

Alfred Söllner

Das römische Recht in der Rechtswissenschaft unserer Zeit

I.

Will man die Bedeutung des römischen Rechts als Gegenstand der heutigen Rechtswissenschaft einem größeren Kreis nahebringen, so läßt sich nicht darauf verzichten, kurz die verschiedenen Etappen der Entwicklung zu schildern, die dem römischen Recht an den deutschen Universitäten Heimatrecht gegeben haben.

Das klassische römische Recht, dessen Regeln und Grundsätze in einem Zeitraum, der etwa von der Zeit Ciceros bis um 250 n. Chr. reicht, zur vollen Blüte entwickelt worden waren, wäre in den Wirren der Spätantike und der Völkerwanderung untergegangen oder hätte doch nur in der verflachten Form eines Vulgarrechts¹⁾ weiterleben können, wenn nicht der oströmische Kaiser Justinian in den Jahren 529–534 n. Chr. das klassische römische Recht in einer Kodifikation, dem später sogenannten *Corpus iuris*, hätte aufzeichnen lassen. In dem für die spätere Entwicklung bedeutendsten Teil des *Corpus iuris*, den *Digesten* oder *Pandekten*, sind in 50 Büchern (im Sinne antiker Buchrollen²⁾) mehr als 9000 Auszüge aus klassischen Juristenschriften zusammengestellt. Justinian hatte diese Sammlung nicht als ein rechtshistorisches Werk, sondern als Gesetzgebung für seine Zeit gedacht. Er hatte darum auch gewisse Eingriffe in die Textsubstanz der Klassikerschriften (»Interpolationen«) vornehmen lassen, um die Aussagen der Klassiker für seine Zeit anwendbar zu machen.

Großen praktischen Erfolg hatte Justinians »klassizistische« Gesetzgebung zunächst jedoch nicht. Mit der vorübergehenden Eroberung Italiens durch Justinian gelangte das *Corpus iuris* zwar auch in das Ursprungsland des römischen Rechts. Aber gerade die *Digesten* gerieten dort alsbald wieder in Vergessenheit. Erst im 11. Jahrhundert, als man die *Digesten* Teil für Teil wiederentdeckte, erwachte in Bologna das Interesse der Schulphilosophie an diesen Texten. Der Bologneser *magister artium Irnerius*³⁾, seine Gefolgsleute und Schüler versuchten, den gewaltigen Rechtsstoff des *Corpus iuris* mit den Methoden der

¹⁾ Zu der Vulgarisierung des römischen Rechts nach dem Ende der Klassik in den weströmischen Gebieten vgl. die grundlegenden Forschungen von *Ernst Levy*: *West Roman Vulgar Law, The Law of Property* (1951), und: *Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht* (1956).

²⁾ Der Umfang der antiken Buchrolle entspricht etwa 25–40 modernen Druckseiten.

³⁾ Irnerius war vielleicht deutscher Herkunft (»Wernerius«); vgl. *Knut Wolfgang Nörr*, *Zur Herkunft des Irnerius*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung* Bd. 82 (1965) S. 327–329.

Biblexegese und der scholastischen Philosophie zu erschließen. Mit der Gründung der Rechtsschule von Bologna war nicht nur die europäische Universität geboren; die Arbeit der Bologneser Rechtsschule und anderer Institutionen, die sich nach ihrem Muster in Oberitalien bildeten, bewirkte, daß das im *Corpus iuris* enthaltene römische Recht für die Praxis wieder verwendbar wurde. Wenn auch den Glossatoren, wie die Angehörigen jener Rechtsschulen nach ihrer literarischen Produktion genannt wurden, das rechtsgeschichtliche Verständnis fehlte und sie so manchen Text historisch falsch interpretierten, so bleibt es doch ihr Verdienst, das *Corpus iuris Justiniani* zur Grundlage der nachfolgenden gemeineuropäischen Rechtsentwicklung gemacht zu haben. An die exegetische Arbeit der Glossatoren, die um die Mitte des 13. Jahrhunderts in die *Glossa ordinaria* des *Accursius* einmündet, schließt sich in den folgenden Jahrhunderten eine stärker auf die Praxis gerichtete wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts an. Umfängliche Kommentare zu den einzelnen Teilen des *Corpus iuris* und zahlreiche Konsilien (Rechtsgutachten) sind die literarischen Publikationen jener Zeit (13.—15. Jahrhundert). Die bekanntesten Persönlichkeiten unter den Kommentatoren oder Konsiliatoren sind *Bartolus* (1313—1357) und *Baldus* (1327—1400).

