bei seiner Darstellung des römischen Staatsrechts ausgegangen ist.

Das Königtum ist für MOMMSEN das Urbild der Magistratur. In ihm offenbart sich am reinsten, was die Magistratur ihrem eigentlichen Wesen nach immer geblieben ist: die allseitige und unbeschränkte Vertretung des Gemeinwesens. Die Einführung der republikanischen Ordnung besteht in nichts anderem als in der Beschränkung der Magistratur, die auf mehrfache Weise zustande kommt. Einmal durch die Wahl der Magistratur durch das Volk und durch die gesetzgeberischen und richterlichen Befugnisse der Volksversammlung; sodann durch die Prinzipien der Annuität und Kollegialität. Beide Begriffe sind von MOMMSEN geprägt: Annuität bedeutet die Befristung der Amtsführung grundsätzlich auf ein Jahr, Kollegialität die Einsetzung von jeweils zwei oder mehreren Amtsträgern mit gleichen und konkurrierenden Befugnissen. Eine dritte Art der Beschränkung der magistratischen Gewalt besteht in der Schaffung von Spezialämtern für Einzelfunktionen, die zuvor in der allumfassenden Amtsgewalt der Obermagistrate enthalten waren. Trotz aller dieser Beschränkungen aber ist die Amtsgewalt der Höchstmagistrate, ihr Imperium, dem Wesen nach immer die alte totale Königsgewalt geblieben. Die Beschränkungen greifen gewissermaßen nur von außen in sie ein. Entfallen sie aus dem einen oder anderen Grund, so tritt die Totalität des Imperiums auch praktisch wieder in Erscheinung. So kann z. B. die Kollegialität jederzeit durch die Ernennung eines Diktators aufgehoben werden. Für den Provinzstatthalter besteht sie überhaupt nicht; er waltet allein in seinem Amtsbereich. Für ihn existiert auch nicht die faktische Teilung zwischen politischer und jurisdiktioneller Gewalt, die im stadtrömischen Bezirk durch die Schaffung der Prätur entstanden war. Und schließlich beschränkte sich auch das Provokationsrecht des Bürgers und die damit nach MOMMSENS Meinung unmittelbar verknüpfte Strafjustiz der Volksversammlung lange Zeit auf den städtischen Bereich. Außerhalb der Bannmeile hatte der Träger des Imperiums noch bis in den Anfang des zweiten Jahrhunderts vor Christus die unumschränkte Gewalt über Leben und Tod der römischen Bürger, so wie sie einstmals dem König und lange Zeit dem Diktator auch in der Stadt zugestanden hatte.

In dem Zusammenspiel der drei Organe des römischen Gemeinwesens und insbesondere in den Beschränkungen der Magistratur durch Befugnisse der Bürgergemeinde und später auch des Senats besteht in MOMMSENS Augen überhaupt die Essenz der römischen Verfassung. Wo der Magistrat mit totaler Gewalt regiert

und straft, da gibt es weder ein Staatsrecht noch ein Strafrecht. Hiéeraus erklärt sich, warum in MOMMSENS Darstellung für das nachdiokletianische Zeitalter kein Raum ist. Dem Volk und dem Senat kamen in dieser Zeit reale politische Funktionen nicht mehr zu; es herrschte die absolute Gewalt des Monarchen. Ein wirkliches Staatsrecht existierte darum für MOMMSEN in dieser Periode nicht mehr. Nicht äußere Rücksichten, insbesondere nicht etwa die Schwierigkeiten, die das größtenteils entlegene und kaum aufbereitete Quellenmaterial bot, bestimmten also MOMMSEN, den Staat der Spätzeit unberücksichtigt zu lassen, sondern die Grundkonzeption selbst, auf der sein Werk beruhte. Den Prinzipat dagegen konnte MOMMSEN einbeziehen, weil er eine Teilung der Herrschaft zwischen Princeps und Senat annahm, die ihm die von Augustus geschaffene Ordnung als letzte Phase eines wirklichen Verfassungslebens erscheinen ließ. Was die Königszeit angeht, so war eine Darstellung der unbeschränkten Königsgewalt schon darum unentbehrlich, weil sie den Ausgangspunkt für die Deutung der republikanischen Magistratur bildete. Es kam hinzu, daß nach der römischen Überlieferung die Volksgemeinde und der Senat auch schon unter den Königen existiert haben.

