

Walter Wilhelm
(Frankfurt am Main)

JHERINGS LEHRE VOM ABSTRAKTEN PRIVATRECHT



JHERINGS LEHRE VOM ABSTRAKTEN PRIVATRECHT

Im zweiten Band des „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“¹ gibt Rudolph von Jhering eine „Charakteristik des spezifisch römischen oder strengen Rechtssystems (jus strictum)“². Es ist das zweite der drei Systeme in der Entwicklung des römischen Rechts nach Jherings Darstellungsplan³ und stellt den „Triumph und die ausschließliche Herrschaft der rein nationalen Ansicht“ dar. Die zeitliche Entstehung dieses Systems datiert Jhering auf die „zweite Hälfte der Königszeit“, seine „Blüthezeit“ auf das vierte bis sechste Jahrhundert ab urbe condita: „Der Zeit nach wird sich also unsere Darstellung von jetzt an vorzugsweise in der Glanzperiode der römischen Republik verweilen...“⁴

Vor der Errichtung der „festen Burg des strictum jus“⁵ trägt der Rechtszustand in Rom nach Jherings Ansicht den „Grundzug jeglicher Anfangsbildung an sich, nämlich die Ununterschiedenheit, die Gebundenheit der inneren Verschiedenheiten“. Das heißt konkret: „Recht und Religion, öffentliches und Privatrecht, Staat und Individuum schlummern noch friedlich neben einander, haben sich noch nicht von einander geschieden, um jeder in seinem Kreise sich selbständig zum Besten des Ganzen zu bewegen.“⁶

Das zweite Rechtssystem dagegen, dessen Darstellung Jhering hier unternimmt, soll die Aufhebung jenes Zustandes der Ununterschiedenheit zeigen⁷. Jhering präzisiert die leitenden Ideen dieses Systems als drei „Grundtriebe“ der Rechtsbildung, höchste und allgemeinste Tendenzen, die sich als die „Ziele und Ideale des römischen Rechtsgefühls“ bezeichnen ließen: den Selbständigkeitstrieb, den Gleichheitstrieb, den Macht- und Freiheitstrieb.⁸

Bemerkenswert ist bereits die Anlage der Darstellung. Sie nimmt nicht vom römischen Recht ihren Ausgang. Jhering bestimmt vielmehr jene Grundtriebe jeweils zunächst allgemein, demnach aus der Sicht seiner Zeit, was allein schon vermuten läßt, daß man es nicht nur mit „spezifisch römischen“ Grundtrieben des Rechts zu tun habe. Im Rückblick auf seine Darstellung erklärt Jhering, seine Absicht sei gewesen, „in dem Bilde, das ich hier entworfen, einer Zeit, wie der unsrigen, die in Wissenschaft und Leben

¹ Teil II Abt. 1 (1854) des Gesamtwerks, das fortan als „Geist“ nach der ersten Auflage (1852—1865) zitiert wird.

² Geist II 1, p. 3.

³ Vgl. Geist I, pp. 77—82.

⁴ Geist II 1, p. 5.

⁵ I. c. p. 4.

⁶ Geist I, p. 78.

⁷ I. c.

⁸ Geist II 1, pp. 7, 20.

das Recht und die Macht der Persönlichkeit nicht selten so gründlich mißachtet hat, einen Spiegel vorzuhalten, aus dem sie erkennen kann, wie sie ist, und was ihr fehlt"⁹ So wird man sich auf eine zweifache Reflexion einstellen können: auf eine Spiegelung des römischen Rechtssystems in Jherings Zeit und ihre Rückspiegelung in eben diesem System.

I.

