

Nadja EL BEHEIRI, Budapest

„Herkommen“ als staatsrechtlicher Begriff zwischen System und Praxis

Theodor Mommsen versus Wolfgang Kunkel

The terminus “Herkommen” between system and practice: Theodor Mommsen versus Wolfgang Kunkel

The German terminus “Herkommen” stands for prolonged practice and is used frequently in the “Römisches Staatsrecht” by Theodor Mommsen. Wolfgang Kunkel is the author of one of the most extensive revisions of Mommsen’s systematic approach. He uses the term as a key concept in his attempt to redraw the Constitutional Law of the Roman Republic and understands it clearly in the sense of Customary Law. Referring to Mommsen’s work, Kunkel states that in reading the “Römisches Staatsrecht” he never encountered the concept of “Herkommen” in the sense of a source of law. The paper shows how Kunkel, from a realistic perspective, builds up the Roman institutions out of the political practice during the Republic. Based on some specific cases, the paper compares the different ways of evaluating ancient text represented by Kunkel and Mommsen and examines their different approaches to the institutions of the Roman Republic.

Keywords: Customary Law – ‘Herkommen’ – Institution – Theodor MOMMSEN – System

1. Einleitung

Im Mittelpunkt meines Beitrages beim Mitteleuropäischen Rechtshistorikertages standen die Begriffe „Herkommen“ und „Willkür“ im „Römischen Staatsrecht“ von Theodor Mommsen. In der anschließenden Diskussion ging es vor allem um die Frage des Unterschieds zwischen dem mommsenschen „Herkommen“ und einer als Rechtsquelle verstandenen Gewohnheit. Der folgende Beitrag möchte nun eine kurze Antwort auf diese komplexe Fragestellung versuchen. Auf die Erörterung des Begriffs „Willkür“ muss dabei aus Platzgründen verzichtet werden. Angedeutet sei nur, dass es sich bei den beiden Termini in gewissem Sinne um korrele Begriffe handelt. Mit dem Ausdruck „Willkür“ bezeichnet Mommsen die unbeschränkte Herrschaftsmacht der Magistrate. Diese Herrschaftsmacht wird von Mommsen an zahlrei-

chen Stellen gerade über das „Herkommen“ beschränkt.

Der Unterschied zwischen dem mommsenschen „Herkommen“ und „Herkommen“ als Quelle von Gewohnheitsrecht soll durch eine Gegenüberstellung der Verwendung des Begriffes bei Mommsen und Wolfgang Kunkel herausgearbeitet werden. Kunkel ist Autor der bislang umfassendsten Revision der Bearbeitung des römischen Staatsrechts durch Theodor Mommsen. Sein Werk ist posthum im Jahre 1995 in der Reihe der Handbücher der Altertumswissenschaft unter dem Titel „Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik“ erschienen. Das der Darstellung der römischen Magistratur gewidmete Buch war ursprünglich als Teil eines umfassenden, auf das gesamte römische Staatsrecht ausgerichteten Projekts konzipiert, im Ergebnis blieb es jedoch bei nur einem Band. Bereits der Titel des Buches lässt im Hinblick auf

Mommsen Divergenzen in der Zugangsweise anklingen. Festmachen lassen sich diese Unterschiede gerade über den Begriff „Herkommen“. Deutlich wird dies in einem Aufsatz Kunkels aus dem Jahre 1971 mit dem Titel „Gesetzrecht und Gewohnheitsrecht in der römischen Republik“ formuliert. Dort schreibt der Rechtshistoriker in Bezug auf das „Römische Staatsrecht“ Mommsens, dass er sich nicht erinnern kann, die Frage des Gewohnheitsrechts in dem Werk auch nur angeschnitten gefunden zu haben. Ausdrücklich hält Kunkel bei dieser Gelegenheit fest, dass er unter Gewohnheitsrecht „die normative Kraft des Herkommens“ versteht. Diese Feststellung ist auf den ersten Blick umso erstaunlicher, als sich leicht nachweisen lässt, dass Mommsen den Begriff „Herkommen“ im „Römischen Staatsrecht“ ausgiebig verwendet. Die meisten Belege finden sich dabei gerade in den ersten mit der Magistratur befassten Halbbänden. Der aus dieser Beobachtung abgeleitete Befund legt nahe, dass Kunkel die aus dem „Herkommen“ abgeleiteten Tatbestände grundsätzlich anders bewertet als Mommsen dies tut. Es wird sich zeigen lassen, dass der Unterschied im Verständnis des Begriffes „Herkommen“ ein Spiegelbild der verschiedenen Grundannahmen ist, mit denen die Autoren sich den Quellen zum römischen Staat nähern. Im Folgenden ist daher kurz auf den Ansatz Mommsens einzugehen, in einem weiteren Schritt soll dann der Überarbeitungsversuch durch Kunkel angerissen werden. Sodann soll anhand einiger Beispiele die unterschiedliche Zugangsweise verdeutlicht werden. In einem abschließenden Punkt soll dann der Unterschied in der Zugangsweise der beiden Autoren formuliert werden.

