Das Motto des Freirechts: »Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat«

Posted on 11. November 2015 by Klaus F. Röhl

Der letzte Einrag zu casus und regula schloss mit Frage nach der verbindlichen Kraft von Juristenrecht in Rom.

Ähnlich wie heute in Deutschland hatten Urteile in Rom keine präjudizielle Wirkung. [1]Max Kaser, Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht, in: ders., Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, 1986, 42-64; Fritz Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, … Continue reading. Aber das folgte eigentlich schon daraus, dass die Richter Laien waren und die rechtliche Beurteilung ihrer Fälle aus den Responsen und Consilien der Juristen bezogen. Letzlich war es die Autorität der Juristen, die ihren Entscheidungsvorschlägen Kraft verlieh. Diese Autorität bezogen sie aber aus ihrer Kennerschaft der Vorentscheidungen. Aus solcher Kennerschaft folgte eine gleichförmige und sichere Übung mit der Konsequenz, das »das Recht als solches weitgehend den Charakter allgemeiner Rechtssätze« [2]Wolfgang Waldstein/Johannes Michael Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl. 2014, S. 45 Rn. 21. gewann. Anders sieht es Kaser, wenn er schreibt (S. 54f), zwar hätten die »römischen Juristen zum Zweck vereinfachter Darstellung aus vielfacher übereinstimmender Fallpraxis nicht selten gegenständlich meist eng begrenzte Regelsätze« gebildet. Doch diese Regeln hätten nur die Ergebnisse der Fallpraxis zusammengefasst, das heißt also sie hätten keine normative Geltung gehabt. Nun fällt es wohl leichter, im (neuen) Einzelfall von einer bloß induktiv aus (alten) Einzelfällen gewonnenen Regel abzuweichen, als von einem abstrakt verkündeten Gesetz, das mit dem Anspruch auf Befolgung daher kommt. Aber die faktische Folgebereitschaft ist mehr als ein Faktum. Modern gesprochen hört sie auf den Namen Rechtsprechungspositivismus. [3]Namensgebung angelehnt an Schlinks »Bundesverfassungsgerichtspositivismus«; vgl. Christoph Schönberger, Bundesverfassungsgerichtspositivismus – Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks, in: … Continue reading Auf Rom bezogen müsste sie Juristenpositivismus heißen.

Dem scheint das Paulus-Zitat im Wege zu stehen. Man kann versuchen, die übliche Lesart und damit das (römische) Regelproblem wegzuinterpretieren. Eine grober Versuch würde das Zitat für in sich unstimmig erklären, weil *rerum narratio* und *causae coniectio* sich auf die Sachlage beziehen und nicht auf die Rechtslage. Feiner hat es Richard Böhr versucht. [4]Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht, 2002, 47ff. Er meint, *ius* und *regula* seien auch für Paulus keine Gegensätze gewesen, die *regula* vielmehr Bestandteil des *ius*. Deshalb gebe die Paulus-Stelle nichts dafür her, dass juristische Urteile nur induktiv aus der Beurteilung von Fällen gewonnen worden seien. Die Römer hätten praktisch zwei Wege gekannt, um regulae iuris zu gewinnen, nämlich induktiv aus mehreren Entscheidungen und durch Verallgemeinerung besonders überzeugender Einzelfallentscheidungen. Ohne solche Abstraktionen zur Regel könne man sich die Juristenarbeit nicht vorstellen.

Okko Behrends tritt auch hier wieder mit einer prägnanten These hervor: Die Lesart, die den Vorrang des Rechts vor der Regel betont, beruhe auf einer »romantisierenden Heroisierung« der klassischen römischen Jurisprudenz durch die Freirechtsschule, auf die die moderne Romanistik, insbesondere in der Person von Max Kaser, hereingefallen sei. [5]Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs-und Gestaltungsdenken, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, 1989, 34-80, S. 45-50. Zuvor habe man den Satz des Sabinus so verstanden, »daß eine einzelne Rechtsregel immer nur als Ausdruck des gesamten in Betracht kommenden Rechts gilt und daher, wo immer nötig, aus dem gesamten Recht zu korrigieren sei.« [6]Ebd. S. 49.

> »Durch den Kunstgriff, das ›ius quod est‹ nicht mehr als die Gesamtheit der in Betracht kommenden Normen der Rechtsordnung, also als vorweg festliegendes Recht im allgemeinen Sinne zu verstehen, sondern auf das Recht des Einzelfalls, auf das Recht der entschiedenen Einzelfälle oder noch konsequenter auf das im Lebensverhältnis des zur Entscheidung stehenden Einzelfalls wirkende Recht zu beziehen, wurde dieser Ausspruch mit großer bis heute andauernder Wirkung zum Programmsatz einer als vorbildlich angesehenen induktiven, nur aus der Erfahrung schöpfenden, und intuitiven, den Umweg über abstrakte Begriffe verschmähenden Rechtsfindung, wie sie das Freirecht den Römern, dem klassischen Juristenvolk, beimaß.« (S. 49f.)

