

# Uwe Wesel

## Eine Entgegnung

»*Periculum in mora. Dépêchez-vous.*«

Gefahr ist im Verzug, beeilen Sie sich. Das war ein berühmtes Telegramm, unterzeichnet mit l'oncle de Maurice Henning (Bismarck 1898, 266). Der preußische König wollte 1862 abdanken, weil das Parlament ihm die Mittel für die verstärkte Aufrüstung verweigerte, und Kriegsminister Albrecht von Roon rief den Pariser Gesandten Otto von Bismarck nach Berlin, zur Rettung des Staates, die er dann als Ministerpräsident vollbrachte. – Wer will sich schon mit Bismarck vergleichen? Und Wolfgang Müller ist kein Kriegsminister. Aber zurückgerufen hat er mich, weil der Staat in Gefahr war (KJ 1979, 253–269). Ich eile und versuche zu retten, was noch zu retten ist. Im selben Heft hatte ich nämlich versucht, die Entstehung von Recht in frühen Gesellschaften zu beschreiben (KJ 1979, 233–252).

Die Beschreibung gründet sich auf die Unterscheidung von Gewohnheitsgesellschaften und Rechtsgesellschaften. Gewohnheitsgesellschaften sind egalitär, herrschaftsfrei, akephal. Sie haben eine sich selbst regulierende Ordnung, die ich als demokratisch bezeichne. Das Prinzip ihrer Konfliktregelung ist der autonome Konsens. Rechtsgesellschaften beruhen auf institutionalisierter Ungleichheit und Herrschaft, sind kephal, haben eine Zentralinstanz, die die Herrschaft ausübt und sich dafür das Instrumentarium des Rechts schafft. Das Prinzip ihrer Konfliktregelung ist die heteronome Entscheidung. Offengelassen blieb die Frage der Entstehung von Herrschaft. Nur negativ ließ sich feststellen, daß ökonomische Gründe, das Ziel der Ausbeutung, die Entstehung von Warenverkehr, es nicht gewesen sind. Das Fazit: Recht und Ordnung sind nicht immer identisch. Es gibt auch Ordnungen ohne Recht, ohne Herrschaft, ohne Staat. Recht bedeutet zunächst die Zerstörung dieser Ordnung, verbunden mit dem Aufbau einer neuen, kephalen, undemokratischen. Das Recht hat eine undemokratische Entstehungsgeschichte.

An dieser Beschreibung hat Wolfgang Müller dreierlei auszusetzen. Erster Einwand: Das könnten einige Leser politisch in den falschen Hals kriegen. Zweiter: Recht hat doch etwas mit Ökonomie zu tun, nämlich mit der Entstehung von Warenwirtschaft. Und drittens: Es hat auch eine positive Funktion, ist nicht nur undemokratisch.

Es geht zunächst um die politische Bewertung von Jägersgesellschaften und segmentären Ackerbauern- und Hirtengesellschaften. Jägersgesellschaften sind anarchisch und friedlich, segmentäre Gesellschaften sind egalitär und demokratisch, auch sie eine sich selbst regulierende Anarchie. Diese Bewertungen finden sich in der ethnographischen Literatur. Für englische, amerikanische und französische Anthropologen ist das selbstverständlich. Deutsche Politologen und Juristen sind anderer Meinung. Der Abgeordnete Kurt Schmücker formulierte es in den fünfziger Jahren im Deutschen Bundestag: »Wir lassen uns durch die beste Sachkenntnis nicht von unserer politischen Meinung abbringen.« Vielleicht erinnert sich noch mancher an die Kontroverse zwischen Christian Sigrist und Ralf Dahrendorf zum Problem der

Universalität von Herrschaft (Dahrendorf, Sigrist 1964). Wolfgang Müller tendiert dazu, vorsichtig, in Frageform, Ralf Dahrendorf Recht zu geben, anzunehmen, daß es immer Herrschaft gegeben hat, und meint, ich hätte wenigstens deutlich machen müssen, wie stark in Gewohnheitsgesellschaften die Menschen von den Regeln ihrer Ordnung übermächtig und geradezu erbarmungslos unentrinnbar beherrscht werden (S. 268). Ich hätte das nicht gekonnt. Seit Malinowski wissen wir, daß dies nicht der Fall ist. Niemand hat so knapp, brilliant und eindrucksvoll wie er beschrieben, daß diese Menschen nicht »Wilde« sind, eingebunden in die Ketten einer unvor-denklichen Überlieferung, sondern eben Menschen, die sich da ganz gut, geschickt und ziemlich frei zu bewegen wissen (Malinowski 1926, 28–32).