So erklärt sich die zeitliche Begrenzung von MOMMSENS Staatsrechtswerk. Aber auch seine rein systematische Anlage läßt sich von denselben Grundvorstellungen aus begreifen. Im Wandel der politischen und sozialen Verhältnisse änderten sich zwar Funktionsbereich und Macht der Faktoren des römischen Staatslebens, nicht aber – nach MOMMSENS Meinung – ihre juristische Struktur und ihre Potenz. Diese Struktur und diese Potenz hielt er für konstante Größen, die systematischer Darstellung zugänglich und bedürftig waren. Eine solche zu schaffen war sein Ziel. In der Vorrede zur ersten Auflage des Staatsrechts spricht er von einer «begrifflich geschlossenen und auf konsequent durchgeführten Grundgedanken wie auf festen Pfeilern ruhenden Darstellung, die das Wesen wie jedes Rechtssystems, so auch des Systems des römischen Staatsrechts, wenn auch noch nicht ist, doch werden muß.»

Diese Worte haben gewissermaßen einen doppelten Boden. Zunächst ist nur von der systematischen Darstellungsweise als Aufgabe des Autors die Rede (die – das ist der weitere Inhalt des Satzes – keine Polemik gegen andere Auffassungen gestatte). Dahinter aber steht deutlich die Vorstellung, das System sei in Wahrheit der Rechtsordnung selbst, also auch dem römischen Staatsrecht immanent und die Aufgabe des Darstellers bestehe eigentlich nur darin, diese in seinem Gegenstand liegende Systematik ans Licht zu bringen. Eine andere Äußerung MOMMSENS in der Vorrede zum Abriß des römischen Staatsrechts führt uns noch einen Schritt weiter; sie zeigt, daß er Konsequenzen systematischer Deduktion höher stellte als die Ergebnisse einer bloßen historischen Empirie. «Vor der Platitude derjenigen [historischen] Forschung», heißt es da, «welche das, was sich nie und nirgend begeben hat, bei Seite lassen zu dürfen meint, schützt den Juristen seine genetisches Verständnis fordernde Wissenschaft.» «Genetisches Verständnis» bedeutet hier nicht etwa die rein pragmatisch gewonnene Einsicht in die Ursachen geschichtli-

cher Vorgänge und Zustände. Eine derartige Betrachtungsweise bleibt ja gerade in der von MOMMSEN gerügten «Plattheit» befangen. Gemeint sein muß vielmehr eine darüber hinausgehende, analysierende und konstruierende Untersuchung, die aus den historischen Fakten auf zentrale Begriffe und Prinzipien schließt. Ihr mißt MOMMSEN offenbar einen besonderen Erkenntniswert bei, der selbst dann besteht, wenn sich das, was sich dabei ergibt, «nie und nirgend» zugetragen hat. Unverkennbar wohnt dieser Paradoxie eine polemische Schärfe inne, gerichtet gegen die Kritik, die seine juristische Systematik hauptsächlich von philologischer Seite erfahren hatte. Dies schließt aber nicht aus, daß MOMMSENS volle Überzeugung hinter dem Satze steht. Er glaubte an die Wahrheit seiner dogmatischen Einsichten jenseits aller historischen Fakten.

