

Hasso Hofmann

Das antike Erbe im europäischen Rechtsdenken Römische Jurisprudenz und griechische Rechtsphilosophie

1.

In seiner vergleichenden Religionssoziologie hat Max Weber unter den Gründen für Entstehung und Entfaltung des dem Okzident eigentümlichen Rationalismus auch die Tradition des römischen Rechts genannt: habe doch nur der römische Westen „allein auf der gesamten Erde ein rationales Recht entwickelt... und (behalten)". Noch die „spezifisch moderne Systematisierung" des Rechtsstoffs sei in Europa (mit Ausnahme Englands), so Weber weiter, am römischen Recht herausgearbeitet worden.¹ Er erinnert damit an die spezifisch westliche Rechtswissenschaft, wie sie vor gut 800 Jahren von Bologna aus in Oberitalien aufblühte. Den Anstoß hatte das eher zufällige Auftauchen einer von den Pisanern im damals byzantinischen Amalfi geraubten Abschrift der *Digesten* oder *Pandekten* gegeben.² Dabei handelt es sich um die vom oströmischen Kaiser Justinian initiierte und 533 mit Gesetzeskraft ausgestattete Zusammenstellung einer Fülle von Fragmenten aus Lehrbüchern, Kommentaren und Gutachten der großen römischen Juristen aus der Zeit vom ersten vorchristlichen bis zur Mitte des dritten nachchristlichen Jahrhunderts. Neben den *Digesten* werden im 12. Jh. auch die anderen Teile der justinianischen Kodifikation, nämlich die einführenden *Institutionen* und der angefügte *Codex* von Kaisergesetzen bekannt. Es ist dieses *Corpus iuris civilis Justiniani*, aus dem zunächst die Glossatoren wie Accursius, später die Kommentatoren und Konsiliatoren wie Bartolus und Baldus, mittelbar aber auch die kirchlichen Kanonisten

1 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5 1972, Zweiter Teil. Kapitel V: *Religionssoziologie*, S. 245 ff. (335 f.); s. auch ebd. Kap. VII: *Rechtssoziologie*, S. 387 ff. (395 ff., 505, 511). Vgl. dazu Wolfgang Schluchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, 1979.

2 Sehr wahrscheinlich ist auf Grund der nachträglichen Eintragungen zumindest die süditalienische Herkunft. Ob die Handschrift tatsächlich in der Schlacht von Amalfi erbeutet wurde, ist unsicher. Vgl. Hermann Lange, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. I: *Die Glossatoren*, 1997, S. 63 m. w. Nachw,

das geformt haben, was in verwickelten Rezeptionsvorgängen zum *ius commune* Europas wurde.

Auf diesen Komplex, für den die Stichworte *ius civile*, Rezeption und *ius commune* charakteristisch sind, werden wir in einem ersten Teil unserer Überlegungen einen Blick werfen. Darüber hinaus soll sich ein zweiter Abschnitt mit einem von den Juristen meist vernachlässigten Aspekt des Materials beschäftigen. Zur Erinnerung: Die geschichtsmächtige Kraft der römischen Jurisprudenz entfaltet sich in und mit einer eigenständigen, ihrer Besonderheit und ihrer sozialen Geltung bewussten und in den mittelalterlichen Universitäten institutionalisierten juristischen Disziplin von (hochbezahlten) Fachleuten.³ Deren Wissenschaft beruhte hauptsächlich auf einer Masse von Fallanalysen und Falllösungen. Deduktionen aus Prinzipien und Operationen mit abstrakten Regeln waren ihre Sache nicht. Was da gleich am Anfang der *Institutionen* und der *Digesten* an Allgemeinem *de iustitia et iure* und *de iure naturali et gentium* zu lesen ist, aber auch, was bei der Behandlung der Sklaverei an kontrafaktischen Sentenzen über die natürliche Freiheit der Menschen und ihre Gleichheit erscheint,⁴ hat einen anderen Charakter und verrät schon so seine nicht-juristische, nämlich philosophische Herkunft.⁵ Überdies wird in diesem Kontext ausdrücklich Chrysipp als *philosophus summae stoicae sapientiae* nach dem griechischen Original zitiert (Dig. 1,3,2). Offenkundige Anleihen beim großen Vermittler Cicero⁶ weisen in dieselbe Richtung. Dieser rechts- und moralphilosophischen Seite unseres Erbes also werden wir uns im zweiten Teil zuwenden.

Zum Schluss bleibt dann — drittens — noch in Erinnerung zu rufen, was die theoretische und praktische Ausbildung des neuzeitlichen *ius publicum* in Europa einerseits der Überlieferung des römischen Rechts, andererseits und vielleicht noch mehr der *Politik* des Aristoteles verdankt, die seit dem 13. Jh. in lateinischer Übersetzung breite und nachhaltige Wirkung entfaltete.⁷

3 Dazu unübertrefflich Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (7 Bände),² 1834/1851, Neudruck 1986.

4 Vgl. Inst. 1,2, pr.; Dig. 1,1,3. Zur Sklavenfrage siehe später im Text vor Anm. 24.

5 Dazu sehr differenziert Merio Scattola, *Das Naturrecht vor dem Naturrecht: zur Geschichte des „ius naturae“ im 16. Jahrhundert*, 1999, S. 110 ff.

6 Dazu Jürgen Blänsdorf, Griechische und römische Elemente in Ciceros Rechtstheorie, in: *Würzburger Jahrbücher für die Altertumswissenschaft*, NF Bd. 2 (1976), S. 135 ff.; Scattola, (Anm. 5), S. 25 ff.

7 Zum *Aristoteles latinus* siehe die Einleitung von Eckhard Kessler in: ders. (Hrsg.), *Aristoteles Latinae - interpretatus variis*, edidit Academia Regio Borussica Berlin 1831, Nachdruck 1995, S. VII ff.