Das römische Recht in der Gestalt, die es durch die italienische Rechtswissenschaft des hohen Mittelalters erhalten hatte, drang auch über die Alpen vor. Das zersplitterte und weitgehend ungeschriebene einheimische Recht konnte dem eindringenden römischen Recht kaum Widerstand leisten. Das germanisch-deutsche Recht fand keine wissenschaftliche Pflege, und es gab auch keinen einheimischen Juristenstand, der sich seiner angenommen hätte. Rechtsgelehrsamkeit wurde so auch in Deutschland gleichbedeutend mit der Ausbildung im römischen und im kanonischen Recht, das seinerseits stark auf dem römischen Recht fußt. Deutsche Scholaren zogen in großer Zahl an die italienischen Universitäten, um dort die juristischen Kenntnisse zu erwerben, die sie nach ihrer Rückkehr in der heimischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung als Stadtschreiber oder als Räte von Bischöfen und Fürsten in die Praxis umsetzten. Diese »Rezeption« des römischen Rechts in Deutschland erhielt sozusagen den kaiserlichen Segen, als Maximilian 1495 das Reichskammergericht errichtete und ihm aufgab, bei Fehlen einer anderen Rechtsquelle »nach des Reiches gemeinen beschriebenen Rechten« zu judizieren, worunter das Recht des *Corpus iuris* zu verstehen war. Da dieses von einem römischen Kaiser, nämlich Justinian erlassen war und in seinem 3. und 4. Teil, dem Codex und den Novellen, eine umfängliche Sammlung von Kaiserkonstitutionen von Hadrian bis Justinian enthielt, und da sich die Kaiser des »römischen Reiches deutscher Nation« als die Nachfolger der römischen Kaiser fühlten, erhielt das *Corpus iuris* den Namen und die Autorität eines »kaiserlichen Rechts«. ⁴⁾

⁴⁾ Vgl. *Hermann Krause*, *Kaiserrecht und Rezeption* (1952), insbes. S. 1 f., 116 ff.

Auf die Rezeptionszeit folgte eine Periode der praktischen Anwendung und wissenschaftlichen Pflege des römischen Rechts in Deutschland, eine Periode, die man nach einem literarischen Spätwerk dieser Epoche⁵⁾ die Zeit des »*Usus modernus pandectarum*« nennt (16. bis 18. Jahrhundert). In dieser Zeit wurden die römischen Rechtssätze in Verbindung gebracht mit den wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen der beginnenden Neuzeit; es wurden diejenigen römischen Rechtssätze, die als rezipiert galten, von denen gesondert, die unanwendbar waren (wie z. B. die Regeln des römischen Sklavenrechts). In der Gerichtspraxis kam es teilweise zu einem Verschmelzen einheimischen Rechtsgutes mit dem rezipierten römischen Recht. Formal ging das partikuläre Statutarrecht dem nur subsidiär geltenden »gemeinen« Recht des *Corpus iuris* vor. Der universalistisch denkende gelehrte Jurist war jedoch dem Statutarrecht abhold und half sich oft mit dem Satz, daß Statuten »eng« zu interpretieren seien.⁶⁾ So war die Rechtswissenschaft in Deutschland bis ins 18. Jahrhundert hinein primär eine Wissenschaft des römisch-gemeinen Rechts, die flankiert wurde durch die wissenschaftliche Behandlung des Kirchenrechts und des Lehenrechts. Nur zögernd treten daneben Naturrecht,⁷⁾ deutsches Privatrecht⁸⁾ und Öffentliches Recht⁹⁾ als eigenständige Disziplinen.

Dem *Usus modernus pandectarum* taten Humanismus, Reformation und Aufklärung kaum Abbruch. Gewiß wurden die Methode der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts und die Art der Darstellung des Rechtsstoffs von den geistigen Strömungen der Zeit geprägt, aber es änderte sich nichts am Gegenstand der Rechtswissenschaft. Die Forderung der Aufklärung nach einem Vernunftrecht brachte zunächst auch nur wissenschaftliche Systeme eines Naturrechts hervor. Das Gerippe dieser Systeme wurde aber wieder mit dem Fleisch der römischen Rechtssätze bekleidet, deren Charakter als »*ratio scripta*« nur vereinzelt in Frage gestellt wurde. Eine späte Frucht der Aufklärung sind allerdings die »Kodifikationen«, die wie das preußische Allgemeine Landrecht von

⁵⁾ Es handelt sich um das vierbändige Werk des Hallenser Professors *Samuel Stryk*, *Usus modernus pandectarum*, das in den Jahren 1690–1712 erschien. In der Einleitung wirft *Stryk* die Frage nach der Geltung des römischen Rechts in Deutschland auf, während die Juristen der vorangehenden Generationen die Geltungskraft des römischen Rechts unreflektiert hingenommen hatten. Die Darstellung *Stryk*s verbindet die Statutarrechte mit dem gemeinen Recht und läßt bereits den Einfluß des Naturrechts erkennen. — Zu den Eigenarten dieser Epoche vgl. *Alfred Söllner*, Zu den Literaturtypen des deutschen *Usus modernus*, *Ius commune* II (1969), S. 167–186.

⁶⁾ Vgl. *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 138 f.; *Wolfgang Kunkel*, *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, Bd. 1, 2 (1938) S. XLI und XLIV; *Klaus Luig*, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, *Ius commune* I (1967) S. 195 (197).

⁷⁾ Im Jahre 1660 wurde *Samuel Pufendorf* auf einen neuen Lehrstuhl für Natur- und Völkerrecht in Heidelberg, der aber nicht in die dortige Juristenfakultät aufgenommen wurde, berufen. Von 1694 an lehrte *Christian Thomasius* Naturrecht in Halle.

⁸⁾ Vgl. *Klaus Luig*, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, *Ius commune* I (1967) S. 195–222; ders., *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, *Ius commune* III (1970), S. 64–97.

⁹⁾ Zu den ersten Anfängen im 17. Jahrhundert vgl. *Stintzing-Landsberg*, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Bd. 1, S. 663–671 und Bd. 2, S. 32–54.