In der Tat scheint der von Paulus angeführte Satz des Sabinus zum Motto der Freirechtsschule geworden zu sein. Lombardi Vallauri meint:

> »Wohl das beliebteste Zitat der Freirechtler ist der Spruch des Paulus: non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod es regula fiat.« [7]Luigi Lombardi Vallauri, Geschichte des Freirechts, 1971, S. 106.

Lombardi Valluri gibt dazu keine Nachweise, und ich habe nicht weiter nachgeforscht. Okko Behrends verweist auf Eugen Ehrlich und zitiert in Fußnote 46 auf S. 49 aus »Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft«:

> »Es beruhen nicht die Entscheidungen auf den Rechtsregeln, sondern die Rechtsregeln werden aus Entscheidungen gezogen. Das Recht, auf dem die Entscheidungen beruhen, ist das ius quod est.« [8]Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903, S. 11 – nicht wie von Behrends angegeben S. 3 –, wieder abgedruckt in: ders., Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur … Continue reading.

Aber wenn Ehrlich sich hier auf Paulus/Sabinus bezieht, so kaum, um daraus unmittelbar eine Rechtfertigung für die freie Rechtsfindung abzuleiten. Eher ist das Gegenteil der Fall. Ehrlich war ganz und gar nicht der Auffassung, die römischen Juristen hätten den Umweg zur Rechtsfindung über abstrakte Begriffe und Regeln verschmäht. Vielmehr betont er 1903 – und ebenso zehn Jahre später in dem Kapitel über »Die römische Jurisprudenz« in seiner »Grundlegung der Soziologie des Rechts« von 1913 (dort S. 197-217), dass die außerordentliche Leistung der Römer darin bestanden habe, aus vielen Einzelfallentscheidungen zu allgemeinen Regeln vorzustoßen. Mir scheint, dass Behrends die Differenz zwischen dem »lebenden Recht« und den »Entscheidungsnormen«, die den Kern der Rechtssoziologie Ehrlichs ausmachen, vernachlässigt hat. Bei der Suche nach der regula im römischen Recht geht es um die von Ehrlich so genannten Entscheidungsnormen, und Ehrlich bewundert die römischen Juristen gerade dafür, dass sie das lebende Recht so trefflich in Entscheidungsnormen umgesetzt haben. Und nebenbei erfährt man von Ehrlich beinahe noch mehr über die Regelbildung bei den Römern als in den bisher von mir herangezogenen Texten:

> » … auf welchem Wege die Ansichten der Juristen zu einem Bestandteil des vor Gericht verbindlichen Rechts, des ius civile, wurden, … lehrt wohl ein Blick auf die uns erhaltene juristische Literatur. Der Jurist führt seine Ansicht meist sehr bescheiden ein: et puto, magis arbitror, sed magis sentio, aequius est, magis est; nur sehr selten kommen so kräftige Wendungen vor wie existimo constituendum. Daran knüpft die disputatio an, nicht mehr auf dem Forum, sondern in der Literatur: et magis placuit, sed magis visum est, et magis putat Pomponius … et ego puto, secundum Scaevolae sententiam quam puto veram, et magis admittit (Marcellus) tenere eum, et est aequissimum, oder auch mit einer Ablehnung: quae sententia vera non est et a multis notata est, nec utimur Servii sententia; bis sich schließlich die Regel festsetzt: maiores constituerunt, Cassii sententia utimur, Labeo scribit eoque jure utimur, et hoc et Julianus admittit eoque iure utimur, haec Quintus Mucius refert et vera sunt, abolita est enim quorundam veterum sententia. Erst wenn man von einer Regel, die von einem Juristen angesprochen wird, sagen konnte: eoque iure utimur hat sie sich endgültig durchgekämpft.« [9]Grundlegung S. 214f.

Nur auf einem höchst modern anmutenden Umweg rechtfertigt Ehrlich die »freie Rechtsfindung«, nämlich weil die zunächst bei den Römern anzutreffende und mit der Rezeption in die Neuzeit übernommene Idee der Lückenlosigkeit »nie etwas anderes gewesen [sei] als ein Scheingebilde der juristischen Technik« [10]1903 S. 6 = 1967 S. 176.