In diesem für das Verständnis seiner juristischen Werke entscheidenden Punkt steht MOMMSEN ganz auf dem Boden der Zivilrechtswissenschaft seiner Zeit, der Pandektistik. Auch sie leitete aus einem historischen Material, aus der antiken Überlieferung des römischen Privatrechts, abstrakte Begriffe und Prinzipien ab und fügte sie zu einem System zusammen, dem sie eine mehr oder weniger zeitlose Gültigkeit zuschrieb. Sie suchte das Wesen etwa des Eigentums an sich oder der Obligation an sich zu definieren und daraus wiederum alle Einzelercheinungen bis zu den konkreten Fallentscheidungen der römischen Juristen zu deduzieren. Sie bewegte sich dabei auf der Ebene einer rein juristischen Logik. Die wirtschaftliche und soziale Funktion der Rechtsnormen und Institutionen stand ganz im Hintergrund. Selbst da, wo es sich um eine geschichtliche Darstellung der Rechtsinstitute handelte, ging man weithin von der Vorstellung einer Permanenz juristischer Begriffe aus. Dies alles geschah unter der Devise historischer Rechtserforschung. Gewiß gab es in der von SAVIGNY begründeten «historischen Rechtsschule» neben der dogmatischen Hauptströmung eine mehr antiquarisch-philologisch orientierte Richtung, der sich übrigens auch MOMMSEN, zum mindesten in seinen jüngeren Jahren, zugerechnet hat. Ein klarer Gegensatz, eine wirkliche Spannung bestand aber zwischen diesen beiden Strömungen nicht. Dafür nur ein Beispiel.

Die dogmatische Richtung des Pandektismus fand ihren ersten (vielleicht sogar ihren absoluten) Höhepunkt in dem knappen Pandektenlehrbuch von SAVIGNYS Nachfolger auf dem Berliner Lehrstuhl GEORG FRIEDRICH PUCHTA. Die nach PUCHTAS frühem Tode (1846) erschienenen Auflagen dieses Werks sind von ADOLF FRIEDRICH RUDORFF herausgegeben worden, dessen bedeutendste, heute noch grundlegende Arbeit der juristische Kommentar zu LACHMANNS Ausgabe der Schriften der römischen Feldmesser war. Dieses Werk und ebenso seine römische Rechtsgeschichte charakterisieren ihn als einen Juristen mit ausgesprochen philologisch-antiquarischem Interesse, und es wundert uns darum nicht, wenn MOMMSEN ihm zusammen mit EDUARD BÖCKING, dem Autor wichtiger Quelleneditionen, als philologischen Juristen (*iurisconsultis philologis*) seine große Digestenausgabe gewidmet hat. Hören wir nun, wie RUDORFF im Vorwort der 11. Auflage von PUCHTAS Pandekten die Polemik RUDOLF V. IHERINGS gegen den Dogmatismus

PUCHTAS abwehrt: Er spricht davon, daß es Aufgabe der Pandektenvorlesung (und somit auch des Pandektenlehrbuches) sei, die «bleibenden rationellen universalen» Elemente des römischen Rechts darzustellen, und fährt fort: «Diese bleibenden Elemente aber, was sind sie anders als jenes logische Gegenbild, welches überall, wo eine Rechtswissenschaft entsteht, dem realen Wesen der Dinge entgegen tritt.» Wir sehen hier, daß auch dieser entschieden historisch orientierte Jurist an die Fruchtbarkeit rein juristischer Abstraktion und Deduktion und an die zeitlose Gültigkeit der fundamentalen Begriffe glaubte. Zugleich lehrt uns vielleicht das Wort vom logischen Gegenbild, das dem realen Wesen der Dinge gegenübertritt, MOMMSENS Wertschätzung dessen, was sich nie und nirgend begeben hat, noch sicherer verstehen.