2. Das „Römische Staatsrecht“

Der systematische Ansatz und die Institution

In der Einleitung zum ersten Band des „Römischen Staatsrechts“ prägt Mommsen das Bild vom antiquarischen Bauplatz. Während manche

– so der Meister der römischen Antike – auf diesem Bauplatz „bloss Balken und Ziegel durcheinander werfen, aber weder das Baumaterial zu vermehren noch zu bauen verstehen“, soll sein eigenes Werk eine auf „consequent durchgeführten Grundgedanken wie auf festen Pfeilern ruhende Darlegung sein“.¹ Was er damit meint hat Mommsen bereits im Jahre 1845 in einer Rezension zu einer Arbeit über das römische öffentliche Recht formuliert, als er den Satz vom System als seiner eigenen Wahrheit geprägt hat.² Das „Römische Staatsrecht“, das Mommsen unter all seinen Arbeiten wohl am meisten geschätzt hat, ist in den Jahren 1871 bis 1888 erschienen. Der erste, im Sinne eines „Allgemeinen Teils“ zur Magistratur abgefasste Halbband, wurde 1871 vorgelegt (dieser Band erhielt 1876 eine zweite und 1887 eine dritte Auflage). Der zweite, die einzelnen Magistraturen behandelnde Band, wurde 1874 und 1875 in zwei Halbbänden veröffentlicht. Diese Bände erhielten 1877 und 1887 neubearbeitete Auflagen. In den Jahren 1887 und 1888 folgten zwei weitere Halbbände zur Bürgerschaft bzw. zum Senat. Bei den beiden letzten Bänden blieb es bei der ersten Auflage.³ Vielleicht Ergebnis des Zufalls, jedenfalls nicht ohne Bedeutung für das Verständnis des mommsenschen Denkansatzes ist, dass die Veröffentlichung des ersten Bandes mit Gründung des Deutschen Reiches und jene des zweiten mit dem Rektorat Mommsens an der Berliner Universität zusammenfiel.

2.1. Die Grundlagen des Systems

Die politisch-geistesgeschichtlichen Grundlagen für das System sind zunächst in der liberalen Staatsgesinnung begründet, die sich Mommsen bereits als leidenschaftlicher Anhänger der Bewegung des Jahres 1848 zu eigen gemacht hatte.

¹ MOMMSEN, Römisches Staatsrecht I, IX.

² Vgl. dazu HEUSS, Mommsen und das 19. Jahrhundert 48.

³ NIPPEL, Das Staatsrecht in der Diskussion 9.

Das Fundament dieser Staatsgesinnung bildete dabei die aus der hegelianischen Staatsphilosophie abgeleitete Idee vom Staat als Geschöpf der Freiheit und Inbegriff des sittlichen Vermögens. Zu diesem Staat gehörte Nationalgefühl ebenso wie tief empfundene Humanität. Der Staatsbegriff Mommsens war zudem untrennbar mit den Prinzipien der Volkssouveränität und der Gewaltentrennung, sowie der Demokratie schlechthin verbunden. Auf realpolitischer Ebene ließ sich dieses Staatsideal – nach Auffassung des homo politicus Mommsen – am besten in einem einheitlichen deutschen Staat unter preußischer Führung verwirklichen. In diesem Sinne bringt Mommsen dann auch als Rektor die Freude über die Gründung des Deutschen Reiches deutlich zum Ausdruck. In der am 15. Oktober 1874 gehaltenen Rede spricht Mommsen vom Stolz auf die Erfolge der deutschen Nation und davon, dass Deutschland „die Stelle der immer geführten und oft angeführten Großmacht mit der der führenden vertauscht hat“.⁴ Neben dem Einsatz der „rechten Männer“, die diesen Triumph möglich gemacht haben, ist dieser aber auch möglich geworden „durch die unablässige so geniale wie resignierte Arbeit dreier Generationen unseres Volkes“.⁵ Außergewöhnliche Leistungen in der Vergangenheit sind die Grundlage für das Sendungsbewusstsein künftiger Generationen.⁶ Der Gedanke eines hervorragenden zivilisatorischen Auftrages gilt bei Mommsen sowohl im Hinblick auf den geschichtlichen Auftrag Deutschlands wie auch für die hervorragende Rolle, die der Wissenschaftler dem historischen Rom zugeordnet hat. In beiden Fällen war Streben nach Vorherrschaft für Mommsen nur als zivilisatorischer Auftrag denkbar und dabei spielte gerade auch das Verfassungsrecht eine hervorragende Rolle.⁷