1794 und der französische Code civil, der unter Napoleon auch in Teilen Deutschlands in Kraft gesetzt wurde, das römische Recht als Rechtsquelle verdrängten. So gab es im Deutschland des 19. Jahrhunderts Territorien, in denen (neben Statutarrecht) das römische Recht als gemeines Recht Anwendung fand, und andere, die eigene Kodifikationen hatten. Aber selbst gegenüber den Kodifikationen bewährte das römische Recht seine Kraft als kritischer Maßstab. Auch in Preußen blieb beispielsweise das römische Recht als Gegenstand universitärer Forschung und Lehre erhalten, während das preußische Allgemeine Landrecht eher eine Rolle am Rande der Rechtswissenschaft spielte.¹⁰⁾

II.

Das römische Recht verdankt seine überragende Rolle, die es als Gegenstand der Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert spielte, nicht zuletzt der sog. *historischen Rechtsschule*, einer wissenschaftlichen Richtung, die bald nach ihrer Gründung durch *Gustav Hugo* (1764–1844) und *Friedrich Karl von Savigny* (1779–1861) an den deutschen Rechtsfakultäten den Ton angab und weit über die Grenzen Deutschlands hinauswirkte.¹¹⁾ Die selbstgestellte Aufgabe der historischen Erforschung des geltenden Rechts erfüllte die historische Rechtsschule allerdings nur bedingt. Im Vordergrund des Interesses stand das römische Recht als Idealtypus eines praktisch anzuwendenden Rechtssystems.¹²⁾ Die Eigenart dieser Rechtswissenschaft zeigt sich sinnfällig in dem Titel des großen Werks von *Savigny*: »System des heutigen römischen Rechts«. ¹³⁾ Dieser Titel vereinigt in sich zwei Widersprüche. Einmal hatten die Römer selbst kein Rechtssystem entwickelt, wenn auch die Tendenz zur Systematik in ihrem Fallrecht bereits angelegt war. Zum zweiten durfte ein Historiker gewiß nicht vom »heutigen« römischen Recht sprechen. Die Schüler *Savignys* bildeten diese in den Dienst der Systematik und Dogmatik gestellte Rechtstheorie fort zur sog. *Pandektenwissenschaft*,¹⁴⁾ die die 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts beherrschte. An Hand des römischen Rechts wurden eine Systematik und eine scharf durchgebildete Begrifflichkeit entwickelt, die das Kennzeichen der kontinental-europäischen Rechtswissenschaft werden und bleiben sollte. Sosehr die historische

¹⁰⁾ Vgl. *Paul Koschaker*, Europa und das römische Recht, 3. Aufl. 1958, S. 263 f.; *Franz Wieacker*, a. a. O., S. 334 f.

¹¹⁾ Vgl. *Franz Wieacker*, a. a. O., S. 348–416.

¹²⁾ Vgl. hierzu und zum folgenden *Walter Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert (1958).

¹³⁾ Acht Bände, erschienen seit 1839; unvollendet.

¹⁴⁾ Die Hauptwerke waren Pandektenlehrbücher; daher wohl der Name »Pandektenwissenschaft« oder »Pandektistik«. Vgl. *Franz Wieacker*, a. a. O., S. 430 ff. — Zur Wirkung der Pandektenwissenschaft über die Grenzen Deutschlands hinaus: *Wieacker*, a. a. O., S. 443 f.; vgl. ferner den Bericht über den 17. Deutschen Rechtshistorikertag 1968 von *Hans-Albert Rupprecht* in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Band 86 (1969) mit den dort S. 576 wiedergegebenen Äußerungen von *Gibert* (Granada) und *Polay* (Szeged).

Rechtsschule auch die Bemühungen um das germanisch-deutsche Recht («Germanistik») verstärkte, sosehr blieben doch diese Forschungen nach Methode und Darstellungsweise den Formen verhaftet, die die Wissenschaft vom römischen Recht («Romanistik») entwickelt hatte.

Wie die geschichtliche Betrachtung des römischen Rechts Anlaß bot, eine überpositive und übernationale Rechtsdogmatik zu entwickeln und auch über die juristische Methode Klarheit zu gewinnen, zeigt das Beispiel des Mannes, der die Begriffsjurisprudenz der Pandektenwissenschaft auf die Spitze getrieben, dann aber durch richtungsweisende Gedanken überwunden hat: *Rudolph von Jhering* (1818–1892).¹⁵⁾ Seine Person ist um so interessanter, als *Jherings* wichtigste Werke in der Zeit entstanden sind, als er in Gießen als Ordinarius wirkte (1852–1868). In die Zeit seines Gießener Wirkens fällt auch der erwähnte Sinneswandel, den man oft genug mit der Bekehrung des Saulus zum Paulus in Damaskus verglichen hat.¹⁶⁾ In dem großangelegten Werk »Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung«¹⁷⁾ verbindet *Jhering* die Darstellung der römischen Rechtsgeschichte mit einer Strukturanalyse des Rechts schlechthin. In dem 1852 erschienenen ersten Band huldigt *Jhering* noch der Begriffsjurisprudenz. »In einem einzigen richtig gefaßten Begriff«, so schreibt *Jhering*, »ist vielleicht der praktische Inhalt von zehn früheren Rechtssätzen aufgenommen.«¹⁸⁾ Aber der Nutzen der Begrifflichkeit liegt für *Jhering* nicht bloß in der Vereinfachung, sondern in der Möglichkeit einer Vermehrung des Rechts aus sich selbst: »Die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und zeugen neue.«¹⁹⁾ Im 1863 publizierten 4. Band (= Teil III, 1) sind dagegen die Akzente ganz anders gesetzt. Hier warnt *Jhering* eindringlich vor der Blendwirkung der Begriffe.²⁰⁾ Er geißelt die herrschende Rechtswissenschaft seiner Zeit, in der sich der Begriff zur Rolle des Demiurgen aufgeschwungen hat. Nach *Jherings* neuer Erkenntnis besteht die Aufgabe der Rechtswissenschaft nicht darin, das Vorhandene zur idealen Höhe