Selbstverständlich gibt es vieles im Leben dieser Gesellschaften, das für uns schwer zu verstehen ist oder unerträglich wäre, zum Beispiel die Tötung der Alten und Kranken oder von Kindern in Järgergesellschaften. Versucht man aber, eine Summe zu bilden, dann fällt das Negative nicht so stark ins Gewicht. Entscheidend bleibt das Positive. Darum ging es mir in der Tat, nämlich um die Beseitigung evolutionistischer Vorurteile, nach denen die Geschichte der Menschheit beginnt mit Hunger und Not, wie es dann langsam besser wird mit Ackerbau und Landwirtschaft, dann kommt die Antike mit ihren Errungenschaften und schließlich kann man sehen, wie wir es dann zum Schluß so herrlich weit gebracht haben. Mit diesen evolutionistischen Vorurteilen ist, nicht nur bei Juristen, regelmäßig verbunden die Vorstellung der Universalität von Herrschaft und Recht: Beides hat es immer gegeben, wie menschlichen Geist und menschliche Sprache, und wird es immer geben. Ich halte es dagegen mit Karl Marx und Friedrich Engels und bin der Meinung, daß in einer sozialistischen Gesellschaft Staat und Recht allmählich genau so verschwinden werden wie das Privateigentum an Produktionsmitteln. Beide sind für mich nicht nur qualitative, sondern auch quantitative Größen. In der Rechtsgeschichte können wir nicht nur ihre Entstehung beobachten, sondern auch ihre fortschreitende Ausbreitung in alle Lebensbereiche des Menschen. Die zunehmende Verrechtlichung zwischenmenschlicher Beziehungen auf der einen Seite und der Politik auf der anderen ist eine Entwicklung, die es umzukehren gilt. Aufgabe des Rechtshistorikers ist es dabei, aufzuklären über ideologische Strukturen im Recht. Dessen ständige Ausbreitung legitimiert sich unter anderem über die Behauptung seiner Universalität. Deshalb habe ich mir erlaubt, auf seine undemokratische Entstehungsgeschichte hinzuweisen. Und in der Tat meine ich, daß eine Hinwendung auf Ordnungen, die davor existierten, nicht schaden, dies im Gegenteil dazu beitragen kann, der zunehmenden Verrechtlichung unserer Gesellschaft Einhalt zu gebieten. Ich bin nicht der Meinung des Aristoteles, der im 5. Kapitel des ersten Buches seiner »Politik« geschrieben hat, Herrschen und Beherrschtwerden seien notwendig und nützlich.

Zum zweiten Einwand. Natürlich hat Recht auch etwas mit Ökonomie zu tun, wie Herrschaft. Diesen Prozeß können wir in seinen Anfängen bei den Aschanti beobachten, aber eben erst, nachdem das Recht einmal entstanden ist (KJ 1979, 249, 251). Wolfgang Müller legt zu Recht großen Wert auf die Feststellung, daß Recht heute nicht mehr nur direkte, unvermittelte Herrschaft darstellt, sondern häufig in vermittelter Form auftritt. Er bezieht sich dabei auf die Warenform. Paschukanis hat gezeigt, daß die Rechtsform unserer Gesellschaft sich aus ihrer Warenform ergibt (Paschukanis 1966, 12 f.). Das ist aber nur funktional richtig, stimmt für die bürgerliche Gesellschaft nicht genetisch, ist historisch falsch. Mit anderen Worten: Recht ist nicht mit Warenwirtschaft entstanden. Es gibt viele kephale Gesellschaften mit Recht, aber ohne Warenwirtschaft. Das sieht auch Wolfgang Müller. Er meint aber: Die Entwicklung des frühen griechischen Rechts ist sehr stark durch die