Ich glaube eher, dass die Paulus-Stelle so gemeint war, wie sie üblicherweise verstanden wird. Dann schließt sich aber die Frage an, ob es sich dabei nur um die affirmative Wiedergabe der Meinung des Sabinus handelt oder ob der Sabinus zugeschriebene Satz die römische Rechtspraxis zutreffend wiedergibt. Der Eindruck, das römische Recht sei reines Fallrecht, geprägt von Judiz oder Urteilskraft, geschaffen aus Intuition oder kraft natürlicher Vernunft *(naturaliter ratione*) in Verbindung mit der *auctoritas* der Juristen mag dadurch entstanden sein, dass die meisten überlieferten Fallbeurteilungen nicht mit Gründen versehen sind. Horak hat jedoch gezeigt, dass dieser Eindruck trügt. Tatsächlich haben die Römer so viele Begründungen geliefert, dass er sagen kann:

> »Nicht arational und autoritär, wie Schulz glauben machen will, sondern *sowohl rational als auch autoritär* müssen wir uns die römische

> Jurisprudenz denken. Sie wird sich darin von unserer heutigen Jurisprudenz nicht allzusehr unterschieden haben, in der oft genug neben den Gründen das Ansehen eines Autors eine entscheidende Rolle spielt.« (S. 75f)

Danach scheint mir, dass man die Sache zwar nicht an der Vokabel *regula* festmachen darf, dass es aber in der Tat unvorstellbar ist, dass die römischen Juristen keine aus Erfahrung und Überlegung gebildeten Regeln im Kopf gehabt hätten.

Von der römischen unterscheidet sich die moderne Diskussion dadurch, dass meistens einschlägige ausformulierte Normen vorhanden sind. Das hat zur Folge, dass man sich (nur noch) darüber streitet, ob überhaupt vorgängige Regeln möglich sind, denen sich durch Subsumtion eine Entscheidung entnehmen lässt (*lex ante casum*), oder ob das, was als Rechtsanwendung erscheint, letztlich produktive Rechtserzeugung ist (*lex in casu*). [11]Zu diesem Gegensatz zwischen einer semantischen und einer konstruktivistischen Schule der Methodenlehre der Eintrag vom 6. Marz 2012 »Postmoderne Methodenlehre I«. Sehr groß ist der Fortschritt nicht. Um es mit dem Schlusswort von Horaks »Rationes Decidendi« zu sagen:

> »Wenn die kleine Stichprobe indes nicht sehr trügt, dann zeigt sich, daß seit den Tagen der ausgehenden römischen Republik die Jurisprudenz zwar an Selbsterkenntnis und Selbstkritik ihren Methoden gegenüber sehr viel weiter gekommen ist, daß aber die juristische Praxis und zum Teil auch die Rechtslehre nicht wesentlich anders arbeiten, als es die römischen Juristen getan haben. Es ist zu bezweifeln, ob angesichts der unvermeidlichen Wertungen, ohne die die Jurisprudenz nicht zu existieren vermag, ein höherer Grad an Wissenschaftlichkeit erreicht werden kann. Die römische Jurisprudenz ist groß, weil sie diesen Standard an möglicher Wissenschaftlichkeit schon vor zweitausend Jahren erreicht hat.«

Nach einer langen Periode des Regelskeptizismus darf man heute wohl wieder sagen: Regeln haben Bedeutung und lassen sich anwenden, auch wenn jede Anwendung in irgendeiner, oft minimalen Weise auf die Regel zurückwirkt, indem sie die Regel festigt oder verändert. Nicht alle, aber viele Fälle fordern die Regel heraus, so dass sie im Zuge der Anwendung »übersetzt« wird. [12]Zur Universalität

der Interpretationsfähigkeit aller Kommunikation vgl. die Einträge Travelling Models VII: »No transportation without transformation« und »Zur Konvergenz von … Continue reading So war es auch schon bei den Römern. Das moderne Regelverständnis wird jedoch durch einen Gesichspunkt mitbestimmt, der den Römern noch fremd war. Zentral für Kants Freiheitsphilosophie und Ethik ist die Idee, dass man sich sittliches Handeln immer so vorzustellen hat, dass es einer Regel folgt. In die Jurisprudenz findet diese Vorstellung über den Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit Eingang. Rechtsanwendungsgleichheit setzt die Bereitschaft voraus, auch neuartige Fälle, für die eine Regel fehlt, stets unter dem Gesichtspunkt einer für alle gleichartigen Fälle gültigen Regel zu entscheiden, mag diese Regel auch erst im konkreten Fall zum ersten Mal aufgestellt und als solche nicht einmal ausgesprochen werden. [13]Darauf baut unsere Darstellung der Methodenlehre (Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 604. 665f).