¹⁵⁾ Aus der überreichen Literatur zu *Rudolph von Jhering* vgl. nur *Franz Wieacker*, *Rudolph von Jhering*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Bd. 86 (1969) S. 1–36 (mit Nachweisen in Fußnote 1); *Erik Wolf*, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl. 1963, S. 622–668; *Walter Wilhelm*, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, S. 88 ff.; *Hans Hattenhauer*, *Zwischen Hierarchie und Demokratie* (1971) S. 177 ff. – Eine Auswahl seiner Schriften mit kurzer Würdigung von Leben und Werk aus der Feder von *Fritz Buchwald* ist 1965 in der Sammlung Dieterich unter dem Titel »Rudolf von Jhering, Der Geist des Rechts« erschienen.

¹⁶⁾ *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 451 (jetzt aber einschränkend in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Band 86 (1969) S. 23 ff.) *Hans Hattenhauer*, *Zwischen Hierarchie und Demokratie* (1971) S. 177 f.

¹⁷⁾ Mehrere Auflagen. Die zweite Auflage der ersten Bände (I und II, 1) überholte die Erstauflage von Teil II 2 und III 1. Zum Inhalt vgl. *Helmut Coing*, *Der juristische Systembegriff bei Rudolph von Jhering* in: *Philosophie und Rechtswissenschaft* (1969) S. 149 ff. (157–171).

¹⁸⁾ Zitiert nach der 5. Aufl. 1891, S. 37.

¹⁹⁾ a. a. O., S. 40.

²⁰⁾ Zitiert nach der 4. Aufl. 1888, S. 318 ff.

einer logisch-juristischen Wahrheit zu erheben, sondern die historische, praktische und ethische Berechtigung der Rechtsregeln aufzuzeigen. Bei seinem eigenen Bemühen, das praktische Verständnis der Rechte zu erschließen, spricht *Jhering* den Satz aus, der die juristische Methode von Grund auf revolutionieren sollte: »Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.«²¹⁾

Man hat *Jhering* zum Vorwurf gemacht, daß er damit einer Auflösung des Rechts vorgearbeitet habe, daß er das Recht zum Spielball der wirtschaftlichen Interessen habe werden lassen und daß er auf jede metaphysische Begründung des Rechts verzichtet habe.²²⁾ Diese Vorwürfe mögen durch manche überspitzte Formulierung in *Jherings* Spätwerken²³⁾ provoziert worden sein. Im Kern sind sie unberechtigt.²⁴⁾ Es ging *Jhering* um den Nachweis, daß sich die sittlichen Postulate der Gerechtigkeit im sozialen Leben nur dann verwirklichen lassen, wenn die Rechtswissenschaft die realen Wirkungsfaktoren des Rechts erkennt und sich nicht in esoterischen Begriffsspielereien und Logizismen erschöpft.

III.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das am 1. Januar 1900 in Kraft trat, hat der praktischen Geltung des römischen Rechts in Deutschland ein Ende gesetzt. Das Bürgerliche Gesetzbuch (abgekürzt: BGB) enthält aber in weiten Teilen nichts anderes als die in Gesetzesform gekleideten Ergebnisse der Pandektenwissenschaft. So ging die Pandektenwissenschaft ohne jeden Bruch über in die exegetische und dogmatische Beschäftigung mit dem BGB. Besonders sinnfällig ist dafür das dreibändige Pandektenlehrbuch von *Bernhard Windscheid*²⁵⁾, das erstmals 1862/1870 erschienen ist und in den nach Inkrafttreten des BGB erschienenen Auflagen (8. Aufl. 1900/1901; 9. Aufl. 1906) Zusätze von *Theodor Kipp* enthält, in denen jeweils das Recht des BGB dargestellt ist. So wie die systematisch-dogmatischen Ergebnisse der Pandektenwissenschaft in die Privatrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts übernommen worden sind, blieben auch die Gedanken *Rudolph v. Jherings* nicht ohne Wirkung. Die Berücksichtigung soziologischer Elemente in der Rechtswissenschaft und die heute mit mehr

²¹⁾ a. a. O., S. 339.

²²⁾ Vgl. *Hans Hattenhauer*, Zwischen Hierarchie und Demokratie (1971) S. 180 f.; ferner die von *Fritz Buchwald*, in *Rudolf von Jhering*, Der Geist des Rechts (1965) S. XII ff. genannten älteren Stimmen.

²³⁾ »Der Kampf ums Recht« (1. Aufl. 1872); »Der Zweck im Recht« (unvollendet; Band I 1877; Band II 1883; mehrere Auflagen).

²⁴⁾ Vgl. auch *Erik Wolf*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl. 1963, S. 664; *Buchwald*, a. a. O. (Fußnote 22), S. XLVII–XLIX.

²⁵⁾ *Bernhard Windscheid* (1817–1892) war mit *Rudolph von Jhering* befreundet. Sein Lehrbuch war typisch für die späte Pandektistik und hatte große praktische Bedeutung erlangt. An der Entstehung des BGB war *Windscheid* maßgeblich beteiligt.

oder weniger großen Abwandlungen das Feld beherrschende Methode der Interessenjurisprudenz²⁶⁾ gehen darauf zurück.