Entwicklung der Warenwirtschaft beeinflusst worden. Darüber kann man diskutieren. Es ist ja auch kein Einwand gegen die Feststellung, daß Recht zunächst als Instrument unvermittelter Herrschaft entstanden ist, sondern nur der Hinweis auf die Existenz vermittelter Formen von Herrschaft schon in der frühen griechischen Antike.

Nun ja, ich bin da aber doch eher skeptisch. Über antike Wirtschaftsgeschichte wissen wir weniger, als man gemeinhin glaubt. Niemand hat sie bisher richtig auf den Begriff gebracht. Karl Marx war der erste, der es versucht hat, indem er sie als Sklavenhaltergesellschaft bezeichnete. Das ist nur zum Teil richtig und auch das nur für einige Jahrhunderte in Griechenland und Rom. Karl Rodbertus hat angenommen, die Antike sei die Zeit der geschlossenen Hauswirtschaft gewesen, das Mittelalter die Zeit der Stadtwirtschaft und die Neuzeit die der Volkswirtschaft. Auch das ist zum Teil für die Antike richtig, aber auch viel zu schematisch. Schließlich ist man davon ausgegangen, die antike Wirtschaft sei der unseren doch sehr viel ähnlicher gewesen, so eine Art antiker Kapitalismus. Das ist die methodische Grundlage der dann insoweit leider auch wieder wertlosen großen Werke von Rostovtzeff, Heichelheim und Tenney Frank. Vorläufig geht man sinnvollerweise am besten davon aus, daß alle drei Elemente vorhanden gewesen sind, zu verschiedenen Zeiten in verschiedenem Verhältnis zueinander, wobei in der frühesten Zeit die Hauswirtschaft überwog (Pekáry 1976, 1–5). Das ist auch die Meinung Wolfgang Müllers. Er geht allerdings davon aus, daß schon in verhältnismäßig früher Zeit in Griechenland der Warenverkehr einen ziemlich großen Einfluß ausgeübt hat, seit der Einführung von Münzgeld im 7. Jahrhundert. Ich glaube, daß er das überschätzt.

Seine Überlegungen beruhen nämlich nicht auf einer ökonomischen Analyse, sondern auf einem Rückschluß aus Entwicklungen der Geistesgeschichte und der Geschichte des griechischen Rechts. Aus bestimmten Erscheinungen hier schließt er auf das Vorhandensein eines schon stärker entwickelten Warenverkehrs dort und sagt dann erst, dieser so entwickelte Warenverkehr sei die Ursache gewesen sowohl für entsprechende Formen in der Entwicklung des Denkens als auch in der des Rechts. Es geht um die Entwicklung von individuellem und abstraktem Denken und Rechtssubjektivität. Die kann aber auch noch andere Gründe gehabt haben, nämlich, erstmal rein äußerlich betrachtet, die Entwicklung zur Polis, die Zerschlagung der alten Gentilgesellschaft und die damit sich vollziehende Freisetzung der einzelnen Individuen. Einer der entscheidenden Gründe für diese Entwicklung war die Änderung der militärischen Taktik, der Übergang vom adligen Einzelkämpfer zu Massenheeren, die sich dann nicht nur als Hoplitenphalanx militärisch, sondern auch als Volksversammlung politisch durchsetzten (Bengtson 1969, 109 f.). Das hat mit der Entstehung von Warenverkehr allenfalls wenig, wahrscheinlich gar nichts zu tun und war ein sehr viel stärkerer Motor der gesellschaftlichen Entwicklung als die Einführung des Geldes um 700 v. Chr. in Kleinasien, die, nebenbei bemerkt, wohl ebenfalls militärische Gründe hatte. König Kroisos von Lydien hat die ersten Münzprägungen vorgenommen, um fremde Söldner zu bezahlen (Pekáry 1976, 12, m. w. N. S. 14).