⁴ MOMMSEN, Rektoratsrede 4.

⁵ Ebd.

⁶ Ebd. 4–5.

⁷ BALTRUSCH, Mommsen und der Imperialismus 213.

2.2. Das System in seiner Gesamtheit

Die Rektoratsrede Mommsens stellt aber auch einen Anhaltspunkt für das Verständnis des Systems selbst dar. Mommsens diesbezügliche Ausführungen sind mit dem epochenmachenden Text „Wissenschaft als Beruf“, den Max Weber fast ein halbes Jahrhundert später formuliert hat, verglichen worden.⁸ Mommsen, getreu seiner Methode des historisch arbeitenden Juristen und des juristisch arbeitenden Historikers,⁹ erörtert die Sendung der Geschichtswissenschaft in Gegenüberstellung zur Rechtswissenschaft. Beide Disziplinen – so der Rektor der Berliner Universität – können weder gelehrt noch gelernt werden. In beiden Fällen ist es der Blick auf die Gesamtheit, die eine tiefere Einsicht in das Wesen einmal der geschichtlichen Vorgänge, zum anderen in die Verfassung eines Staates gibt. Beim Erfassen des Systems kommt es auf die „richtige Schätzung der vorliegenden Zeugnisse, die rechte Verknüpfung des scheinbar Unzusammenhängenden oder Sichwidersprechenden zur tatsächlichen Folge“ an.¹⁰ Es gehört zu den Anforderungen an den wahren Historiker und wohl auch an den wahren Juristen die Grundbegriffe in ihrer supranaturalistischen Herkunft im System zu erkennen.¹¹ Mommsen wörtlich:

⁸ WALTHER, Mehr zu den Künstlern als zu den Gelehrten 229.

⁹ Die Wendung ist von J. Michael Rainer übernommen. RAINER, Römisches Staatsrecht 14.

¹⁰ MOMMSEN, Rektoratsrede 11.

¹¹ BEHRENDTS, Mommsens Glaube 312. Okko Behrendts zeichnet den Gedankengang von Mommsen über Savigny und – in origineller Weise – über Friedrich Schiller nach, der in dem berühmten Zitat Mommsens zum genetischen Verständnis der Wissenschaft kulminiert. Mommsen schreibt im Vorwort zum Abriss des Römischen Staatsrechts: „Von der Plattheit derjenigen historischen Forschung, welche das, was sich nie und nirgend begeben hat, bei Seite lassen zu dürfen meint, schützt den Juristen seine genetisches Verständnis fordernde Wissenschaft.“ BEHRENDTS, Mommsens Glaube 321–323. Die Verbindung von Schiller mit Savigny kann wohl auch als Verweis auf die

„Der Schlag aber, der tausend Verbindungen schlägt, der Blick in die Individualität der Menschen und der Völker spotten ihn ihrer hohen Genialität alles Lehrens und Lernens. Der Geschichtsschreiber gehört vielleicht mehr zu den Künstlern als zu den Gelehrten“.¹² Was nun Mommsen im Hinblick auf die Geschichtswissenschaft formuliert, gilt in nicht minderem Maße auch für das Studium des Rechts, das vorwiegend als Kenntnis des öffentlichen Rechts zu begreifen ist. Auch dieses ist „in ihrer Gesamtheit als ein mehr oder minder bleibendes System zu studieren“.¹³ Innerhalb des Systems kommt der Institution ein besonderer Stellenwert zu. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage nach dem Gewohnheitsrecht gerade auch im Hinblick auf die Institution.