2.

Aber zunächst zu den Stichworten *ius civile*, Rezeption und *ius commune*. Wir haben von der Aufnahme wissenschaftlicher Beschäftigung mit Justinians *Corpus iuris civilis* an den oberitalienischen Universitäten des Mittelalters gesprochen, dem *mos italicus*, wie man später sagte. In dieser Arbeit und ihrer praktischen Auswirkung im weltlichen wie im kirchlichen Leben gründet die westliche Vorstellung von der relativen Selbständigkeit des Rechts gegenüber Politik und Religion samt dem Gedanken, das Recht sei — jedenfalls bis zu seiner formgerechten Änderung — auch für den Herrscher verbindlich.⁸ Zusammen damit wuchs die Vorstellung der Einheit des Rechts bei Achtung seiner inneren Pluralität nach Reich und Kirche, Stadt und Land und bei Anerkennung seiner dynamischen Entwicklungsfähigkeit von Altem zu Neuem. Die institutionalisierte Rechtswissenschaft brachte eine Art stabilisierendes und leitendes Meta-Recht, ein Recht über allen partikulären Rechtserscheinungen, hervor. Sie hatte in den überlieferten Texten des römischen Rechts sozusagen ihre eigenen heiligen Schriften. Indem sie sich mit Hilfe der aus Rhetorik und Dialektik bzw. Logik des Triviums entwickelten sog. scholastischen Methode der Textinterpretation ihrer bemächtigt, gewinnt die Rechtswissenschaft ihre eigenständige Autorität. „Von nun an“, schreibt der Altmeister Franz Wieacker dazu,⁹

„gab es neben den vitalen Kräften und Gewalten und neben der spirituellen Macht der Heiligen Schrift, der Väter der Kirche und der zeitgenössischen Theologie eine dritte unabhängige Instanz, die den Anspruch erhob, die Konflikte der Einzelnen, der Korporationen und der öffentlichen Gewalten miteinander und untereinander nach einer aus dem Denken begründeten Regel zu entscheiden. An diesem Anspruch des Juristen auf ‚Legalisierung‘, d. h. auf fachmännische ‚Verrechtlichung‘ ... des öffentlichen und gesellschaftlichen Lebens hat die europäische Rechtskultur im Prinzip bis heute festgehalten; und vor den anderen Zivilisationen des Erdballs ist die okzidentale gerade durch diese grundsätzliche Entscheidung ausgezeichnet und charakterisiert.“

Diese Feststellungen gelten notabene für beide Teile des sog. gelehrten Rechts, des *ius utrumque*, also für die Kanonisten so gut wie für die Legisten. Denn das Kirchenrecht des *Decretum Gratiani* und der päpstlichen Dekretalen wurde in Bologna nach denselben Grundsätzen und Methoden bearbeitet wie das *Corpus iuris civilis*.¹⁰

8 Hierzu und zum Folgenden mit weiteren Hinweisen und Belegen Hasso Hofmann, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, in: *Der Staat* 34 (1995), S. 1 ff. (8f. mit Anm. 32-34).

9 Franz Wieacker, Grundlagen der Rechtskultur, in: Stig Jørgensen u. a. (Hrsg.), *Tradition und Fortschritt in den modernen Rechtskulturen*, 1985, S. 176 ff. (182); s. auch ders., *Voraussetzungen europäischer Rechtskultur*, 1985.

10 Zur Entstehung der europäischen Rechtswissenschaft in Bologna s. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*,² 1967, S. 45 ff. Zur Bedeutung der Kanonistik für die europäische

Auch muss man sich gegenwärtig halten, dass die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte ursprünglich weit in den Bereich des Zivilrechts hineinging. So verdanken wir etwa unseren Grundsatz der Klagbarkeit aller Verträge, auch der durch formlosen Konsens geschlossenen, den Kanonisten und nicht den Legisten. Verbreitet wurde das gelehrte Recht demgemäß sowohl durch die in Italien ausgebildeten Richter, Syndici, Advokaten und Räte der städtischen oder fürstlichen Behörden und Gerichte wie durch gelehrte Kleriker, die nicht nur in kirchlichen Gerichten wirkten, sondern vielfach das gesamte Beurkundungswesen - Vorläufer des späteren öffentlichen Notariats - verwalteten. Vielleicht weniger direkt, aber breiter und nachhaltiger war natürlich die Wirkung der Doktoren, die den *mos italicus* alsbald in den anderen alten Universitäten Frankreichs, Spaniens und Englands, seit 1348 (Gründung der Prager Universität) auch in den neuen Hochschulen Zentraleuropas lehrten. Freilich sind die nationalen und lokalen Rechtsordnungen dadurch nirgendwo gänzlich verdrängt worden. Lange Zeit existierten gelehrtes und das einheimische Recht nebeneinander. Die Gerichte wendeten das eine oder das andere an. Vorzugsweise diente das römische Recht indes zur Schließung von Lücken des lokalen Rechts. Das römische Recht, sagten die gelehrten Juristen, habe allenthalben subsidiäre Geltung. Und sie begründeten dies zunächst damit, dass das römische Recht infolge der *translatio Imperii* kaiserliches Recht sei, später, als die politische Bedeutung der Kaiserkrone sank, zunehmend mit dessen Vernünftigkeit: römisches Recht schien ihnen *ratio scripta*. Von großer Bedeutung waren zudem die bewusst rechtsfortbildenden Romanisierungen alter Stadt- oder Landrechte. Einer vollständigen Übernahme des römischen Rechts aber standen nicht nur tradierte Vorstellungen und eingelebte Gewohnheiten entgegen. Vielfach passten die alten Regeln einfach nicht auf die gegebenen Verhältnisse. Insbesondere konnten die Städte als Zentren des Gewerbes und des Handels wegen der neuen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs unmöglich auf ihre innovativen Statutarrechte verzichten.