Die gefährlichen Höhen der philosophischen Spekulation werde er bei der Bestimmung des Selbständigkeitstriebes nicht berühren; das Ziel seiner Bemühungen, sagt Jhering¹⁰, sei die *praktische* Selbständigkeit des Rechts. Die Philosophie möge sich rühmen, die Selbständigkeit des Rechts in der Ideennachgewiesen zu haben: „ein anderes Ding ist es um das lebendige Recht der Wirklichkeit, ein anderes Ding um die Idee, diesen Schatten, den das Recht der Wirklichkeit in die einsame Kammer des Philosophen wirft“.¹¹

Aus solch praktischer Sicht handelt es sich zunächst um die „Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form“: „Wir beginnen mit dem ersten und einfachsten Schritt, den das Recht auf der Bahn der Selbständigkeit machen kann, und der doch in seinen Folgen unendlich wichtiger ist, als man gewöhnlich annimmt, dem Fortschritt desselben von dem System des ungeschriebenen zu dem des geschriebenen Rechts, von der Sitte und Gewohnheit zum Gesetz.“¹² Gegenüber der gewöhnlichen Annahme, d. h. der Theorie des Gewohnheitsrechts der Historischen Schule, sieht Jhering in jenem Übergang einen „ungeheuern Fortschritt“.¹³ Diesen Bruch mit der herkömmlichen Ansicht sucht Jhering durch eine verständnisvolle Erklärung der Schultheorie zunächst zu mildern. In ihrer berechtigten Abkehr von der Lehre des vorangegangenen Jahrhunderts sei sie der begreiflichen Einseitigkeit einer neuen Wahrheit verfallen. Die Lehre des 18. Jahrhunderts beschreibt Jhering im landläufigen Sinn: „Der Gesetzgeber versorgt den Staat mit Gesetzen, das Recht ist also die Summe der erlassenen Gesetze, das Produkt legislativer Willkür oder Weisheit — dem Volk ist es etwas von vornherein Fremdes, äußerlich Angepaßtes oder Aufgedrungenes. So die alte Lehre.“¹⁴ Demgegenüber habe die neuere Ansicht zutreffend die unmittelbare Entstehung des Rechts aus dem „Born des nationalen Rechtsgefühls“ hervorgehoben und damit die entsprechende Erscheinungsform des Rechts, das Gewohnheitsrecht, welches auf diese Weise zum „Schoßkind der neueren Jurisprudenz“ geworden sei. Ihr Fehler jedoch bestehe darin, daß sie Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht auf eine Stufe gestellt habe.¹⁵

In der Sache nimmt sich Jherings Auffassung weniger vermittelnd aus. Er bezweifelt die Berechtigung der Bezeichnung Gewohnheitsrecht und hält es für „vielleicht am richtigsten, es noch gar nicht Recht zu nennen, sondern

⁹ I. c. p. 303.

¹⁰ I. c. pp. 20—86 (20).

¹¹ I. c. p. 21.

¹² I. c. p. 24.

¹³ I. c. p. 26.

¹⁴ I. c. p. 25. — Eine Lehre, in der etwa der dritte Stand in Frankreich seine Vorstellungen schwerlich wiedererkannt haben würde, vgl. W. Wilhelm, Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. u. 18. Jh., in: Jus commune I (1967) 241—270 (252 ss.)

¹⁵ Geist II 1, pp. 25 s.

diesen Zustand als den der Identität des Rechts und Moral unter dem Namen der Sitte dem Recht gegenüber zu stellen".¹⁶ Gewohnheitsrecht stellt nach dieser Ansicht nur eine Vorstufe der Rechtsbildung dar, eine Stufe, auf der das Recht zwar „substantiell“, aber noch nicht „formell“ vorhanden ist. Das „Rechtsgefühl“ als Quelle und Substanz mache Subjektivität und Unbestimmtheit zu den Charakterzügen der gewohnheitlichen Rechtsbildung. In dem Maße aber, sagt Jhering, „in dem nun ein Volk das Bedürfnis nach Gerechtigkeit, d. h. nach Gleichmäßigkeit empfindet, wird es den Trieb in sich fühlen, sich von dem Zufall der bloß individuellen Gerechtigkeit unabhängig zu machen, die Gerechtigkeit immer mehr aus der Sphäre subjektiver Eingebung in das Recht selbst hinein zu verlegen".¹⁷ Die „Tendenz des Rechts nach Selbständigkeit und Objektivität“ hat demnach „von vornherein zum Zweck, die Herrschaft des Gefühls im Recht zu brechen, und die ganze Methode, Technik, Construction des Rechts ist darauf berechnet".¹⁸ Das Mittel nach Jherings Ansicht ist das Gesetz — die „ausschließliche Form des Rechts". Hierdurch gelange das Recht zu „Festigkeit, Bestimmtheit, Gleichmäßigkeit"; aus einer „Sache des Gefühls" werde „ein Gegenstand der Erkenntnis, es wird logisch berechenbar, objektiv meßbar".¹⁹ Jenen Fortschritt vom ungeschriebenen zum geschriebenen „System" des Rechts bezeichnet Jhering daher „mit einem Wort... als Übergang aus der subjektiven Innerlichkeit zur objektiven Äußerlichkeit".²⁰