2.3. Die Institution: Stein des Anstoßes

Im Vorwort zur ersten Auflage des „Römischen Staatsrechts“ hält Mommsen fest, dass es ihm nicht um die Beschreibung der „geschichtlichen Entwicklung“ geht. Vielmehr soll „jede Institution in sich abgeschlossen“ dargestellt werden. Den Begriff der Institution formuliert der Bearbeiter der römischen Verfassung in klarer Anlehnung an das Privatrecht. Als Ziel der Bearbeitung legt er fest: „Wie in der Behandlung des Privatrechts der rationelle Fortschritt sich darin darstellt, dass neben und vor den einzelnen Rechtsverhältnissen die Grundbegriffe systematische Darstellung gefunden haben, so wird auch das Staatsrecht sicher erst dann einigermassen ebenbürtig neben das – jetzt in der Forschung und Darlegung ihm eben so weit wie in der Ueberlieferung voranstehende – Privatrecht stellen dürfen, wenn, wie dort der Begriff der Obligation als primärer steht über Kauf und Miete, so hier Consulat und Dictatur erwogen

romantische Seite der historischen Schule verstanden werden.

¹² MOMMSEN, Rektoratsrede 11.

¹³ Ebd., 13.

werden als Modificationen des Grundbegriffs der Magistratur“.¹⁴

Dieser institutionelle Zugang sollte in der Folge zu einem Stein des Anstoßes werden. Der Alt-historiker Alfred Heuss hat im Jahr 1956 das erste umfassende Werk zu Theodor Mommsens Leben und Werk geschrieben. Im Hinblick auf das System Mommsens hat er – wohl etwas pointiert – geschrieben, dass dieses nur akzeptiert oder zerbrochen werden könne.¹⁵ Im Anschluss an Heuss ist der Ansatz von Mommsen sowohl von althistorischer als auch von juristischer Seite behandelt worden.¹⁶ Was die Arbeit von Rechtshistorikern betrifft gilt es dabei vor allem das relative frühe Werk von Heinrich Siber¹⁷ zu erwähnen und auf die umfassenden Arbeiten von J. Michael Rainer¹⁸ hinzuweisen. In den Kritiken zu diesen Arbeiten ist immer wieder auf die (zu) starke Betonung der Institution hingewiesen worden. So ist die Arbeit Sibers als ein „in Scheiben Geschnittener Mommsen“ bezeichnet worden.¹⁹ Schärfer fiel der Tadel am Ansatz Rainers aus. Zurückgewiesen wurde dabei vor allem, dass die römische Wirklichkeit von einem „staatsrechtlichen Betrachtungswinkel aus“, also „vermittels juristischer Begrifflichkeit und Systematik“ erfasst werden kann.²⁰ Auch die Revision des „Römischen Staatsrechts“ durch Wolfgang Kunkel ist auf einen ähnlichen Vorwurf gestoßen. Bei Jochen Bleicken findet sich eine ausgewogene – wenn auch kritische – Auseinandersetzung mit Kunkel. Im Ergebnis

¹⁴ MOMMSEN, Römisches Staatsrecht I, IX.

¹⁵ HEUSS, Mommsen und das 19. Jahrhundert 56.

¹⁶ Ein Überblick über die zeitgenössische Kritik findet sich bei NIPPEL, Staatsrecht in der Diskussion 12–26.

¹⁷ SIBER, Römisches Verfassungsrecht.

¹⁸ Zu dem römischen Staatsrecht sind von Michael Rainer zwei Werke erschienen. Im Jahr 1997 mit dem Titel „Einführung in das Römische Staatsrecht“ und im Jahr 2006 mit dem Titel „Römisches Staatsrecht“.

¹⁹ BLEICKEN, Im Schatten Mommsens 532.

²⁰ HÖLKESKAMP, Ein Gegensatz 119. Die Erwiderung auf diese Kritik findet sich bei RAINER, Theodor Mommsen 298.