Auch im alten Deutschen Reich hat es trotz der Reichskammergerichtsordnung von 1495 und ihren Bestimmungen über die hälftige Besetzung des Gerichts mit gelehrten Juristen und die Anwendung der „gemainen Rechte“ des Reichs keine sog. Vollrezeption gegeben. Uneingeschränkt beherrschte das römische Recht in

Rechtskultur s. Hans Liermann, Das kanonische Recht als Grundlage europäischen Rechtsdenkens, in: *ZevKR6* (1957/58), S. 37ff.; Peter Landau, Der Einfluß des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur, in: Reiner Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, S. 49ff.; ders., Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien, in: *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, 1996, S. 23 ff. Speziell zur überragenden Bedeutung des kanonischen Prozessrechts: Winfried Trusen, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland*, 1962, S. 94 ff.; zur Bedeutung für die Entwicklung des Vertragsrechts Udo Wolter, *Ius canonicum in iure civili*, 1975, S. 9f., 103f., 113ff.

seiner Fortentwicklung zum *ius commune* Europas nur den Lehrbetrieb in den Universitäten. Nach alledem sieht die Wissenschaft die sog. Rezeption des römischen Rechts im gesamteuropäischen Rahmen heute weniger als Übernahme fremder Rechtsregeln, denn primär als einen Prozess der Verwissenschaftlichung der europäischen Rechtskultur, einen Vorgang grundlegender Veränderung der Rechtsvorstellungen durch die Dominanz eines am römisch-kanonistischen Recht geschulten Gelehrtenstandes in Lehre, Judikatur und Gesetzgebung." Dieser Einsicht gegenüber tritt die Bedeutung der im Detail höchst interessanten Fragen nach den römischen Wurzeln heutiger Regelungen insbesondere im Schuld- oder Sachenrecht um einiges zurück.¹²

In gewisser Weise hat es durch die dank Friedrich Carl von Savigny im Deutschland des 19. Jh. mit weltweiter Wirkung aufblühende sog. Pandektenwissenschaft noch eine weitere Rezeption dieser Art im Sinne eines zweiten Rationalisierungsschubs gegeben. Gegen das Vorbild der großen napoleonischen Rechtskodifikationen wollte der glänzendste der Berliner Juristen die Einheit des deutschen Rechts weiterhin nach dem Muster des *ius commune* durch die Rechtsgelehrten gewahrt wissen. Deshalb plädierte er 1814 in seiner berühmten Schrift *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*,¹³ einem der Gründungsmanifeste der „Historischen Rechtsschule“,¹⁴ dafür, die Entwicklung des Rechts dem stillen Weben des „Volksgeistes“ und dessen Pflege in der Rechtswissenschaft zu überlassen und nicht einem Gesetzgeber zu überantworten.¹⁵ Den deutschen Volksgeist sah er allerdings entgegen den Vorstellungen seiner romantischen Freunde (und Verwandten) merkwürdigerweise im rezipierten römischen Recht wirken. Dabei hatte Savigny jedoch - zweites Paradox - nicht etwa das gemeine Recht im Sinn, wie es sich von 1500 bis 1800 in Deutschland entwickelt hatte, sondern das *klassische* römische Recht. Wie einst den Humanisten schien es ihm folglich notwendig, dieses antike Erbe im Rückgang auf die Quellen allererst kritisch zu rekonstruieren - nicht

11 Vgl. Weber (Anm. 1), S. 491 ff.; Wieacker (Anm. 10), S. 152ff.

12 Dazu näher Reinhard Zimmermann, *Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, Oxford 1996.

13 Savigny harte damit der Forderung des Heidelberger Professors Anton Friedrich Justus Thibaut (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, 1814) widersprochen. Diese berühmte Kontroverse ist dokumentiert in: *Thibaut und Savigny: ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften; mit den Nachträgen der Verfasser und den Urteilen der Zeitgenossen*, hrsg. v. Jacques Stern, Nachdruck der Ausgabe von 1914, 1959.

14 Das andere prominente Dokument ist der programmatische Eröffnungsaufsatz *Über den Zweck dieser Zeitschrift* in der von Savigny begründeten und (in drei Abteilungen) bis heute fortbestehenden Zeitschrift für historische Rechtswissenschaft, Band I (1815), S. 1-2, Nachdruck in: Hans Hattenhauer (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 1973.

15 Zum Folgenden Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl v. Savigny*, 1984.

nur gegen die byzantinischen Interpolationen der Juristen Justinians, sondern auch gegen alle Übermalungen durch das rationalistische Naturrecht der Aufklärung. Trotz seiner außerordentlichen Förderung der historisch-kritischen Textwissenschaft vom klassischen römischen Recht hielt Savigny gleichwohl - drittes Paradox - am rationalistischen Systemgedanken fest. Den sieben Bänden seiner gewaltigen *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* (als Geschichte der Denaturierung der klassischen Texte)¹⁶ folgten von 1840 bis 1849 acht Bände über das *System des heutigen Römischen Rechts*.¹⁷ Diese Erneuerung der Rechtswissenschaft in der und durch die Geschichtswissenschaft und die daraus resultierende historisch-systematische „Doppelorientierung“ (J. Rückert) prägten den neuen Stil der Pandektenwissenschaft.¹⁸ Deren Ziel war es, auf der Grundlage der historisch-kritisch rekonstruierten *Quellen* des *Corpus iuris* für die Bedürfnisse der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung des 19. Jh. ein dogmatisch widerspruchsfreies neues Rechtssystem zu formen. Solcherart in eine allgemeine Rechtslehre transformiert galt das römische Privatrecht in den Reichsgebieten ohne Kodifikationen weiterhin unmittelbar als gemeines, d. h. universelles Recht. Die von daher als partikulär eingestuften Kodifikationen in Bayern, Preußen und Baden überwölbte es als verbindliche Rechtstheorie, die vermöge ihrer Abstraktionshöhe auch auf das Ausland wirkte, insbesondere auf die Schweiz, Österreich, Ungarn, Italien und England.