Für das ältere römische Privatrecht, von dem hier ja die Rede sein soll, kommt Jhering zu dem Ergebnis, die „hervorragendste Erscheinung dieser Periode" sei die Zwölfafelgesetzgebung, „die Grundlage des ganzen zweiten Systems".²¹ Diese Gesetzgebung habe ihren Grund in der durch die Vertreibung der Könige „verschobenen Stellung der Patricier und Plebejer": „und die Plebs war es, auf deren Rechnung das Verdienst fällt, jene für die ganze römische Rechtsentwicklung unendlich folgenreiche Maßregel der Co-

¹⁶ 1. c. pp. 28.

¹⁷ 1. c. p. 31.

¹⁸ 1. c. p. 32.

¹⁹ 1. c. pp. 33 s.

²⁰ 1. c. p. 33. — Jeremy Bentham's Schriften und seine Ansichten über die Existenzform des ungeschriebenen common law scheint Jhering bei der Niederschrift der ersten Fassung seines Werks noch nicht gekannt zu haben („Erst nach dem Erscheinen der ersten Auflage bin ich auf eine Stelle von Bentham aufmerksam geworden...", zit. nach Geist I (4. Aufl.), p. 27, Anmerkung 2e). Stattdessen sei aus der „stillen Kammer" eines deutschen Philosophen, den Jhering gelegentlich zitiert, vergleichsweise angeführt: „Was Recht ist, erhält erst damit, dass es zum Gesetze wird, nicht nur die Form seiner Allgemeinheit, sondern seine wahrhaftige Bestimmtheit. Es ist darum bei der Vorstellung des Gesetzgebens nicht bloß das eine Moment vor sich zu haben, daß dadurch etwas als die für alle gültige Regel des Benehmens ausgesprochen werde; sondern das innere wesentliche Moment ist vor diesem anderen die Erkenntnis des Inhalts in seiner bestimmten Allgemeinheit. Gewohnheitsrechte... enthalten das Moment, als Gedanken zu seyn und gewußt zu werden. Ihr Unterschied von Gesetzen besteht nur darin, daß sie auf eine subjektive und zufällige Weise gewußt werden, daher für sich unbestimmter und die Allgemeinheit des Gedankens getrübt, außerdem die Kenntnis des Rechts nach dieser und jener Seite und überhaupt ein zufälliges Eigentum Weniger ist" (Hegel, Grundlinien d. Phil. d. Rechts, § 211, Werke, ed. H. Glockner, VII, 1952). — „Wie in der bürgerlichen Gesellschaft das Recht an sich zum Gesetze wird..." (Hegel, op. cit. § 217).

²¹ Geist II 1, p. 35.

difikation des bestehenden Rechts erzwungen zu haben".²² Es komme jedoch hinzu, „daß die ganze Entstehungsgeschichte des Gesetzes ihm den Charakter einer von dem einen Theil des Volks dem andern Theil gemachten Concession verlieh". Jhering schließt die Bemerkung an: „Für das Interesse und die Liebe, mit der ein Gesetz umfaßt werden soll, ist aber der Gesichtspunkt sehr wichtig, daß es nicht in beziehungsloser Allgemeinheit und Objektivität auftritt, sondern daß es sich von vornherein, selbst wenn es auch den Charakter der Allgemeinheit an sich trägt, doch an einen besonderen Stand anschmiegt, ihm vertragsmäßig zugewiesen wird."²³ In diesem Sinne wohl bezeichnet Jhering die Zwölf Tafeln als die Magna Charta der Plebejer.²⁴