bezeichnet der Althistoriker das Handbuch Kunkels als „eine aus den Quellen aufgebaute Institutionenkunde“.²¹ Der Eindruck Bleickens ist dabei wohl nicht unzutreffend. Dass Kunkel bei seiner Arbeit von einem modernen Institutionenbegriff ausgeht, wird klar durch die Frage bestätigt, mit der er an die durch das „Herkommen“ überlieferte Praxis herangeht. Ob „Herkommen“ Verfassungsrecht erzeugt oder nicht hängt von der formulierten Fragestellung ab. Handelt es sich dabei um eine rechtliche Frage, so ist auch die aus dem Herkommen abgeleitete Norm eine Rechtsnorm.²² Ein solches Herangehen an die Quellen führt wohl notwendigerweise zu einer Institutionenkunde. Gefragt kann nun werden, ob dies unbedingt abzulehnen ist. Als Jurist wird man die Vorteile der Institution als Garant für Rechtsstaatlichkeit und Demokratie hervorstreichen können. Erkennt man den grundsätzlichen Wert der Institution auch für den rechtshistorischen Bereich an, so stellt sich die Frage, wie diese nun aus den Quellen geschaffen werden kann. Gerade hier sind nun die Unterschiede zwischen Mommsen und Kunkel verankert. Wesentlich für jede Institutionentheorie ist die Suche nach objektiven Bezugspunkten, auf die bei der Herausbildung der Institution Rückgriff genommen werden kann. Die Bemühung der verschiedenen Autoren nach einem Festmachen dieser Bezugspunkte bewegt sich im Spannungsfeld zwischen einer Ideenwelt im Sinne Platons und dem System nach dem Verständnis der historischen Rechtsschule. Der objektive Anhaltspunkt strebt dann nach Realisierung in der jeweils konkreten gesellschaftlichen Gruppe. Eine kreative Rolle bei dieser Realisierung kommt der politischen Gewalt und ihren Organen zu.²³

²¹ BLEICKEN, Im Schatten Mommsens 538–543.

²² KUNKEL, Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht 381.

²³ Grundlegend im Hinblick auf eine soziologisch fundierte Konzeption der Institution sind die Arbeiten des französischen Rechtstheoretikers Maurice

3. Der Terminus „Herkommen“ und die Institutionen der römischen Republik

3.1. Der Ansatz von Wolfgang Kunkel

Wolfgang Kunkel hat seine Überarbeitung des Mommsenschen Staatsrechts von langer Hand her vorbereitet. In dem bereits erwähnten Aufsatz aus dem Jahr 1971 definiert er „Herkommen“ als die „seit alters geübte politische Praxis“ und spricht ihm ausdrücklich normative Kraft zu.²⁴ Während im Bereich des Privatrechts Gewohnheitsrecht durch die beständige Anwendung einer Norm entsteht, so gilt für den Bereich des Verfassungsrechts, dass sich die im Weg des Gewohnheitsrechts zu lösenden Fragestellungen auf vereinzelte, außergewöhnliche Fälle beziehen. Im Sinne des oben angedeuteten Schemas bedarf es zur Entstehung einer Institution einem objektiven und einem konkret-gesellschaftlichen Element. In der Herausarbeitung der Institution aus den römischen Quellen bei Kunkel lassen sich die beiden Elemente deutlich nachzeichnen. Kunkel macht den Normencharakter des Herkommens anhand von drei lateinischen Termini fest. Dabei handelt es sich zunächst um das Verhalten der Vorfahren (*mores maiorum*). Das Verhalten der Vorfahren war für den traditionsbewussten Römer grundsätzlich mit einer positiven Konnotation ausgestattet. Dieser Verweis auf die althergebrachte Tradition verwirklicht das zur Herausbildung einer Institution erforderliche objektive Element. Dieses ist aber weder im Bereich der Ideen noch innerhalb eines Systems angesiedelt, sondern bezieht sich auf konkret fassbare historische Gegebenheiten. An zweiter Stelle steht das Willensmoment der entsprechenden Entscheidungsträger (*instituta*). Diese beiden Elemente werden

Hauriou. Zu Hauriou vgl. MILLARD, Hauriou et la théorie de l'institution.

²⁴ KUNKEL, Gesetzesrecht 376.

in dem dritten von Kunkel angeführten Ausdruck, den *exempla maiorum* festgemacht. Dieser Begriff – so der Rechtshistoriker – charakterisiert die Denkweise der Römer am besten. Kunkel verdeutlicht seinen Ansatz durch drei Beispiele. Anhand dieser Belege soll in weiterer Folge dann auch der Unterschied in der Methode von Mommsen und Kunkel verdeutlicht werden.²⁵