Damit, so könnte man meinen, habe das römische Recht nach Inkrafttreten des BGB seine Funktion in der Rechtswissenschaft verloren. In der Tat mußte die Wissenschaft vom römischen Recht an den deutschen Universitäten nach 1900 einen neuen Standort suchen. Nicht mehr als praktisch anwendbares Recht, sondern nur noch als Gegenstand historischer Forschung und Lehre konnte das römische Recht an den deutschen Universitäten einen Platz finden. Der Übergang in diese neue Position war deshalb nicht besonders schwierig, weil im 19. Jahrhundert auch die rein historische Erforschung des römischen Rechts einen großen Aufschwung erlebt hatte. Für diese Richtung der Wissenschaft soll nur der Name *Theodor Mommsen* (1817–1903) genannt sein. Das Interesse der rechtshistorischen Forschung des 19. Jahrhunderts und der ersten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts (»Neuhumanismus«)²⁷⁾ war vorwiegend auf die antike Rechtsentwicklung und hier speziell auf die Periode des klassischen römischen Rechts gerichtet. Die Lehrbücher des römischen Rechts aus jenen Jahrzehnten, die regelmäßig das Vorlesungsprogramm der Universitäten widerspiegeln, gliedern sich in zwei Kategorien. Unter dem Titel »Römische Rechtsgeschichte« erschienen Darstellungen der »äußeren« Rechtsgeschichte. Die materiellen Regeln des römischen Privatrechts, insbes. der klassischen Periode, wurden in zahlreichen Publikationen dargestellt, in deren Titel die Bezeichnungen »System« oder »Institutionen« verwendet wurden; später nannte man solche Darstellungen einfach »Römisches Privatrecht«. An den Universitäten wurden diese Vorlesungen in den Anfangssemestern geboten, um die Studenten durch die Rechtsgeschichte zum geltenden Recht hinzuführen. Vertieft wurde die Beschäftigung mit dem römischen Recht durch praktische Übungen an Quellenstellen. Als »Digestenexegese« hatte diese Übung ihren festen Platz im Lehrplan.

In der Forschung führte die Beschränkung des Interesses auf die *historische* Bedeutung des römischen Rechts der klassischen Periode zu dem Bestreben, die Geschichtsquellen jener Zeit zu sichten und in ihrer Reinheit wiederherzustellen. Die deutsche romanistische Wissenschaft richtete ihr besonderes Augenmerk auf die Erforschung von Interpolationen in den Texten des *Corpus iuris*. Viele Energien wurden auf die Textkritik verwandt und oft wurde auch des Guten zuviel getan. Kaum eine Stelle in den *Digesten* blieb vom Interpolationsverdacht frei. Das Übermaß an Textkritik macht manche Schriften aus den

²⁶⁾ Die Interessenjurisprudenz, die namentlich durch *Philipp Heck* in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts ihre Ausprägung erfahren hat, geht davon aus, daß der Gesetzgeber widerstreitende Interessen in bestimmter Weise bewertet hat; diese Wertung hat derjenige, der das Gesetz anwendet, nachzuvollziehen. – Zu einzelner vgl. *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl. 1967) S. 574–578; *Helmut Coing*, *Rechtsphilosophie*, (2. Aufl. 1969) S. 48–50.

²⁷⁾ Vgl. *Wieacker*, a. a. O., S. 416 ff.; *Paul Koschaker*, *Europa und das römische Recht* (3. Aufl. 1958) S. 293–301.

letzten Jahrzehnten des vergangenen und den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts zu einer schwierigen Lektüre und läßt darüber hinaus auch ihren sachlichen Inhalt als bedenklich erscheinen.

Die historische Befassung mit dem römischen Recht führte auch dazu, die römische Rechtsentwicklung in einen größeren Rahmen zu stellen, nämlich in den Rahmen der *Antiken Rechtsgeschichte*.²⁸⁾ In der Antiken Rechtsgeschichte hat die römische Rechtsgeschichte ihren Platz neben der Geschichte des assyrischen, babylonischen, hebräischen, ägyptischen und griechischen Rechts. Neue Erkenntnisse sind hier vorwiegend aus den Papyri zu gewinnen, so daß die Antike Rechtsgeschichte in enger Verbindung zur *Papyrologie* steht. Die Antike Rechtsgeschichte läßt durch den Vergleich mit anderen Rechten die hervorragende Bedeutung des römischen Rechts in einem um so helleren Lichte erscheinen.²⁹⁾ Der Universität Gießen war es vergönnt, in *Otto Eger* (1877–1949) einen hervorragenden Vertreter dieser Forschungsrichtung auf ihrem römisch-rechtlichen Lehrstuhl (von 1918 bis zur Schließung der Ludoviciana) zu haben.³⁰⁾