Wie stark Wolfgang Müller in der Beurteilung der Entwicklung in Griechenland letztlich von der Beobachtung der Geistesgeschichte abhängig ist, scheint mir deutlich zu werden an seiner Beschreibung der Rechtsentwicklung. Zwar macht er Einschränkungen zu Beginn seiner Darstellung und spricht von der rücksichtslosen Gleichgültigkeit abstrakten Denkens im Recht (S. 254), und am Ende bemerkt er, im letzten Satz (S. 266), daß das alles nicht gelten würde für Frauen und Sklaven, die an der von ihm geschilderten Entwicklung zum Rechtssubjekt, Eigentum und Vertrag

keinen Anteil gehabt hätten. Im großen und ganzen sieht er die Entwicklung in Griechenland vom 7. Jahrhundert bis zum 4. Jahrhundert v. Chr. eigentlich doch sehr positiv. Die individuelle Verantwortlichkeit des Einzelnen als Rechtsperson ist etwas Neuartiges und Vorwärtsweisendes (S. 256), sie bedeutet nämlich die prinzipielle Anerkennung des Willens und der Autonomie des Einzelnen (S. 259), die rechtsförmige Erledigung von Konflikten ist ein entscheidender Schritt zur Rechtssicherheit durch die Einschränkung der Selbstherrlichkeit des Rächers (S. 260), seit Solon wächst die persönliche Freiheit und die Autonomie der Person noch weiter (S. 261), es findet sogar eine Emanzipation statt, nämlich die Emanzipation des Individuums aus der traditionellen Sippenhaftung (S. 262), und, allerdings eher für die Neuzeit formuliert, aber auch für die Antike gedacht, die Emanzipation von gebundenen Formen des Eigentums zum Privateigentum (S. 263).

Hinter dieser Beschreibung der Rechtsentwicklung steht eine positive Beurteilung der Geistesgeschichte, nämlich die von Bruno Snell in seiner »Entdeckung des Geistes« geschilderte Entstehung des europäischen Denkens bei den Griechen, die Entstehung von geistiger Individualität in der frühgriechischen Lyrik und die Wende von der sehr konkreten Sprache Homers zur hohen abstrakten Begrifflichkeit der klassischen griechischen Philosophie (Müller 1977, 12 Anm. 2). Individualität und Abstraktion im Denken sind für uns alle unverzichtbare Elemente unserer Existenz. In der Bewertung dieser Entwicklung stimme ich mit Wolfgang Müller überein. Was uns wohl trennt, sind Nuancen in der Beschreibung der entsprechenden Entwicklung im Recht. Mindestens darf ich seine freundliche Aufforderung zur Verdeutlichung von Zweifeln hier schmunzelnd zurückgeben.

Denn die Entstehung von Individualität, Autonomie und Abstraktion im Denken und im Recht war zunächst einmal nur eine Sache der freien Männer. Die eine Hälfte der Bevölkerung, zum Beispiel Attikas zur Zeit des Perikles, waren ohnehin Sklaven (Sargent 1973, 127). Von der verbleibenden Hälfte war auch wieder die Hälfte Frauen, deren Stellung nun gerade in Griechenland besonders schlecht war, noch schlechter als die der römischen (Erdmann 1934, S. 1–86). Ihre Unterdrückung war beispiellos. Sie durften, grob gesprochen, noch nicht einmal auf die Straße. Das konnten die Römerinnen wenigstens noch. Sie standen ihr Leben lang unter der Vormundschaft ihrer männlichen Verwandten oder ihres Ehemannes, waren also nicht geschäftsfähig. Sie hatten kein Erbrecht. Und sie konnten sich nicht scheiden lassen. Das Recht zur Scheidung hatte nur der Mann. Die jungen Mädchen wurden nicht unterrichtet. Sie führten ein ödes und eintöniges Leben, wie ihre Mütter, im Frauengemach. Eine geistige Bildung findet nicht statt. Sie ist Sache der Männer, aber, natürlich auch nicht aller. Von dem verbleibenden Viertel der Griechen sind nicht alle erwachsene Männer. Es sind auch Kinder dabei. Und es gibt die Armen, die große Masse des Volkes. Was bleibt da eigentlich noch an autonomen Individuen und Rechtssubjekten übrig? Jedenfalls, die Kosten sind sehr hoch gewesen. Sie wurden bezahlt von den Sklaven, den Frauen, den Armen.