3.2. Verfassungsrecht durch Gewohnheitsrecht bei Wolfgang Kunkel

Die im ersten Beispiel zur Diskussion stehende Rechtsfrage lautete, ob es möglich sei, den die Wahlen leitenden Diktator zum Konsul zu wählen. Der Fall ereignete sich im Jahre 210 v. Chr., bei dem Diktator handelt es sich um einen gewissen Q. Fulvius Flaccus. Gegen die Wahl wurden zwei Argumente angeführt. Zum einen der Grundsatz, dass das als höchste Staatsgewalt verstandene *imperium* von ein und derselben Person nicht ohne Intervall ausgeübt werden durfte. Der zweite Punkt hatte noch mehr Gewicht. Die Wahl eines wahlleitenden Amtsträgers würde ein negatives *exemplum* schaffen. Erhoben wird der Einwand seitens zweier Volkstribune. Im Gegenzug berief sich der betroffene Diktator auf einen früheren Senatsbeschluss und ein mit diesem im Einklang stehendes Plebiszit, das für Notzeiten die Wiederwahl von Konsuln erlaubte. Im Hinblick auf die Wahl des wahlleitenden Magistrates führte Fulvius Flaccus zwei Beispiele an. Eine Wahl von 80 Jahren zuvor und eine andere aus jüngster Vergangenheit. Nach einiger Diskussion einigten sich der Diktator und die Volkstribune darauf, dass sie die Frage dem Senat unterbreiten und sich dessen Urteil fügen würden. Der Senat entschied unter Berufung auf die Erfordernisse des Gemeinwesens für die Zulässigkeit

der Wahl. Die erwähnten *exempla* stellen das objektive und die Willensbildung der zur Entscheidung berufenen Organe das konkretisierende Element dar. Der Fall zeigt auch, dass im Hinblick auf die Übereinkunft der Staatsorgane zunächst die Interaktion zwischen Volkstribunen und Senat im Vordergrund steht. Aber auch das Volk ist in die Entscheidungsbildung miteinbezogen, da dieses ja letztlich die Wahl des Amtsträgers vorzunehmen hat. Dasselbe Schema lässt sich auch in dem zweiten von Kunkel erwähnten Fall verfolgen. In diesem Fall steht ein gewisser C. Flaccus im Zentrum der Erzählung. Als Flamen *Dialis* – dem höchsten Priester des Gemeinwesens – versuchte er sein Recht auf einen Sitz im Senat geltend zu machen, dies nachdem seine Vorgänger dieses Recht viele Jahre hindurch nicht ausgeübt hatten. Folgende Elemente konstruieren die Institution. Der Flamen erscheint im Senat und macht seinen Anspruch geltend. Der die Sitzung leitende Prätor verwehrt ihm das Recht und lässt ihn hinausführen. Der Priester wendet sich an die Volkstribune, die sich für ihn einsetzen. Am Rande sei erwähnt, dass dies auch deshalb bemerkenswert ist, da es sich beim Flamen *Dialis* um ein Patriziern vorbehaltenes Amt handelte. Auch in diesem Fall werden verschiedene *exempla* angeführt. Der Priester beruft sich auf lang zurückliegende Beispiele, während der Prätor die Praxis der jüngsten Zeit geltend machen möchte. Im Endeffekt wurde der Fall durch den Senat – unter informeller Mitwirkung des Volkes – entschieden. Im dritten von Kunkel erwähnten Fall handelt es sich um die Frage, ob ein Prokonsul das Recht auf einen Triumph geltend machen konnte, oder ob dieses nur Inhabern der obersten Staatsämter vorbehalten war. In diesem Fall bestand das Problem darin, dass für das vom Prokonsul geforderte Recht kein *exemplum* vorhanden war. Für den gegenteiligen Fall – der Verweigerung des Triumphs – lagen hingegen mehrere Beispiele vor. Der Senat entschloss sich für die Schaffung eines neuen *exemplum*, das

²⁵ Ebd. 377–380.

darin bestand, einem verdienten Feldherrn, der noch Träger einer höheren Magistratur gewesen ist, zwar keinen Triumphzug, aber doch eine *Ovatio* zu gewähren. Wiederum fällt die Entscheidung im Wechselspiel zwischen Volkstribunen und Senat. Auch hier ist das Volk latent gegenwärtig, da der Beifall des Volkes wesentlich zum Vorgang der *Ovation* gehörte.²⁶