Daß MOMMSEN seit seinen Studentenjahren mit dem Gedankengut und den Methoden der historischen Rechtsschule vertraut war, ist selbstverständlich. Seine Lehrer BURCHARDI, ein Schüler SAVIGNYS, und KIERULFF übermittelten es ihm, KIERULFF allerdings wohl mit einiger Distanz und Kritik gegenüber der orthodoxen Lehre. Wir haben aber auch klare Beweise dafür, wie entschieden sich der junge MOMMSEN den Streitern dieser Schule zugesellt hat. Da ist einmal die große Rezension, in der sich der achtundzwanzigjährige mit GEORG BESELERs «Volksrecht und Juristenrecht» auseinandersetzte, jener germanistischen Streitschrift, die sich in erster Linie gegen PUCHTAS Theorie vom Gewohnheitsrecht, zugleich aber gegen das römische Recht überhaupt und seine Geltung auf deutschem Boden richtete. Obwohl MOMMSEN politisch die liberale und nationale Gesinnung teilte, die dem Streit der Germanisten gegen die Schule SAVIGNYS letztlich zugrundelag, stellte er sich BESELER mit großer Entschiedenheit und bemerkenswertem taktischem und darstellerischem Geschick entgegen. Er hob die Gefahr der nationalen Zersplitterung hervor, die mit der Beseitigung des in dreihundertjähriger Praxis eingedeutschten römisch-gemeinen Rechts verbunden sei, sprach zwar ULRICH VON HUTTEN das Recht zu, gegen das römische Recht zu kämpfen, nicht aber GEORG BESELER und bezeichnete es als «einen Teil des kindlichen Liberalismus unserer Tage, auf ewig Untergegangenes zurückzuwünschen.» Deutlicher noch sprechen zwei Vorträge über «die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft» und «die Bedeutung des römischen Rechts», die MOMMSEN in den Jahren 1848 und 1852 gehalten hat. Die Gedanken, die er hier entwickelt, entsprechen bei aller Eigenständigkeit der Formulierung ganz überwiegend dem Programm der historischen Rechtsschule, so wie es schon von SAVIGNY formuliert worden war. Das im Einzelnen darzutun, ist im Zusammenhang dieses Vortrags nicht möglich. Wohl aber möchte ich auf einige Stellen in dem Vortrag über die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft hinweisen, die uns noch einmal zeigen, welche Bedeutung und welchen Erkenntniswert MOMMSEN der juristischen Systematik beimaß.

Vorweg muß ich bemerken, daß sich MOMMSEN als Romanist und Vertreter der historischen Schule in dieser Rede, die er inmitten der 48er Bewegung gehalten hat, entschieden in der Defensive befindet. Er bemüht sich, die historische Metho-

de, «die», wie er sich ausdrückte, «bei denen, welche für das dumme Volk sprechen oder schreiben, als unpraktisch geschildert und gescholten wird», als den rechten Weg zur Hebung der juristischen Praxis darzustellen. Sie sei es «eben gewesen», sagt er, «welche jenen Sinn für die Individualität einer jeden Rechtsinstitution und für ihre entsprechende Anwendung wieder geweckt hat, welcher den guten Praktiker macht. Daß wir wieder ein Rechtssystem besitzen anstatt eines Haufens von *brocardis*, daß unsere besten Praktiker einen Rechtsinstinkt und nicht mehr bloß eine Menge *decisiones* im Kopfe haben, das danken wir der historischen Schule.» Als Fernziel fordert er einen «Neubau des Rechts.» Denn «die deutsche Nation fordert, und fordert jetzt mit größerem Rechte als je, von ihren Rechtsgelehrten ein einheitliches und nationales Civilrecht.» Wie er sich diesen Neubau vorstellt, zeigen die folgenden Worte: «Es ist uns also die Aufgabe gestellt aus jenem ungeheuren Material das Geschichtliche ganz auszuschneiden, das praktische Civilrecht aber in ein systematisches Rechtsgebäude zusammenzufassen, so daß jede einzelne Institution sowohl in ihrer durch historische Studien erforschten Individualität als im Einklange mit dem ganzen Rechtssystem erscheint und dieses Rechtssystem also zugleich die Quintessenz der historischen Rechtsforschung und der methodische Ausdruck der gegenwärtigen Rechtsbegriffe sein wird.»