Sozialgeschichtlich gesehen lag der Grund für diesen enormen Erfolg darin, dass die individualistischen, liberalen und kapitalistischen Momente der klassischen Quellen den Interessen des Bürgertums in der Industriellen Revolution an größtmöglicher Vertrags-, Verkehrs- und Eigentumsfreiheit entgegenkamen. Dem entsprachen andererseits alsbald fühlbar werdende Defizite im Bereich des Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrechts. Hier fand neben der romanistischen Pandektistik dann die gleichfalls aus der Historischen Rechtsschule herkommende sog. Germanistik ihr Betätigungsfeld.¹⁹ Die Arbeiten an unserem Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 haben beide Richtungen beeinflusst. Dabei ist die scharfe hierarchisch-systematische Begrifflichkeit bis hin zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Teils des Zivilrechts und zu dessen fünfteiliger Gliederung in Allgemeinen Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht unverlierbares Erbe der Pandektenwissenschaft - der systematisierten Wissenschaft vom klassischen römischen Recht.

16 Siehe Anm. 3.

17 Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* (8 Bände), Berlin 1840-1856, Neudruck 1981.

18 Zur Pandektenwissenschaft Wieacker (Anm. 10), S. 430ff.

19 Zw Germanistik Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 1979, S. 85 ff. m. w. Nachw.

3.

Mit der Erwähnung des rationalen Naturrechts, das die Historische Rechtsschule Savignys so leidenschaftlich bekämpfte und dem sie über die Ausarbeitung einer abstrakten Systematik dann doch zu größter Wirksamkeit verhalf, ist das Stichwort für die Wiederaufnahme des anderen, des spezifisch *rechtsphilosophischen* Traditionsstranges griechischen Ursprungs gefallen, über den wir in der Schuld der Alten stehen. Von den rechtsphilosophischen Einschüssen in den Institutionen und Digesten war schon die Rede. In der Geschichte der Rechtswissenschaft gewinnen diese ins Allgemeine gehenden Momente der römischen Rechtsüberlieferung *de iustitia et iure* und *de iure naturali et gentium* erst in der Zeit der Renaissance und des Humanismus, also durch die sog. elegante Jurisprudenz französischer Provenienz größeres Gewicht.²⁰ Speziell in der Dissertationenliteratur des Reformationszeitalters finden sie dann neben dem unmittelbaren Rückgriff auf Cicero und den Naturrechtsbegriff des Aristoteles eine eigene *rechtsphilosophische* Behandlung. Sie bereitet den Boden für Melancthons Rechtslehre und die ihm folgenden „Philippisten“.²¹ Damit ist ein Teil des Hintergrundes bezeichnet, vor dem der Calvinist Hugo Grotius 1625, auf dem Höhepunkt der religiösen Bürgerkriege Europas, mit seinem rechtstheoretisch-völkerrechtlichen Monumentalwerk *De jure belli ac pacis* die Epoche des neuzeitlichen Naturrechts als eines Vernunftrechts eröffnet hat.²² Den anderen Teil des Hintergrundes bildet das katholische Spanien, genauer: die spanische Spätscholastik namentlich der Schule von Salamanca.²³ Nicht von ungefähr gipfelt dort die aristotelisch-thomistische Tradition der scholastischen Naturrechtslehre, die im Dienste der Moraltheologie mit Hilfe der durch den Aquinaten rehabilitierten natürlichen Vernunft der Antike vornehmlich das 5. Buch der *Nikomachischen Ethik* traktierte. Hatten sich doch gerade den Spaniern ganz neue Fragen gestellt, etwa: Wie war mit den Einwohnern der jüngst jenseits des Ozeans entdeckten Länder von Rechts wegen umzugehen? Mussten auch die indianischen Könige als legitime Herrscher angesehen und behandelt werden? Da lag es nahe, sich im Hinblick auf das Problem der Gerechtigkeit heidnischer Herrschaft auch mit der in vielen Varianten aus dem Altertum überlieferten Denkfigur des Gesellschafts- und Herrschaftsvertrages auseinander zu setzen.

20 Siehe dazu Wieacker (Anm. 10), S. 166ff. m. w. Nachw.

21 Dazu Scattola (Anm. 5), S. 28ff., 77ff.

22 Im einzelnen Hasso Hofmann, Hugo Grotius, in: ders., *Recht - Politik - Verfassung*, 1986, S. 31 ff. (46ff., 54ff.).

23 Hierzu und speziell zum Verhältnis der grotianischen Theorie zur spanischen Spätscholastik ebd., S. 45 mit Anm. 43 sowie jetzt Kurt Seelmann, *Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne: die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik*, 1997, und Scattola (Anm. 5), S. 3 ff., 195 f., 207 ff.