Luhmann hat sich an der Stelle, die Anlass der Überlegungen zu casus und regula war [14]Eintrag vom 20. August 2015: Casus und regula., dem sabinianischen Standpunkt vom Vorrang des Rechts vor der Regel angeschlossen. Damit folgt er kritiklos der freirechtlichen Okkupation des Paulus/Sabinus-Zitats, nach der die regula nicht mehr ist als ein unverbindlicher Entscheidungsvorschlag, dem kein darüber hinausgehender normativer Wert zukommt.

Dieser Ausgangspunkt ist zu brüchig für Luhmanns weitergehende These, im römischen Rechtsdenken habe die Regel selbst als Bedingung für die daraus abzuleitende Entscheidung keiner sie legitimierenden Rechtsquelle bedurft. [15]Das Recht der Gesellschaft S. 523; Zitat am Beginn des Eintrags »Casus und Regula«. Sie lässt sich schwerlich halten. Zwar gab es in Rom keine abstrakte Rechtsquellenlehre, aber durchaus handfeste Vorstellungen von verbindlichen Rechtsquellen, die sich freilich im Laufe der Jahrhunderte verändert haben. [16]Abel Hendy Jones Greenidge, Introduction: Institutes of Roman Law, 1904; Max Kaser, Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre [1978], wieder abgedruckt in ders., Römische Rechtsquellen und … Continue reading Das zeigt der so genannte Rechtsquellenkatalog des Gaius: Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium. Rechtsquelle im soziologischen Sinne war anfangs vor allem die legitimierende Kraft der Tradition und die Autorität der Juristen, die sich ursprünglich aus dem Priesteramt ableitete. Später kamen Senat, Prätoren und Gerichtsmagistrate hinzu, in der Kaiserzeit dann selbstverständlich der Kaiser und die von ihm abgeleiteten Autoritäten, etwa der Juristen, die das Recht zu

respondieren hatten. Und es gab auch innerhalb der Juristen reflektierende Überlegungen zur Rechtfertigung des Rechts. Dazu kursierten etwa Begriffe wie *natura* und *aequitas, consuetudo* und *auctoritas, mos majorum* und *ius moribus introductum, voluntas populi* oder gar *tacitus consensus populi*. Ohnehin passt Luhmanns Satz, »daß die Regel selbst als Bedingung für die daraus abzuleitende Entscheidung (k)einer sie legitimierenden Rechtsquelle« bedurft hätte, nicht so ganz zu der von ihm in Fn. 70 auf S. 523 angeführten Paulus-Zitat »non ex regula ius sumatur«. Eine Regel, die es gar nicht gibt, braucht auch keine Legitimation. Doch dann verlagert sich das Legitimationsproblem auf die Entscheider.

Anmerkungen

Anmerkungen

↑1 Max Kaser, Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht, in: ders., Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, 1986, 42-64; Fritz Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, S. 72.

↑2 Wolfgang Waldstein/Johannes Michael Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl. 2014, S. 45 Rn. 21.

↑3 Namensgebung angelehnt an Schlinks »Bundesverfassungsgerichtspositivismus«; vgl. Christoph Schönberger, Bundesverfassungsgerichtspositivismus – Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks, in: Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, 2014, 41-49.

↑4 Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht, 2002, 47ff.

↑5 Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs-und Gestaltungsdenken, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, 1989, 34-80, S. 45-50.

↑6 Ebd. S. 49.

↑7 Luigi Lombardi Vallauri, Geschichte des Freirechts, 1971, S. 106.

↑8 Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903, S. 11 – nicht wie von Behrends angegeben S. 3 –, wieder abgedruckt in: ders., Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre, 1967, S. 170-202, dort S. 180.

↑9 Grundlegung S. 214f.

↑10 1903 S. 6 = 1967 S. 176

↑11 Zu diesem Gegensatz zwischen einer semantischen und einer konstruktivistischen Schule der Methodenlehre der Eintrag vom 6. Marz 2012 »Postmoderne Methodenlehre I«.

↑12 Zur Universalität der Interpretationsfähigkeit aller Kommunikation vgl. die Einträge Travelling Models VII: »No transportation without transformation« und »Zur Konvergenz von Rezeptionsästhetik und Reader-Response-Theorie«.

↑13 Darauf baut unsere Darstellung der Methodenlehre (Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 604. 665f).

↑14 Eintrag vom 20. August 2015: Casus und regula.

↑15 Das Recht der Gesellschaft S. 523; Zitat am Beginn des Eintrags »Casus und Regula«.

↑16 Abel Hendy Jones Greenidge, Introduction: Institutes of Roman Law, 1904; Max Kaser, Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre [1978], wieder abgedruckt in ders., Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, 1986, 9-41.

Ähnliche Themen

- Casus und regula: Die Hellenismuskontroverse
- Casus und Regula