Der Neubau des Rechts besteht also für MOMMSEN in nichts anderem als der Errichtung eines vollkommenen Rechtssystems. Die Individualität der einzelnen Rechtsinstitute, die in diesem System klar hervortreten und sich zugleich harmonisch in den Gesamtbau einfügen soll, muß nach MOMMSENS Meinung zuvor historisch erforscht werden. «Denn», so sagt er an einer anderen Stelle des Vortrags, «der rechtschaffende Geist gehört überall einer früheren productiven Epoche an, uns bleibt nur das Erkennen und das Reproduciren.» Dieser Satz, der einen fundamentalen Gedanken aus dem Programm der historischen Rechtsschule in sehr zugespitzter Form wiedergibt, besagt aber nichts anderes, als daß das Wesen der Rechtsinstitute schon in ihrer frühen Entstehungszeit geprägt worden sei und durch allen Wandel der Geschichte mehr oder weniger unverändert bleibe. Daß wir mit dieser Ausdeutung nicht fehlgehen, beweist das sonderbare Ende des Vortrags: MOMMSENS Ausführungen schließen ziemlich unvermittelt mit einer kleinen Abhandlung über das *nexum*, ein Rechtsinstitut des ältesten römischen Privatrechts, das früh verschwunden ist und darum in seinem Wesen schon den römischen Juristen und Antiquaren der spätrepublikanischen Periode nicht mehr klar war. MOMMSEN wendet sich hier gegen eine verbreitete Lehre (der er sich übrigens 35 Jahre später selbst angeschlossen hat), gegen die Lehre nämlich, daß das *nexum* ein Selbstverkauf des Schuldners an den Gläubiger sei. Er denkt es vielmehr als einen schlichten Schuldvertrag, dessen Förmlichkeiten nur eine Offenkundigkeit der Verpflichtung begründen sollten. Was dies im Zusammenhang seiner Ausführungen über die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft besagen soll, deutet MOMMSEN nur in den paar Sätzen an, welche die Überleitung von seinen allgemeinen Ausführungen zu diesem Spezialthema bilden: «Um so mehr ist es aber auch

gerechtfertigt, wenn wir, da eine äußerliche Rechtseinheit für Deutschland noch nicht besteht, die innerliche Rechtseinheit anstreben durch die möglichst tiefe, ihre Wahrhaftigkeit an der Geschichte erprobende Erforschung der Grundbegriffe des Rechts, vor allem des römischen. Und so möchte es auch selbst vor dem Gerichte des Volkes, welches den Männern der Studirstube immer öfter und immer ernster sein strenges *cui bono* zuruft – auch vor diesem möchte es bestehen, wenn der Forscher im ältesten römischen Rechte den Anfängen des Eigenthums und der Obligation nachgeht. Es wird mir vielleicht erlaubt sein das Resultat einer solchen Untersuchung über das für das Eigenthum wie für die Obligation wichtige und interessante *Nexum* hier anzuknüpfen und damit diesen Vortrag zu schließen.»

Man sieht, MOMMSEN hat die Gelegenheit, seine Meinung über das *nexum* anzubringen, einigermaßen vom Zaum gebrochen. Aber wenn dieser Schluß des Vortrags im Zusammenhang des ganzen überhaupt einen Sinn hat, dann ist es der eines Beispiels für die Permanenz der Rechtsbegriffe und Institutionen. Wenn das *nexum* tatsächlich, wie MOMMSEN damals annahm, ein reines Verpflichtungsgeschäft war, dann bedeutet dies eben, daß der Begriff der Obligation von Anbeginn existiert hat und im Lauf seiner Geschichte nur variiert und differenziert worden ist. Dies ist aber ganz dieselbe Grundvorstellung, die wir in MOMMSENS Staatsrecht am Beispiel der magistratischen Gewalt studieren konnten. Sie ist, wie wir sahen, Gemeingut der Pandektistik des 19. Jahrhunderts, ja mehr oder weniger der ganzen Rechtswissenschaft dieses Zeitalters. Denn auch die Germanisten sahen ihre Aufgabe darin, dem Begriffs- und Institutionensystem der Pandektisten ein geschlossenes System des deutschen Rechts gegenüberzustellen, dessen Elemente aus Quellen der verschiedensten Perioden und räumlichen Bereiche abstrahiert waren. Auch sie suchten in der Geschichte die dogmatische Konstruktion, suchten die Erkenntnis einer permanenten Struktur der juristischen Erscheinungen.

Uns Heutigen ist diese Denkweise fremd geworden. Wir glauben nicht mehr an die absolute Konstanz der juristischen Begriffe und Institutionen. Sinn und Funktion der Rechtssystematik sind uns problematisch geworden, und die Isolierung der Rechtswelt von ihren ethischen, politischen, sozialen und wirtschaftlichen Hintergründen erscheint uns als eine Verirrung. Von einer vollständigen Abkehr von den Vorstellungen und Methoden der Pandektistik kann man dennoch nicht sprechen. Die begriffliche Klarheit, die sie gebracht hat, ist ein Besitz, den wir nicht verlieren möchten und nicht verlieren dürfen. Die Starrheit ihrer Systematik zu überwinden und eine elastischere, dem Leben nähere Auffassung der Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse zu gewinnen, das ist eine schwere Aufgabe, die noch keineswegs voll gelöst ist. Dies gilt vor allem für die Zivilrechtswissenschaft, weil hier die Pandektensystematik durch das Bürgerliche Gesetzbuch in den Bereich der Rechtsnormen selbst hinein verpflanzt worden ist. Es gilt aber auch für die rechtsgeschichtliche Forschung. Auch sie kann sich nicht leicht von den Denkkategorien lösen, die das 19. Jahrhundert geschaffen hat. Nicht nur die deutsche Wissenschaft ist in dieser Lage. Da die deutsche Pandektistik mehr oder weniger