Aber zunächst eine Bemerkung zum stoischen Erbe. Nach dem Naturrecht, sagen die Institutionen und Digesten, werden die Menschen frei geboren und sind gleich (Inst. 1,2,2; Dig. 1,1,4; 50,17,32); die Einrichtung der Sklaverei sei deshalb *contra naturam* (Inst. 1,2,2; Dig. 1,5,4) und nur durch das *ius gentium*, also das von den menschlichen Völkerschaften allgemein befolgte Recht gerechtfertigt. Das haben die römischen Juristen von den Stoikern gelernt.²⁴ Dass kein Mensch von Natur aus Sklave sei, hatte gegen Aristoteles schon der bereits erwähnte Chrysipp, einer der Gründerväter der Stoa, gelehrt. Zugrunde lag dem die Überzeugung, dass der Kosmos eine einzige Polis sei und von der einen natürlichen Vernunft regiert werde, an der alle Menschen als Verwandte im Geist Anteil hätten. Daraus folgt nicht nur die von den Stoikern eingeschärfte Verpflichtung, die Sklaven menschlich zu behandeln, sondern auch, dass die Pflicht, gemäß der Natur-Vernunft zu leben und gewissenhaft zu handeln, jedes Vernunftwesen in gleicher Weise trifft, ohne Rücksicht auf dessen soziale Stellung. Mit den Gedanken der natürlichen Gleichheit und Freiheit der Menschen und ihrer Brüderlichkeit im Geiste waren hier bereits die ideellen Grundsteine für die modernen Menschenrechte gelegt. Denn wenn die Menschen alle „Kosmopoliten“ sind, dann sind sie es — anders als die Mitglieder einer konkreten Polis in ihren vielfältigen Beziehungen der Ungleichheit — offenbar alle in einer prinzipiell gleichen Weise. Der neue Universalismus der Stoa des Hellenismus und des Römischen Weltreichs hat so mit innerer Notwendigkeit eine individualistische und egalitäre Tendenz. Trotzdem regt sich nirgendwo in der stoischen Philosophie auch nur der Hauch eines Protestes gegen die antiken Zustände elender Ungleichheit. Die Ethik der Stoa war eine Ethik der Pflichten, nicht der Rechte. Erst das selbstbewusste Subjekt der Neuzeit folgert aus der Gleichheit aller ohne jeden natürlichen Vorrang irgendeines Menschen vor anderen die originäre Freiheit eines jeden einzelnen als subjektives Recht. Aber selbst dieser Umsturz steht noch im Zeichen der Stoa, indem er zusammen mit deren utilitaristischen Momenten die Tugend der Selbsterhaltung nun als das elementare natürliche Recht eines jeden auf alles in den Mittelpunkt rückt. Der damit gestiftete und von Thomas Hobbes in seiner Sozialtheorie des *Leviathan* ausgearbeitete „methodologische Individualismus“ bildete das Ferment, welches die alten „Freiheitsbriefe“, d.h. die Listen feudaler Privilegien, zusammen mit der aus römisch-rechtlichen und stoischen, zudem aus christlichen, humanistischen und aufklärerischen

24 Hierzu grundlegend Hubert Cancik, Gleichheit und Freiheit - Die antiken Grundlagen der Menschenrechte, in: Günter Kehr, „*Vor Gott sind alle gleich*“, 1983, S. 190 ff. Zum Folgenden näher mit Nachweisen Hasso Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 2000, S. 87ff.

25 Hierzu und zum Folgenden vom Verfasser: Die klassische Lehre vom Herrschaftsvertrag und der „Neo-Kontraktualismus“, in: Martin Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand*

Seit jenen Tagen von Canossa ist die Argumentationsfigur des Herrschaftsvertrages aus der Politischen Theorie des Heiligen Römischen Reichs nicht mehr verschwunden. Es blieb bevorzugtes Mittel, gegenüber dem jeweiligen Fürsten ständische Reservatrechte zu behaupten. Besondere Bedeutung gewinnt diese Möglichkeit nach der Glaubensspaltung vor dem Hintergrund des im Calvinismus intensivierte Bundesgedankens im Verhältnis zu glaubensverschiedenen Herrschern.²⁹

Aber auch dort, wo die zitierte Formel Ulpians für die kaiserliche oder eine andere fürstliche Autorität eingesetzt wurde, zeitigte ihre Verwendung keine wirklich absolutistischen Konsequenzen. Dem stand zweierlei entgegen. Zunächst war da das ständische Konsensprinzip des *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*. Es entstammt dem Vormundschaftsrecht Justinians (Cod. 5,59,5,2) und ist vom Papst Bonifaz VIII. durch Aufnahme in seine *regulae iuris* von 1298 verallgemeinert worden.³⁰ Zum anderen ließ die philosophisch-moraltheoretische Tradition keine konsequent absolutistische Theorie weltlicher Herrschaft zu. Für die in der Spätscholastik übliche Lehre stehe hier die des Dominikaners Domingo de Soto, Professor in Salamanca und Beichtvater Karls V.³¹ In seinen zehn Büchern über den Digesten- bzw. Institutionen-Titel *de iustitia et iure*, der gerade in Salamanca so häufig und ausführlich traktiert worden ist, zieht Soto 1556 jene Sentenz Ulpians *Quod principi placuit legis habet vigorem* wiederholt als Beweis dafür an, dass alle Gewalt des Gemeinwesens auf den Monarchen übertragen worden sei. Als eine vom Gemeinwesen abgeleitete unterscheidet sie sich jedoch von der unmittelbar durch Christus eingesetzten Gewalt des Papstes. Indes sei auch die weltliche Macht eine Ordnung Gottes. Denn jene vollständige Rechtsübertragung auf den Herrscher resultiere aus dem von Gott gegebenen Trieb zum gesellschaftlichen Leben und den Notwendigkeiten seiner Erhaltung, sei also „keine menschliche Erfindung“ (IV4,1). Auch wenn die Menschen von Natur frei geschaffen seien, bestellten sie sich doch auf Grund eines Instinktes derselben Natur ihre Herrscher. Anders als bei den Türken werde ein christlicher Monarch durch den Herrschaftsvertrag allerdings nicht Eigentümer des Vermögens seiner Untertanen. Dies darf der Herrscher nur in Anspruch nehmen, soweit es zum Schutz und zur Verwaltung des Gemeinwesens notwendig ist. Maßstab bleibt das Gemeinwohl. Und was dem entspricht, ist allemal nicht nur eine rechtliche oder politische, sondern auch, ja zuerst eine philosophisch-moralisch-theologische Frage. Breiteste Wirkung verdankt diese

29 Exemplarisch die *Vindiciae contra tyrannos* von Stephanus Junius Brutus (Duplessis-Mornay und/oder Hubert Languet), zuerst 1579. Zu diesen Kampfschriften der sog. Monarchomachen mit Nachweisen Hasso Hofmann, *Repräsentation - Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*,³ 1995, S. 352 ff.