Aber zurück zur Warenform, und ob sie so entscheidend ist für die Entwicklung des Rechts in der Antike. Meine Zweifel gründen sich auch noch auf eine andere Überlegung. Man kann davon ausgehen, daß die Bedeutung des Warenverkehrs in Athen im vierten und dritten Jahrhundert v. Chr. ungefähr die gleiche war wie zur entsprechenden Zeit in Rom, als sich dort das Recht endgültig herausbildete, also in den letzten beiden Jahrhunderten v. Chr., rund zweihundert Jahre später. Das römische Recht ist trotzdem ungleich prägnanter, juristischer, abstrakter. Die Römer haben im Gegensatz zu den Griechen den voll entwickelten Konsensualvertrag. Welcher wird es sein? Natürlich der Kauf. Ja, er ist es. Er heißt *emptio-venditio* und kommt zustande durch die bloße Übereinstimmung im freien Willen der

beiden freien Rechtssubjekte. Ist das der Fall, dann können beide auf Leistung klagen. Anders als in Griechenland, wo immer irgendeine Vorleistung notwendig blieb. Die Römer sind also auf dem juristischen Höhepunkt des Warentauschs angekommen. Die Griechen nicht. Warum nicht? Ja, warum nicht?

Ein Grund für die abstraktere, juristischere Entwicklung in Rom ist die Gerichtsverfassung. In Rom entscheidet, nachdem der Zivilprozeß vor dem Prätor als oberstem Gerichtsbeamten der Stadt eingeleitet worden ist, ein einzelner Richter, der *unus iudex*, und zwar in erster und letzter Instanz (Kunkel 1972, § 6 II). In Griechenland entscheiden in der entsprechend wichtigen Zeit Riesengerichtshöfe, mit einhundert und oft noch viel mehr Geschworenen, auch in Zivilsachen (Harrison 1971, § 4 II). Es leuchtet sofort ein, daß dort eine so prägnante juristische Argumentation wie vor dem Einzelrichter in Rom gar nicht möglich war. Vor einer Menge argumentiert man anders als im Gespräch mit einem einzelnen. Wer die Zeiten der studentischen Protestbewegung mitgemacht hat, weiß, was ich meine. Ich meine nicht: besser. Ich meine: anders, juristischer, abstrakter, vielleicht auch ruhiger. Auch die Verhandlung vor dem Prätor war die Verhandlung vor einem Mann. Und es kommt hinzu, daß die Zerteilung dieses Verfahrens, die Einleitung vor dem Prätor, die Vorbereitung der Entscheidung durch ihn im Wege einer Formulierung des Prozeßprogramms, der sogenannten *actio*, und der Bezug auf diese *actio* in der Verhandlung vor dem Einzelrichter, die juristische Prägnanz verstärkten. Wichtig bleibt, daß jeweils vor einem Mann verhandelt wurde, nicht vor einhundert, zweihundert oder dreihundert.

Die Verschiedenheit der Gerichtsverfassung hat nun natürlich auch wieder Gründe. Und die liegen nicht im Warenverkehr. Sie liegen, letztlich, in der verschiedenen hohen Ausprägung von Herrschaft in den beiden Gesellschaften. Das römische Imperium ist ja nicht nur die Bezeichnung für das Weltreich, das sie erobert haben. Imperium ist ursprünglich der Befehl, der militärische Befehl. Imperium nannten sie das Reich, weil dort überall ihr militärischer Befehl befolgt wurde. Der militärische Charakter, der auch bei den Griechen die Entwicklung des Rechts mit beeinflusst hat, war bei den Römern noch sehr viel stärker. Sie haben Griechenland ja auch militärisch erobert. Dem entspricht es, daß bei ihnen ein einzelner Mann entscheidet. Die Griechen sind sehr viel demokratischer, die großen Gerichtshöfe, nebenbei bemerkt, auch Unterabteilungen der Volksversammlung (der griechischen Männer). Kann man das aus dem Warenverkehr ableiten? Nein. Hat Wolfgang Müller also Recht? Die Antwort lautet: Nur zum Teil. Der herrschaftliche Charakter einer Gesellschaft macht sich eben nicht nur bei der Entstehung sondern auch in der weiteren Entwicklung des Rechts bemerkbar.