Die schriftliche Fixierung des Privatrechts vermag nach Jherings weiterer Darstellung²⁵ jedoch nur die Verselbständigung des Rechts in der Form zu leisten. Damit allein sei es nicht getan, vielmehr müsse das Recht im Gesetz auch eine innere Selbständigkeit gewinnen, „innerlich zu sich kommen". Mit dem Übergang von der Sitte zum Gesetz habe daher die Lösung des Rechts von Religion und Moral einherzugehen, vom „gesamten sittlichen Stoff". Damit werde vorausgesetzt, daß „das Recht sein Maß und Ziel in sich selbst trage". Es sei zwar nicht zu leugnen, meint Jhering, daß das Recht nach Völkern und Zeiten verschieden sei. Bei dieser Tatsache werde er sich jedoch nicht beruhigen, sondern den Inhalt des Rechts prüfen, „ob er z. B. eigentlicher Rechtsstoff, wenn ich so sagen darf, oder nur gesetzlich normirte Moral, Zweckmäßigkeit usw. ist".²⁶

Für die römische Entwicklung stellt Jhering fest²⁷, daß während der Herrschaft des Familienprinzips ein Gegensatz zwischen Recht und Sittlichkeit nicht zur Entstehung gekommen sei: „Die Familie als die niederste und engste Form sittlicher Gemeinschaft umfaßt die sittliche Substanz in ihrer ursprünglichen Unterscheidungslosigkeit..."; im selben Sinne, indessen genauer be-

²² I. c. p. 36. — Vgl. J. E. Kuntze: „Diese Principien nun sind aber nicht erst auf dem Tribunal des (röm.) Prätor gewachsen; die Menschheit verdankt sie dem Ringen des römischen Plebejerthums und negativ dem stählenden Widerstande des Patricierthums, verdankt sie den zwölf Tafeln. Nicht die Erweiterung des jus strictum zum jus gentium ist die grosse fördernde That, sondern die Schöpfung des jus strictum ist der welthistorische Angelpunkt des Rechts. Nicht der Dualismus des jus civile und jus gentium, der sich in jedem Recht wiederholt, sondern der Dualismus der plebejischen und patricischen Rechtsanschauung ist das wichtigere Phänomen" (Das römische u. deutsche Recht in der Gegenwart u. die Aufgabe der modernen Rechtswissenschaft in der Zukunft, in: Kritische Überschau d. dt. Gesetzgeb. u. Rechtswiss. II (1855) 174—228 (222).

²³ Geist II 1, p. 65.

²⁴ I. c. p. 73.

²⁵ I. c. pp. 47 ss.

²⁶ I. c. p. 48. — Jhering beruft sich hier (Anm. 34) auf Stahls Rechtsphilosophie. Die Unterscheidung von Legalität und Moralität geht bekanntlich auf Kant zurück und hat in Savignys „System" die treffende Formulierung gefunden: „Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert. Sein Daseyn aber ist ein selbstständiges, und darum ist es kein Widerspruch, wenn im einzelnen Fall die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird" (System d. heut. Röm. Rechts I (1840) p. 332; vgl. insbes. H. Kiefner, Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: Philosophie u. Rechtswissenschaft. Studien z. Philosophie u. Lit. des 19. Jahrhunderts III, hrsg. v. J. Blühdorn u. J. Ritter, 1969, pp. 3—25).

²⁷ Geist II 1, p. 51.

stimmt Jhering das Wesen der Gens: sie „umfaßte unterschiedslos die gesamte sittliche, rechtliche, religiöse Existenz ihrer Mitglieder“. Demgegenüber sei das „abstracte Rechtsprinzip“ in seiner ganzen Schärfe zum Durchbruch gekommen, als das Privatrecht „sich aus den Banden des Familienprinzips losriß“. Jhering sieht darin wiederum ein Verdienst der Plebejer und verweist zur Begründung auf eine Ausführung im ersten Band seines Werks. Dort heißt es: „Was zuerst das Familienprinzip anbetrifft, so nimmt die Bedeutung desselben sowohl in politischer wie in privatrechtlicher Beziehung in demselben Maße ab, als die Macht der Plebejer wächst. Auch hier haben sie wieder das Verdienst, einen für die Entwicklung des politischen Lebens sowohl wie für die freie Entfaltung des Privatrechts höchst wichtigen Fortschritt erzwungen zu haben. In letzterer Beziehung enthält ihre ursprüngliche Stellung die Unabhängigkeit des Privatrechts vom öffentlichen Recht und die des Vermögensrechts von der Familie. Ihnen verdankt also das reine, vom Einfluß des Familienprinzips emancipirte Privatrecht seinen Ursprung, und dies ist eben das spätere römische Privatrecht“.²⁸