Andererseits hat man versucht, die römische Rechtsgeschichte im Lichte einer *Indogermanischen Rechtsgeschichte* zu betrachten. Die Römer sind den anderen indogermanischen Völkern gewiß auch in Sitte und Recht verwandt. Hieraus jedoch Folgerungen ableiten zu wollen, hat nur dann Sinn, wenn man berücksichtigt, daß die einzelnen indogermanischen Völker zu sehr verschiedenen Zeiten ihre Kultur entwickelt haben. So weist das germanisch-deutsche Recht des Mittelalters Züge auf, die dem römischen Recht etwa zur Zeit des Zwölftafelgesetzes (Mitte des 5. Jahrhunderts v. Chr.) zu eigen sind. Ein Musterbeispiel für eine Einzeluntersuchung im Rahmen der indogermanischen Rechtsgeschichte bildet die Abhandlung von *Paul Koschaker*, *Die Eheformen bei den Indogermanen* (1937). Übrigens hatte bereits *Rudolph von Jhering* eine kurze Abhandlung über die »Vorgeschichte der Indoeuropäer« verfaßt, die nach seinem Tode aus dem Nachlaß veröffentlicht wurde.³¹⁾

Schließlich hat die rechtshistorische Forschung gezeigt, daß auch ohne Rücksicht auf eine ethnische Verwandtschaft die Rechtsinstitute einzelner Völker auf bestimmten kulturellen und wirtschaftlichen Entwicklungsstufen einander gleichen und die innere Struktur der Rechtsordnungen sich in ähnlicher Weise fortbildet, wenn einmal die gleiche Richtung eingeschlagen worden ist. Solche Ähnlichkeiten festzustellen, ist das Ziel der »*Vergleichenden Rechtsgeschichte*«. Als Beispiel für diese Forschungsrichtung sei die Schrift von *Hans Peter*, *Actio und*

²⁸⁾ *Wieacker*, a. a. O., S. 420/421; *Koschaker*, a. a. O., S. 301/303.

²⁹⁾ In dieser Weise sind die Kurzlehrbücher von *Erwin Seidl*, *Römische Rechtsgeschichte und Römisches Zivilprozeßrecht* (3. Aufl. 1971) und *Römisches Privatrecht* (2. Aufl. 1963; vgl. hier insbes. das Vorwort) aufgebaut.

³⁰⁾ Vgl. *Friedrich Weber*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Band 67 (1950) S. 623–627; *Karl Engisch*, *Festschrift zur 350-Jahr-Feier der Universität Gießen*, 1957, S. 24 f.

³¹⁾ Auch abgedruckt in: *Rudolf von Jhering*, *Der Geist des Rechts* (1965), S. 391–395.

writ (1957) genannt, in der bei einem Vergleich des angelsächsischen Prozeßrechts mit dem antiken römischen Prozeßrecht erstaunliche Parallelen aufgezeigt werden.

IV.

Alles das vermag aber nicht zu rechtfertigen, daß die Pflege des römischen Rechts nach wie vor zu den juristischen Fächern an den Universitäten zählt und daß von den Studenten der Rechtswissenschaft auch heute noch eine Beschäftigung mit dem römischen Recht abverlangt wird, obgleich Kenntnisse auf diesem Gebiet kaum einen unmittelbaren Ertrag für die praktische Berufstätigkeit eines Juristen versprechen. So ließe sich daran denken, die wissenschaftliche Pflege des römischen Rechts der Klassischen Altertumswissenschaft zuzuordnen. Hiergegen spricht aber bereits folgendes: Die im 19. Jahrhundert selbstverständliche Verbindung von römischem und geltendem Recht blieb im 20. Jahrhundert in anderer Form aufrechterhalten. Die Vertreter des römischen Rechts an den deutschen Universitäten blieben auch dem geltenden Recht zugewandt. Die Bedeutendsten unter ihnen haben vielfach zugleich auch Hervorragendes in der Privatrechtswissenschaft und auf modernen, aufstrebenden Rechtsgebieten geleistet. Die Namen *Otto Lenel*, *Theodor Kipp*, *Ernst Rabel*, *Leo Raape*, *Hans Kreller* und *Heinrich Siber* mögen hier für alle anderen genannt sein. Selbst ein Mann, der sich so sehr der Antike verschrieben hatte, wie *Otto Eger* trat im Jahre 1932 mit einer Schrift über das Recht der deutschen Kartelle hervor. In der Gegenwart ist die Erscheinung, daß Romanisten in »Personalunion« auch moderne Rechtsfächer vertreten, eher noch stärker ausgeprägt.

In der Tat sprechen gewichtige Erwägungen für eine Beibehaltung der gegenwärtigen organisatorischen Verknüpfung der römischen Rechtsgeschichte mit der Rechtswissenschaft im ganzen:

1. Weite Bereiche unseres geltenden Rechts, insbesondere des Privatrechts sind aus dem römischen Recht hervorgegangen. Deshalb lassen sich viele der gegenwärtigen Rechtsgrundsätze und der geltenden Gesetzesvorschriften nur aus dieser geschichtlichen Entwicklung richtig *verstehen* und zutreffend *anwenden*. Greifen wir ein Beispiel heraus: Nach § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alternative BGB kann eine Leistung zurückgefordert werden, wenn »der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt«. Wollte man diesen Text buchstabengetreu anwenden, so würde er eine Regelung für alle Fälle des Fehlschlagens eines Vertrages, der Spät-, Nicht- oder Schlechterfüllung, des Mangels oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und der Zweckverfehlung bieten. Eine historische Analyse dieser Vorschrift zeigt jedoch, daß der Gesetzgeber des BGB in ihr die römisch-

rechtliche *condictio causa data causa non secuta* hat aufrechterhalten wollen, eine Klage, mit der die Vorleistung eines Teils zurückgefordert werden konnte, falls die vereinbarte Gegenleistung nicht erbracht wurde und diese mit rechtlichen Mitteln nicht erzwungen werden konnte. Nur bei der ganz erheblichen Reduktion des Sinngehaltes des § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB auf den Anwendungsbereich der *condictio causa data causa non secuta* fügt sich die Vorschrift in das System des geltenden Privatrechts ein.³²⁾ Diesem Beispiel ließen sich viele andere anfügen.