internationale Geltung erlangt hat, wirkt ihr Dogmatismus auch in der Rechtswissenschaft (und speziell in der römischrechtlichen Forschung) anderer Nationen fort.

All das, was ich soeben über das Fortleben pandektistischer Anschauungen sagte, trifft auch, ja sogar in erhöhtem Maße für das Vermächtnis des Juristen – des Pandektisten – MOMMSEN [zu]. Seine Werke, vor allen sein Staatsrecht, haben alsbald nach ihrem Erscheinen eine außerordentliche, man kann sagen: eine zwingende und lähmende Autorität gewonnen, die bis auf den heutigen Tag besteht. Unzweifelhaft ist daran auch die philologische Meisterschaft MOMMSENS beteiligt, seine Stoffbeherrschung und seine Interpretationskunst, denen kaum ein Späterer gewachsen war. Noch stärker wirkte und wirkt noch immer die faszinierende Kraft seiner juristischen Deduktion, die Geschlossenheit des Systems, das er geschaffen hat. MOMMSENS Staatsrecht ist kein Fundament, auf dem die späteren einfach weiterbauen konnten. Denn er selbst hat den Bau bis in alle Einzelheiten vollendet. Nicht ohne Berechtigung schreibt ALFRED HEUSS in dem ausgezeichneten Buch «Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert», in dem auch der Jurist MOMMSEN zutreffend und eindringend gewürdigt ist: «das Mommsensche System war nur zu akzeptieren oder zu zerbrechen.»

Die Einzelforschung, die sich in den letzten 40 Jahren in steigendem Maße vom Banne der MOMMSENSchen Dogmatik zu befreien sucht, hat zwar zahlreiche Einzelthesen seiner Werke mit mehr oder weniger großem Erfolge angefochten. Vom Banne der Methoden MOMMSENS hat sie sich einstweilen nicht im gleichen Maße zu befreien vermocht. Die Waffen des reinen Historikers erweisen sich gegenüber der Logik des Juristen MOMMSEN nicht selten als stumpf; der Rechtshistoriker aber verfällt dieser Logik umso leichter, als ihm oftmals die Vertrautheit mit den sozialen und politischen Hintergründen fehlt, vor dem die Beweisstellen MOMMSENS in einem neuen Licht erscheinen könnten.

Denn darin besteht die Aufgabe: jedes einzelne Glied des MOMMSENSchen Systems an der vollen geschichtlichen Wirklichkeit des römischen Staatslebens nachzuprüfen, eine Riesenaufgabe, noch sehr viel größer als die, die MOMMSEN sich im Geiste der Rechtswissenschaft seiner Zeit gestellt und die er auf eine so grandiose Weise gelöst hat. Es wird wohl der Arbeit weiterer Generationen bedürfen, um ein neues Bild des römischen Staatswesens in allen Einzelheiten auszuführen, ein Bild, in dem die Dynamik der historischen Entwicklung voll zu ihrem Rechte kommt. Aller Voraussicht nach wird sich dann aber erweisen, daß der Weg, den MOMMSEN gegangen ist, doch keine Sackgasse war. Viele seiner Ergebnisse werden sich schlechthin bewähren, viele andere nur einer Relativierung bedürfen. Das klare und scharfe Licht, das dieser gewaltige Forscher, der auch als Jurist einer der Großen seines Jahrhunderts war, im Grenzbereich von Geschichte und Rechtsgeschichte angezündet hat, wird auch dann noch leuchten, wenn andere Lichtquellen, . . .