30 Im Einzelnen dazu Hofmann, *Repräsentation* (Anm. 29), S. 200f.

31 Zum Folgenden Dominicus Soto, *Libri decem de iustitia et iure*, Salamanca 1556, Auszug aus **II, 4,1 in: Der Herrschaftsvertrag (Anm. 28), S. 93 ff.**

Lehre der spanischen Spätscholastik ihrem glänzenden Vertreter Francisco Suarez und dessen Werk *De legibus ac Deo legislatore* (1612). Dieser große Aristoteliker wurde auch von Protestanten geschätzt, sein Werk auch an den protestantischen Universitäten rezipiert.³²

Einen radikalen Bruch erlebt diese Tradition noch nicht bei Hugo Grotius, wohl aber bei Thomas Hobbes. Er macht aus der griechisch-römisch-scholastischen Überlieferung einer genetischen Begründung der Herrschaftsgewalt durch vertragliche Überwindung des historisch anfänglichen Naturzustandes das analytische Modell einer radikal individualistischen Staatsrechtfertigung, in dem der nun logisch anfängliche *Status naturalis* als Abgrund der Zivilisation erscheint. 100 Jahre später verspricht Rousseaus *Contrat social*, d. h. die demokratische Version der Vertragstheorie (die liberale des John Locke übergehen wir hier), eine Erneuerung der im Zivilisationsprozess unwiederbringlich verlorenen Freiheit des Naturzustandes durch die gliedhafte patriotische Teilhabe eines jeden an der Willensbildung des Gemeinwesens.³³ Dieses aktivbürgerliche Pathos der Freiheit verbindet sich in der Französischen Revolution in vielfältiger Weise mit der Propagierung republikanischer Bürgertugenden. An die Stelle der destruierten Überlieferungen und Konventionen tritt die Beschwörung des idealisierten Ethos der Römischen Republik.³⁴ Am Ende hat Kant den Sinn der neuzeitlichen Verwendung der alten Denkfigur des Herrschaftsvertrages auf den Begriff gebracht: sie ist eine bloße „Idee der Vernunft“, die gedacht werden muss, wenn die — wie auch immer entstandene — staatliche Gewalt über autonome Individuen als rechtmäßig soll angesehen werden.³⁵

4.

Ulpian's Parömie *Quod principi placuit legis habet vigorem* erscheint im Mittelalter aber nicht nur in dieser rechtsphilosophisch-moraltheologischen Tradition und d. h. als ein Stück Vertragstheorie der Herrschaft. Sondern sie wird, ohne alle vertragstheoretischen Implikationen, neben anderen absolutistischen Sentenzen wie *princeps legibus solutus*, *princeps lex animata* etc. auch in der Reichspublizistik und

32 Dazu Peter Petersen, *Geschichte der aristotelischen Philosophie im protestantischen Deutschland*, 1921; Horst Dreitzel, *Protestantischer Aristotelismus und absoluter Staat - Die ‚Politica‘ des Henning Arnisaeus (ca. 1575-1636)*, 1970.

33 Siehe statt aller Ulrich Steinvorth, *Stationen der politischen Theorie*, 3 1994, S. 97 ff.; Karlfriedrich Herb, *Bürgerliche Freiheit - Politische Philosophie von Hobbes bis Constant*, 1999.

34 Dazu Ernst Schulin, *Die Französische Revolution*, 1988, S. 230.

35 Siehe Immanuel Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, Akademieausgabe Band VIII, Berlin 1912/23, Nachdruck 1968, S. 273 ff. (297). Dazu Hofmann, *Rechts- und Staatsphilosophie* (Ahm. 24), S. 165 ff.

der Kaiser-Panegyrik verwendet. Damit sind wir beim dritten und letzten Teil unseres Themas angelangt, der dem Wurzelgrund des neuzeitlichen *ius publicum* in Europa gewidmet ist.³⁶ Über den Ursprung des öffentlichen Rechts gebe es keine einheitliche Meinung: *Non una omnium est opinio*, schrieb 1629 Johannes Limnaeus in seinen 9 Büchern *Iuris publici Imperii Romano-Germanici*, der ersten systematischen Lehre des Reichsstaatsrechts, die sich nicht mehr am römischen Recht, sondern an den „Grundgesetzen“ (*leges fundamentales*) des Reichs wie insbesondere der „Goldenen Bulle“³⁷ orientierte.³⁸