2. Die moderne Gesetzgebung bringt immer mehr Einzelgesetze hervor, durch die einzelne Probleme des sozialen Zusammenlebens gelöst werden sollen. Man mag diese Abkehr von dem Idealbild der »Kodifikation«, d. h. eines einzigen umfassenden, abschließenden und auf die Dauer berechneten Gesetzgebungswerks bedauern; wahrscheinlich handelt es sich jedoch um die normale Art der Gesetzgebung in einem hochdifferenzierten, pluralistischen, demokratischen Gemeinwesen.³³⁾ Wenn diese Art der Gesetzgebung nicht zu einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führen soll, bedarf es einer gedanklichen Eingliederung der Einzelgesetze in das Rechtssystem und ihrer Unterstellung unter oberste Grundsätze des Rechts. Es ist also bei aller Anerkennung der Methode der Interessen- oder Wertungsjurisprudenz und bei aller Notwendigkeit, soziologische Erkenntnisse nicht unbeachtet zu lassen, eine Besinnung auf die Systematik und Begrifflichkeit unserer Gesamtrechtsordnung vonnöten. Systematik und Begrifflichkeit des geltenden Rechts sind aber zum größten Teil im 19. Jahrhundert von jener Rechtswissenschaft entwickelt worden, die vornehmlich eine Wissenschaft vom römischen Recht war.
3. Dem Bestreben, die Rechtsgeschichte als Entwicklungsgeschichte des geltenden Rechts zu betrachten, ist ein neuerdings von *Mayer-Maly* entwickelter Gedanke zur Seite zu stellen, nämlich der Gedanke einer »Wiederkehr von Rechtsfiguren«.³⁴⁾ Es läßt sich an einer Reihe von Fällen zeigen, daß in neuerer Zeit zur Bewältigung neu auftretender Probleme auf längst überholt geglaubte Rechtsfiguren zurückgegriffen wurde. So ist das in den römischen Quellen vielfach anzutreffende »*arbitrium boni viri*« (Ermessen eines verständigen Mannes), das in den Vorschriften des BGB über die Leistungsbestimmung ein Schattendasein führte, zu neuem Leben erweckt worden, als man die Strukturen der Regeln über die Leistungsbestimmung zur Lösung

³²⁾ Vgl. im einzelnen *Alfred Söllner*, Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 163 (1963) S. 20–45.

³³⁾ Vgl. *Friedrich Kübler*, Kodifikation und Demokratie, *Juristenzeitung* 1969, S. 645–651.

³⁴⁾ in: *Juristenzeitung* 1971, S. 1–3.

arbeitsrechtlicher Probleme heranzog.³⁵⁾ Weitere Beispiele sind die Einziehungsermächtigung, die ihr antikes Gegenstück in dem *mandatum ad agendum in rem suam* findet,³⁶⁾ die Sicherungsübereignung, zu deren Rechtfertigung man auf die altrömische *fiducia* zurückgriff,³⁷⁾ die Ersetzung des zweigeteilten Fahrlässigkeitsbegriffs (leichte und grobe Fahrlässigkeit) in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung durch einen dreiteiligen, womit die gemeinrechtliche *culpa levissima* wiedergeboren war.³⁸⁾ Diese Erscheinungen sind mit *Mayer-Maly* daraus zu erklären, daß das juristische Instrumentarium nicht unbegrenzt ist. Die Begrenztheit des zur Verfügung stehenden Inventars an Rechtsfiguren zwingt zu solchen Rückgriffen auf früher ausgebildete, aber in Vergessenheit geratene Rechtsfiguren.

4. In diesem Zusammenhang darf ohne Übertreibung gesagt werden, daß das antike römische Recht sich durch eine besonders gute Verwendung jenes rechtlichen Instrumentariums auszeichnet. Die ausgefeilte Rechtstechnik der römischen Juristen ließ das römische Recht über Jahrhunderte des Mittelalters und der Neuzeit hinweg als »*ratio scripta*« erscheinen und gab ihm selbst dort eine Wirkungschance, wo wie im Deutschland des 19. Jahrhunderts ein formeller Geltungsgrund fehlte. Es ist daher sinnvoll zu fragen, welchen Problemen die römischen Juristen sich gegenübersehen und mit welchen Mitteln sie die Probleme lösten. Einerseits gibt es Rechtsprobleme, die die Zeiten überdauern, wie z. B. die Regelung des Irrtums beim Verträge oder die des Minderjährigenschutzes. Andererseits sind Probleme anzutreffen, die bei aller Unterschiedlichkeit der wirtschaftlichen und sozialen Ausgangslage durch ihre Ähnlichkeit in rechtstechnischer Hinsicht auffallen. So sind in Rom die Rechtsbeziehungen zwischen dem nicht vermögensfähigen Haussohn und dem Hausvater oder zwischen einem Sklaven und seinem Herrn unter ähnlichen Gesichtspunkten diskutiert worden wie heute etwa das Verhältnis von Zweigniederlassungen zur Unternehmenszentrale oder im öffentlichen Recht die Frage der Klagebefugnis von Behörden untereinander.