Den eigentlichen Bestimmungsgrund des Privatrechts, welcher eben dieses von der Moral zu scheiden vermag, jenen „eigentlichen Rechtsstoff“, sieht Jhering im sogenannten subjektiven Prinzip: „Die subjektive Rechtssphäre eine That und Produktion des Individuums und darum lediglich seiner Autonomie anheimgestellt, die Unstatthaftigkeit aller Eingriffe in dieselbe gegen den Willen des Berechtigten, sei es von Seiten Einzelner, sei es von Seiten des Staats — das war die Quintessenz des römischen Rechtsgefühls.“²⁹

Das subjektive Prinzip, der zentrale Gedanke in Jherings Rechtsdarstellung, bestimmt letztlich auch das Verhältnis von Privatrecht und Staat. Jhering sieht durch jenes Prinzip die Priorität des Privatrechts genetisch und funktionell gewahrt, in Rom — und offenbar auch in der Moderne, gegenüber der Idee der Volkssouveränität.³⁰ „Nicht das war die römische Vorstellung, als ob das Recht erst mit dem Staat und der Gesetzgebung in die Welt gekommen; nicht weil es Gesetz, war es Recht, sondern weil es Recht, war es Gesetz. Das concrete wie das abstrakte Recht verdankt dem Gesetz nicht seine Existenz, sondern bloß seine formelle Anerkennung.“³¹ Dies ergibt sich schlechterdings daraus, daß das Privatrecht als Ausdruck des Prinzips der Autonomie verstanden wird, und damit das Gesetz selbst im Grunde nur als die Sanktion dieses Prinzips.³² Jhering führt zusammenfassend aus: „Die

²⁸ Geist I, p. 333. — Vgl. G. Lenz: „Und zwar entstand zunächst das Privatrecht in... der Römischen Plebs... Da nun die Plebejer in ihrer ursprünglichen Bedeutung als einzige Sphäre für die Geltendmachung ihrer Persönlichkeit nur die nichtöffentlichen Verhältnisse hatten, da sie der öffentlichen zunächst privat blieben: so waren sie anfänglich Privatpersonen, nichts als Privatpersonen...; die Summe dessen aber, was ihre rechtlichen Verhältnisse regeln sollte und konnte, war Privatrecht, nichts als Privatrecht... Ohne Teilnahme an dem Staat und den öffentlichen Dingen; ohne Gemeinschaft mit den religiösen Satzungen der Altbürger und gleichsam götterlos; ohne organischen Zusammenhang mit traditioneller Sitte und Sittlichkeit: konnte das Privatrecht, was die Plebejer sich gaben... nur ein solches sein, was nirgends von den Verhältnissen des öffentlichen Rechts, von den Einwirkungen traditioneller Religiosität, Sitte und Sittlichkeit influirt erscheint“ (Über die geschichtl. Entstehung d. Rechts, 1854, pp. 150, 152).

²⁹ Geist II 1, p. 56.

³⁰ I. c. pp. 58, 61.

³¹ I. c. pp. 60 s.

³² Vgl. Geist II 1, pp. 68 s.

ursprüngliche Selbständigkeit des Privatrechts ist eine nothwendige Consequenz des Prinzips des subjektiven Willens. Der Staat kann auf indirektem Wege einen Einfluß auf das Privatrecht ausüben, z. B. durch Entziehung politischer Rechte (Censor), aber er hat keine direkte Macht über dasselbe. Er hat das Privatrecht nicht verliehen und darf es darum auch nicht beschränken. Die Gemeinschaft, deren Ausdruck er ist, beschränkt sich auf die öffentlichen d. h. Allen gemeinsamen Interessen; nur sie bilden den Gegenstand seiner Sorgfalt, den Gegenstand des allgemeinen Vertrages, der *lex publica*. Das Privatrecht aber hat seinen Grund in der Privatperson selbst, letztere selbst muß es durch eigene Thätigkeit begründen und geltend machen; die ganze privatrechtliche Sphäre liegt außerhalb des Reiches des Staats, so wie die persönlichen Verhältnisse eines Gesellschafters außerhalb des der Societät.³³ — „Das Subjekt (ist) Grund und Quelle seines Rechts“.³⁴

II.