Dem widerspricht nicht, daß das Recht im weiteren Verlauf seiner Geschichte auch soziale Elemente in sich aufnimmt. Der Rechtsstaat sichert auch das Recht des Arbeiters als Eigentümer von Arbeitskraft (Müller S. 268). Das ist selbstverständlich und eine Frage der Machtverhältnisse in den Rechtsgesellschaften. Gustav Radbruch hat, als er noch Marxist war, Rechtsverhältnisse definiert als in Rechtsform übersetzte soziale Machtverhältnisse (Radbruch 1929, 75). Die ersten großen Kodifikationen in Griechenland im 7. und 6. und in Rom im 5. Jahrhundert v. Chr. haben die Funktion gehabt, die Armen gegen die Willkür der Reichen in der Rechtsprechung zu schützen. Die politischen Machtverhältnisse haben das so erzwungen. Auch heute gibt es große Bereiche des Rechts, die die gleiche Funktion haben. Wolfgang Müller sieht darin eine positive Funktion des Rechts und des Rechtsstaats. Ich bin ja eigentlich auch dieser Auffassung. Nach der alten Weisheit, daß man häufig seiner eigenen Meinung widerspricht, wenn man sie aus anderem Munde hört, erlaube ich mir aber einige Gegenfragen: Ist das wirklich eine Funktion von

Recht, oder besser ausgedrückt, ein Verdienst des Rechts? Ist es nicht ein Verdienst derjenigen, die die Veränderung der sozialen Machtverhältnisse herbeigeführt haben? Spielt das Recht hier eine andere Rolle als die einer bloßen technischen Übersetzung in die Form einer Ordnung? Und, schließlich, wenn wir eine andere Ordnung hätten als eine Rechtsordnung, wäre es dann nicht ebenso? Oder, vielleicht, noch besser? Mit anderen Worten: Wo bleibt das Positive?

#### Literatur

*H. Bengtson*, Griechische Geschichte, 4. Aufl. 1969. *O. v. Bismarck*, Gedanken und Erinnerungen, 1. Band, 1898. *R. Dahrendorf*, Amba und Amerikaner, in: Europäisches Archiv für Soziologie, 1964, S. 83–98. *W. Erdmann*, Die Ehe im alten Griechenland, 1934. *A. R. W. Harrison*, The Law of Athens, 2. Band: Procedure, 1971. *W. Kunkel*, Römische Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 1972. *B. Malinowski*, Crime and Custom in Savage Society, 1926, zitiert nach der 9. Aufl. 1970. *W. Müller*, Geld und Geist. Zur Entstehungsgeschichte von Identitätsbewußtsein und Rationalität seit der Antike, 1977. *E. Paschukanis*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, 1929, Ndr. 1966. *T. Pekáry*, Die Wirtschaft der griechisch-römischen Antike, 1976. *G. Radbruch*, Klassenrecht und Rechtsidee, in: Zeitschrift für soziales Recht, 1929, S. 75. *R. L. Sargent*, The Size of the Slave Population of Athens During the Fifth and Fourth Centuries Before Christ, 1924, Ndr. 1973. *C. Sigrist*, Die Amba und die These von der Universalität von Herrschaft, in: Europäisches Archiv für Soziologie, 1964, S. 272–276. *B. Snell*, Die Entdeckung des Geistes. Studien zur Entstehung des europäischen Denkens bei den Griechen, 4. Aufl. 1975.