3.3. Die Version Mommsens

Zu den von Kunkel behandelten Fällen finden sich natürlich auch Stellungnahmen in dem „Römischen Staatsrecht“ Mommsens. Aus dem Systemansatz ergibt sich, dass diese auf verschiedene Kapitel des Werkes verteilt sind. Im Hinblick auf die Möglichkeit der Wahl zum Konsul des wahlleitenden Diktators konzentriert sich die Darstellung Mommsens auf das Verhältnis zwischen Diktator und Volkstribune. So behandelt er den Fall als Beispiel für einen Einspruch der Volkstribune gegen die von einem Diktator abgehaltene Wahl. Dabei erklärt er den Einspruch der Tribune im Zusammenhang mit Wahlen grundsätzlich für zulässig.²⁷ An anderer Stelle weist er allerdings darauf hin, dass dies erst für die spätere abgeschwächte Diktatur gegolten hat und hebt in Bezug auf den vorliegenden Fall hervor, dass in einzelnen Fällen die Volkstribune selbst einen Diktator gezwungen haben, sich ihnen zu fügen.²⁸ Dabei gibt Mommsen auch Kunde von der entscheidenden Rolle, die der Senat im vorliegenden Fall gespielt hat. Diese wird aber als Ausnahme von der allgemeinen Regel bezeichnet. Ausgehend von dem vorliegenden Fall formuliert der Autor

des „Römischen Staatsrechts“ die allgemeine Regel, dass eine Meinungsverschiedenheit zwischen Konsul (im vorliegende Fall Diktator) und den Volkstribunen Voraussetzung für das Einschreiten des Senats war.²⁹ Eine ausdrückliche Bezugnahme auf das Herkommen findet sich bei der Erörterung des Falles des Flamen *Dialis* durch Mommsen. So schreibt der Autor des „Römischen Staatsrechts“ in dem dem Senat gewidmeten dritten Band des Römischen Staatsrechts: „In sehr ferne, vielleicht selbst in königliche Zeit mag die Bestimmung zurückreichen, dass dem höchsten Flamen der Gemeinde, dem des Jupiter, der Sitz im Senat von Rechtswegen zukommt“. In der Fußnote sagt er dann, dass dieses Recht, das auf „altes Herkommen“ gründet, in Vergessenheit geraten war (weil die Inhaber des Priestertums sich geringer Achtung erfreuten), aber wieder mit Erfolg in Anspruch genommen wurde.³⁰ Den entsprechenden Bericht des Livius kommentiert Mommsen noch an anderen Stellen. Unter dem Titel „Die magistratische Befugnis des Oberpontifex“ bricht Mommsen zunächst ganz modern eine Lanze für die Trennung zwischen religiöser und weltlicher Gewalt. Wörtlich sagt er, dass in der Republik die Grenzlinie zwischen Magistratur und Priestertum „mit römischer Schärfe“ gezogen war. Priester waren grundsätzlich „ohne formelle Gewalt und ohne rechtliche Stellung“. Der Flamen *Dialis* könnte in diesem Zusammenhang die einzige Ausnahme darstellen. Aber auch sein Recht – und hier beruft sich Mommsen auf die Erzählung aus dem Jahr 209 v. Chr. – war bestritten und „streng genommen nicht begründet“.³¹ Mommsen erwähnt den Fall auch noch bei der Erörterung der Befugnisse des Vorsitzenden im Senat und spricht diesem das Recht zu, Personen, „die unberechtigter Weise in den Saal sich eindrängen, aus demselben zu entfer-

²⁶ Ebd. 377–380. Bei den von Kunkel nicht angeführten Quellenbelegen handelt es sich für den Fall des Fulvius Flaccus um Liv. 27,6,4, für die Erzählung rund um den Flamen *Dialis* um Liv. 27,8,8–10 und für die Frage der Gewährung des Triumphs um Liv. 31,20,1–6.

²⁷ MOMMSEN, Römisches Staatsrecht I, 284 und Fn. 1.

²⁸ Ebd. II, 1, 166.

²⁹ Ebd. I, 481 und Fn. 4.

³⁰ Ebd. III, 2, 860 und Fn. 1

³¹ Ebd. II, 1, 18 und Fn. 3

nen“.³² Auch die Frage der Gewährung eines Triumphes in Fällen, in denen der Feldherr noch keine Obermagistratur bekleidet hat, ist Mommsen natürlich bekannt und auch hier findet sich eine ausdrückliche Bezugnahme auf das „Herkommen“ und zwar wenn der Autor der Argumentation der Volkstribunen zustimmt, dass weder großer noch kleiner Triumph (Ovation) dem „Herkommen“ entsprechen.³³