Da die Zahl möglicher Problemlösungen nicht unbegrenzt ist, sondern nur eine beschränkte Anzahl praktikabler und gerechter Regelungen zur Verfügung steht,³⁹⁾ lassen sich aus einer solchen Vergleichung wertvolle Aufschlüsse für das geltende Recht gewinnen. Im Grunde genommen handelt es sich bei der problembezogenen rechtshistorischen Betrachtungsweise um die-

³⁵⁾ Vgl. *Eduard Böttcher*, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht (1964); *Alfred Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis (1966); ferner *Reinhard Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (1968).

³⁶⁾ Vgl. *Günther Jahr*, Archiv für die civilistische Praxis, Band 168 (1968) S. 9 ff.

³⁷⁾ *Theo Mayer-Maly*, a. a. O., S. 2.

³⁸⁾ *Theo Mayer-Maly*, Archiv für die civilistische Praxis, Band 163 (1964) S. 114 ff.

³⁹⁾ *Helmut Coing*, Rechtsphilosophie (2. Aufl. 1969) S. 349.

selbe Methode, die von der modernen *Rechtsvergleichung* angewendet wird. Bei dieser Art der Beschäftigung mit dem römischen Recht wird ein kritischer Standpunkt gegenüber der Dogmatik des geltenden Rechts bezogen. Die Lösungen des geltenden Rechts werden in ihrer historischen Bedingtheit gesehen, und durch die Vergleichung wird möglicherweise der Weg zur Überwindung von Schwierigkeiten gewiesen.

5. Vom Mittelalter bis ins 18. Jahrhundert bestand eine kontinental-europäische Rechtseinheit auf der Grundlage des im Mittelalter wiederbelebten römischen Rechts. Erst dann hatte der Nationalstaatsgedanke eine Absonderung der Rechtsordnungen zur Folge. Mit der Integration der europäischen Staaten auf wirtschaftlicher und politischer Ebene wird eine Annäherung der Rechtsordnungen Hand in Hand gehen müssen. Dem Streben nach einer solchen Annäherung kann aber nichts dienlicher sein als die Rückbesinnung auf die gemeinsame römisch-gemeinrechtliche Tradition.⁴⁰⁾

V.

Wenn es diese Erwägungen sind, die dem römischen Recht auch heute einen Platz unter den rechtswissenschaftlichen Fächern sichern, so wird sich die romanistische Wissenschaft daran ausrichten müssen. *Paul Koschaker* hat bereits 1947 in seinem Buch »Europa und das römische Recht« eine *dogmatisch geleitete Rechtsgeschichte* gefordert, die eben darum echte *Rechtswissenschaft* wäre. Bei den Forschungen müßte die Dogmen- und Begriffsgeschichte im Vordergrund stehen, wobei die Ergebnisse und Methoden der neuhumanistischen Richtung nicht zu missen wären. In der Lehre müßte das römische Recht in einer Weise vorgetragen werden, die die Dogmatik des geltenden Rechts zu befruchten vermag und durch die Rechtsvergleichung eine universelle Richtung erhält.⁴¹⁾

Dem ist aus heutiger Sicht kaum etwas hinzuzufügen. Nur so kann das römische Recht als Mittel dienen, um auch künftigen Juristengenerationen über die Lehre vom positiven Recht, über Gesetzeskenntnis, Rechtsdogmatik und Klausurtechnik hinaus die Aufgaben der *Rechtswissenschaft* nahezubringen. Dann werden auch die goldenen Worte des klassischen römischen Juristen *Celsus* nicht in Vergessenheit geraten, wonach die Kenntnis der Gesetze nicht im Erfassen ihrer Buchstaben, sondern ihres übergreifenden Sinnes besteht: »*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*« (Digesten 1. 3. 17).

⁴⁰⁾ Der Erforschung dieser Zusammenhänge widmet sich seit einigen Jahren das Max Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main. Vgl. *Helmut Coing*, Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, *Ius commune* I (1967) S. 1–33.

⁴¹⁾ a. a. O., S. 346.

1. *Paul Koschaker*, Europa und das römische Recht (1947; 4. unveränderte Auflage 1966).
2. *Heinrich Mitteis*, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte (1947); dazu *Walter Lewald*, Neue Juristische Wochenschrift 1949, S. 441–445.
3. *Theo Mayer-Maly*, Vergleichende Beobachtungen zur Behandlung des römischen Rechts im deutschen und im österreichischen Rechtsunterricht, Revue internationale des droits de l'antiquité, 11 (1964), S. 395–407.
4. *Helmut Coing*, Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, Ius Commune I (1967) S. 1–33; ders., Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland (2. Aufl. 1971).
5. *Max Kaser*, Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht, Juristische Schulung 1967, S. 337–344.
6. *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967.
7. *Günther Jahr*, Romanistik und Zivilrechtswissenschaft, Archiv für die civilistische Praxis, Band 168 (1968) S. 9–26.
8. *Hans Peter*, Römisches Recht in der heutigen Zeit, Schweizerische Juristen-Zeitung, 1969, S. 269–276.
9. *Gerhard Wesenberg*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 2. Auflage von *Gunter Wesener* (1969).
10. *Theo Mayer-Maly*, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, Juristenzeitung 1971, S. 1–3.
11. *Alfred Söllner*, Römische Rechtsgeschichte (1971) S. 9–23.
12. *Hans Hattenhauer*, Zwischen Hierarchie und Demokratie – Eine Einführung in die geistesgeschichtlichen Grundlagen des geltenden deutschen Rechts (1971).