Nach dem eigenen Anspruch enthielt das *Corpus iuris* sowohl das öffentliche wie das private Recht als Teile des *ius civile* gemäß Ulpian's Unterscheidung in Dig. 1,1,1: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad utilitatem singulorum*. Doch war die Masse des Stoffs ganz eindeutig privatrechtlicher Natur. Neben dem sporadischen Material, das, wie erwähnt, den Reichspublizisten passend schien, haben die Glossatoren und Kommentatoren mit ihrer flexiblen scholastischen Methode auch Teile des Privatrechts für die Probleme des öffentlichen Rechts nutzbar gemacht, indem sie etwa das Erbrecht für die Sonderrolle der Fürstentestamente und dynastischen Hausgesetze, für die Vererblichkeit von „Land und Leuten“ als Sachgesamtheiten usw. ausbeuteten. Aber alle diese erfindungsreich gewonnenen Bruchstücke fügten sich noch viel weniger als das Privatrecht (das immerhin eine Reihe kohärenter, systematisierbarer Teilregungen aufwies) zu einem öffentlich-rechtlichen Ganzen, schon gar nicht im Hinblick auf die frühneuzeitliche Verfassungswirklichkeit des 16. und 17. Jh. Wenn nun die am römischen Recht geschulte Rechtswissenschaft keine richtige theoretische Grundlage für die systematische Erfassung des frühneuzeitlichen Staatsrechts bot und das neue Vernunft-Naturrecht sich ja erst langsam aus der moraltheologischen Tradition emanzipierte: welche Disziplin könnte die Ausbildung des *Ius publicum Imperii Romano-Germanici*, von der Limnaeus dann wie selbstverständlich spricht, theoretisch vorbereitet haben? Mit Michael Stolleis, dem besten Kennen der Materie, wird man sagen müssen: es war das Fach der „Politik“ und d. h. ein nach den Bauernkriegen auch und gerade in den protestantischen Territorien revitalisierter Aristotelismus.³⁹ Dass die erneute Aneignung *des Aristoteles latinus*, insbesondere also die Bearbeitung der lateinischen Übersetzung der *Politik*, wie sie seit dem 13. Jh. vorlag,⁴⁰ je nach politischer

36 Das Folgende nach dem grundlegenden Werk von Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1: *Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600-1800*, 1988, S. 80 ff., 126 ff., 268 ff.

37 Dazu vom Verf., *Repräsentation* (Anm. 29), S. 225ff.

38 Vgl. Stolleis (Anm. 36), S. 141, 152, 221 ff.

39 Stolleis (Anm. 36), S. 82 ff.

40 Siehe die lat. Übersetzung der *Politica* von Wilhelm von Moerbeke in der Ausg. v. Pierre Michaud-Quantin, 1961, und dazu Anm. 7.

und konfessioneller Lage im einzelnen unterschiedlich ausfiel, kann hier auf sich beruhen. Jedenfalls behandelte man die „klassischen“ Fragen nach der richtigen Ordnung des Gemeinwesens und dessen Zielen, nach der Rechtfertigung der Herrschaft, den Formen ihrer Ausübung und den Arten ihrer Sicherung, nach dem Widerstandsrecht, nach den „Staatskrankheiten“ und dem Untergang der Staaten. Gemäß der Tradition war die Erläuterung der Aristotelischen *Politik* Teil der praktischen Philosophie und wurde im Anschluss an die Ethik zusammen mit der Ökonomik vorgetragen. Diese Veranstaltung war ein verbindliches Propädeutikum innerhalb der Artistenfakultäten für alle Studierenden, auch für die Jurastudenten (die allerdings meistens schwänzten). Was die Wissenschaft betrifft, so war die aristotelisch-thomistische Tradition in den katholischen Ländern ungebrochen. In den protestantischen Territorien gab es, wie schon gesagt, eine neue Welle der Aneignung des Gegenstandes.⁴¹ Sie reicht von Melanchthons Aristoteles-Kommentaren bis zur reformierten *Politik* des Johannes Althusius von 1603 und darüber hinaus.⁴² Während des 17. und 18. Jh. haben die Juristen das für ihr *ius publicum* propädeutisch wichtige Fach der Politik dann zunehmend in eigene Regie übernommen. In diesem Prozess läuft die aristotelisch-thomistische Traditionslinie mit jener rechtsphilosophisch-moraltheologischen Überlieferung des Naturrechts und der Vertragstheorie zusammen, von der wir schon gesprochen haben und die durch Hugo Grotius, Thomas Hobbes und Samuel Pufendorf ihre neuzeitliche und d. h.: individualistische und rationalistische Prägung erhalten hat. Diese Umstände verändern den Titel des propädeutischen Faches und modifizieren dessen Inhalt: Aus der „Politik“ wird das „Natur- und Völkerrecht“ und daraus schließlich das *ius publicum universale*, ein „Allgemeines Staatsrecht“ als Grundlage des je besonderen Staatsrechts der einzelnen Staaten. Die Entwicklung dieses Faches korrespondiert auf vielfältige Weise mit der Herausbildung anstattlich organisierter Territorialstaaten unter absoluter Fürstenherrschaft.⁴³ Und diese Disziplin fördert eine Auffassung von Recht, die nach umfassender und systematischer Ordnung des Gemeinwesens durch große Kodifikationen verlangt, wie sie dann vom Ende des 18. Jh. an Preußen, Frankreich und Österreich hervorbringen.⁴⁴ Speziell in Deutschland hat das „Allgemeine Staatsrecht“ zusätzlich die politische Funktion einer Klammer der

41 Siehe Anm. 32.

42 Vgl. Hasso Hofmann, Repräsentation in der Staatslehre der frühen Neuzeit - Zur Frage des Repräsentativprinzips in der *Politik* des Johannes Althusius, in: ders., *Recht - Politik - Verfassung*, 1986, S. 1 ff. (8ff.); Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 3 1997, § 22 I 2 u. II 1 (S. I49ff.).

43 Dazu Wolfgang Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt: eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, 1999, S. 31 ff.

44 Dazu näher Hasso Hofmann, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: ders., *Verfas-*

nationalen Einheit - ähnlich wie Savignys System des zeitgenössischen römischen Rechts.