4. Unterschiede zwischen den Ansätzen Mommsen und Kunkel und der Wert der Institution

Sowohl das „Römische Staatsrecht“ von Theodor Mommsen wie auch seine Revision durch Wolfgang Kunkel sind Ergebnis konsequenter methodischer Grundannahmen. Bei Kunkel erscheint das „Herkommen“ als Träger der rechtserzeugenden Tradition. Diese Tradition wird durch die Entscheidung der Organe einer konkreten Verfassungswirklichkeit in der Gegenwart realisiert. Mommsen konzipiert seine Institution abstrakt aus dem System heraus. Der Begriff „Herkommen“ erhält dabei die Rolle eines Bindestoffes, der die einzelnen Elemente des Systems zusammenhalten soll. Die Spannungen, die der große Kenner der Quellen des Altertums dabei nicht überspielen kann und die etwa in der Unterscheidung zwischen „rechtlich“ und „faktisch“ zum Ausdruck kommen, sind Ergebnis jener Ausgangsprämisse, die das römische Staatsrecht am Rande der konkreten politischen Realität und losgelöst von den Entscheidungsträgern konstruiert. Im Hintergrund des mommsenschen Systems stehen die Überzeugungen eines bürgerlich-freiheitlichen Denkers. Der Wert der Institution – als Träger von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit – wie er für

das römische Verfassungsrecht und wohl auch darüber hinaus erstmals von Theodor Mommsen herausgestrichen wurde, wird durch die Frage nach einem systematischen oder historisch-realistischen Ansatz nicht berührt. Mit der Revision des Systems von Mommsen hat aber auch die Suche nach einem in der gesellschaftlichen Realität verankerten Institutionenbegriff begonnen. Die Verbindung dieser so verschiedenen Elemente bleibt als bleibende Herausforderung bestehen.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Nadja EL BEHEIRI
Katholische Universität Pázmány Péter
Faculty of Law and Political Sciences
Szentkirályi str. 28–30
H – 1088 Budapest,
ORCID-Nr.: 0000-0002-1369-5169

Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>]

³² Ebd. III, 2, 937.

³³ Ebd. I, 131 und Fn. 4.

Literatur:

- Ernst BALTRUSCH, Mommsen und der Imperialismus, in: Alexander DEMANDT, Andreas GOLTZ, Heinrich SCHLANGE-SCHÖNONGEN (Hgg.), Theodor Mommsen. Wissenschaft und Politik im 19. Jahrhundert (Berlin 2005) 201–225.
- Okko BEHREND, Mommsens Glaube. Zur Genealogie von Recht und Staat in der Historischen Rechtsschule. Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I. Philologisch-Historische Klasse (Göttingen 2005).
- Jochen BLEICKEN, Im Schatten Mommsens, in: Rechtshistorisches Journal 15 (1996) 3–28.
- Alfred HEUSS, Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert (Kiel 1956).
- Karl-Joachim HÖLKESKAMP, Ein „Gegensatz vom Form und Inhalt“, in: Theodor Mommsens Konzept des republikanischen „Senatsregiments“. Hindernis oder Herausforderung?, in: Wilfried NIPPEL, Bernd SEIDENSTICKER (Hgg.), Theodor Mommsens langer Schatten (Hildesheim 2005) 87–131.
- Wolfgang KUNKEL, Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht in der römischen Republik, in: DERS., Kleine Schriften (Weimar 1974) 367–382.
- DERS., Staatsordnung und Staatspraxis in der Römischen Republik, Zweiter Abschnitt, die Magistratur (München 1995).
- Erick MILLARD, Hauriou et la théorie de l'institution, in: Droit et Société 30/31 (1995) 381–412.
- Theodor MOMMSEN, Rektoratsrede, in: DERS., Reden und Aufsätze (Berlin 1912) 3–16.
- DERS., Römisches Staatsrecht (Göttingen 3¹⁸⁸⁷).
- Wilfried NIPPEL, Das Staatsrecht in der Diskussion. Von 1871 bis heute, in: Wilfried NIPPEL, Bernd SEIDENSTICKER (Hgg.), Theodor Mommsens langer Schatten 9–61.
- J. Michael RAINER, Einführung in das römische Verfassungsrecht (Darmstadt 1997).
- DERS., Römisches Staatsrecht. Republik und Prinzipat (Darmstadt 2006).
- Heinrich SIBER, Römisches Verfassungsrecht (Lahr 1952).
- Gerrit WALTHER, Mehr zu den Künstlern als zu den Gelehrten, in: Josef WIESEHÖFE, Theodor Mommsen. Gelehrter, Politiker und Literat (Stuttgart 2005) 229–241.