Gleichzeitig bedeutet diese Entwicklung eine Entfernung von Aristoteles - inhaltlich und methodisch. Einen Markstein bilden die drei Bücher *De jure civitatis* des Niederländers Ulric Huber, der seit 1670 in Franeker *ius publicum* lehrte und sein zuerst 1672 erschienenenes Werk im Untertitel ursprünglich ein *rudimentum juris publici universalis* genannt hatte.⁴⁵ 22 Jahre später (1694) verkündet die 3. Auflage des Werks, es enthalte *Novam juris publici universalis disciplinam*. Inzwischen hat eben das Vernunft- und Völkerrecht des Grotius breiteste Wirkung entfaltet. Und mittlerweile hat auch das Naturrecht Pufendorfs seinen Siegeszug angetreten. 1672 ist sein großes Naturrecht erschienen, im Jahr darauf die Kurzfassung *De officio hominis et civis juxta Legem naturalem*, von der man nicht weniger als 150 Ausgaben und Bearbeitungen gezählt hat. Danach erscheint der Staat nun als eine rein innerweltliche rechtliche Ordnung, als Garant für Friede, Gerechtigkeit und individuelle Entfaltungsfreiheit im Medium des Vertragsrechts; und die Völkerrechtsgemeinschaft wird als eine durch den freien Willen und die Vernunft gestaltbare Rechts- und Friedensordnung vorgestellt. In diesem Werk verschmelzen aristotelische Lehrstücke, scholastische und gemeinrechtliche Tradition nach Maßgabe eines Verfahrens, das rationalistische Deduktionen aus abstrakten vernunftrechtlichen Voraussetzungen wie dem Modell des Naturzustandes mit Argumentationen aus dem Reichtum literarisch übermittelter Erfahrungen verbindet.⁴⁶ Das ist der Hintergrund, vor dem Huber seine neue Disziplin ausdrücklich als eine spezifisch rechtliche von den Zweckmäßigkeitsfragen der Politik absetzt. Ganz entsprechend schreibt Johann Nikolaus Hert(ius), Professor in Helmstedt, der erste deutsche Autor, der auf Huber eingeht, er wolle jetzt ebenfalls ein *Syntagma iuris publici universalis* bieten, nachdem er die Materie früher als Kommentar zur Politik des Aristoteles behandelt habe.⁴⁷ Abschließend soll für diesen Prozess der Überlagerung und Ablösung noch auf den „Philosophenkönig“ des 18. Jh. hingewiesen werden: auf Christian Wolff. In seinen *Vernünfftige(n) Gedancke(n) von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zur Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechts* von 1721 - kurz zitiert als „Deutsche Politik“ - hielt Wolff sich inhaltlich an die aristotelisch-thomistische Überlieferung, bezog die politische Realität, nämlich den aufgeklärten absolutistischen Wohlfahrtsstaat in Gestalt vernunftrechtlicher Deduktionen ein und bemühte sich durchgehend um eine systematische Begrifflichkeit wie eine konsequente, quasi mathematische Beweisführung. Damit bildet er gewissermaßen den Prozess philosophisch

45 Hierzu und zum Folgenden Stolleis (Anm. 36), S. 291 ff.

46 Dazu Stolleis (Anm. 36), S. 282 ff.

47 Dazu Stolleis (Anm. 36), S. 241 ff.

ab, der in den juristischen Fakultäten vom *Aristoteles latinus* zum *ius publicum universale* geführt hatte.⁴⁸

Mit dieser „Befreiung“ von der Politik, mit der Abweisung von Zweckmäßigkeitserwägungen, mit der Geringschätzung politischen Erfahrungswissens und der Konzentration auf rein rechtliche Fragen auch im öffentlichen Recht war ein Weg eingeschlagen, der über die juristische Brandmarkung politischer Argumente als unwissenschaftlich letzten Endes zum staatsrechtlichen Positivismus des ausgehenden 19. Jh. führte, d.h. zur völligen Abhängigkeit der Lehre des öffentlichen Rechts von der jeweiligen Machtlage.⁴⁹ Dieser Entwicklung hat man nach 1945 Mitschuld an der deutschen Katastrophe des 20. Jh. gegeben. Wissenschaftspolitische Konsequenz war die Wiedereinrichtung von Lehrstühlen der Politik an den (west) deutschen Hochschulen.⁵⁰ Und diese Renaissance der Politikwissenschaft in Deutschland stand zu einem guten Teil im Zeichen des wirkungsmächtigsten aller Philosophen: des Weltweisen aus Stageira.⁵¹

48 Dazu: Werner Schneiders (Hrsg.), *Christian Wolff 1679-1754 - Interpretationen zu seiner Philosophie und deren Wirkung*, 1986.

49 Dazu jetzt Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, 1993, S. 168 ff.

50 Dazu Wilhelm Bleek, *Geschichte der Politikwissenschaft in Deutschland*, 2001, S. 265 ff.; Arno Mohr, Politikwissenschaft als Disziplin in Deutschland, in: ders. (Hrsg.), *Grundzüge der Politikwissenschaft*, 1997, S. 13 ff.

51 Nicht zufällig trug die erste repräsentative politikwissenschaftliche Reihe, die Wilhelm Hennis und Hans Maier seit 1960 herausgegeben haben, den Titel POLITICA. Hennis selbst zitiert in seiner programmatischen Schrift: *Politik und praktische Philosophie - Eine Studie zur Rekonstruktion der politischen Wissenschaft* von 1963 (POLITICA, Band 14) Aristoteles öfter als jeden anderen Autor. Zu denken ist in diesem Zusammenhang natürlich auch an die Erneuerung der politischen Philosophie durch Joachim Ritter, Leo Strauss und Eric Voegelin.