Die Erörterung des Gleichheitstriebes leitet Jhering mit folgenden Sätzen ein: „Der zweite und dritte von unsern Grundtrieben tragen den Namen jener Zwillingsworte, die seit mehr als einem halben Jahrhundert die Welt in Bewegung setzen — einst das Losungswort der Edelsten und Besten, bald das Feldgeschrei gerade der wildesten Massen. Bedeckt vom Staube der Straßen, noch rauchend von Blut, die verworrensten Vorstellungen von der einen, die gehässigsten Erinnerungen von der anderen Seite erweckend, sind sie für den historischen Gebrauch wenig zu empfehlen... Und doch können wir jene Worte nicht entbehren, und doch können wir uns durch alle den schnöden Mißbrauch und Frevel, den man mit ihnen getrieben hat und treibt, nicht abhalten lassen, uns freudig zu ihnen zu bekennen, in ihnen die höchsten und edelsten Ideen zu preisen, die das Recht sein nennt... Aber um so mehr thut es Noth, uns über den Sinn zu verständigen, in dem dieselben allein eine Berechtigung in Anspruch nehmen können; um so mehr wollen wir die Gelegenheit benutzen, vom römischen Volk zu lernen, wie ein charaktervolles und politisch reifes Volk diese Ideen auffaßt...“³⁵

Jhering beschreibt sogleich das römische Vorbild³⁶. Es habe nichts gemein mit der Gleichheitsidee eines Lykurg, der Bauernkriege und der Französischen Revolution oder der „heutigen Gleichheitsapostel“. „Frei soll sich in Rom entwickeln alles, was Lebenskraft in sich trägt, und daß nicht eine Kraft hier auf Kosten der andern künstlich d. h. durch Gesetz bevorzugt werde, das ist es, was die römische Gleichheit will. Die Ungleichheit des Resultats... hat für die Römer nichts Verletzendes. Ungleichheit in der Lebensstellung, Rang, Stand, Ehre, politischem Einfluß, Vermögen usw. erschien dem Römer nicht als ein Verstoß gegen das republikanische Prinzip. Willig zollte er jenen Vorzügen seine Achtung, und von allem Hasse gegen die Besitzenden, dieser traurigen Erscheinung der heutigen Zeit, findet sich keine Spur. Der Grund lag darin, daß diese Verschiedenheiten in Rom

³³ Geist I, pp. 205 s.

³⁴ Geist II 1, pp. 141, 151, Anm. 167.

³⁵ l. c. pp. 86 s.

³⁶ l. c. pp. 88 s.

das natürliche Produkt freier Entwicklung waren. Wo sie dies sind, haben sie nichts Gehässiges."

Die Frage der Gleichheit vor dem Gesetz, um die es sich hier handelt, wird sodann ins allgemeine gewendet³⁷. „Der Weg, auf dem ein jedes Recht die Gleichheit verfolgt und verfolgen muß", schreibt Jhering, „ist Generalisierung, d. i. Bildung von Klassen und Aufstellung von Regeln für dieselben." Gehe diese Generalisierung zu weit, so „stellt sich der Conflict der Gleichheitsidee mit sich selbst d. i. die Unbilligkeit heraus, d. h. das wirklich Ungleiche wird als gleich behandelt...". Sofern eine Rechtsordnung diesen Conflict nicht dulden wolle, bleibe nur das Mittel der „Individualisierung". Jhering verkennt nicht, daß dies zwar ein Weg, aber noch kein Maßstab ist, und findet schließlich, offenbar als Lösung, folgenden „wichtigen Unterschied": den der „rechtlichen Verschiedenheiten und rechtlichen Ungleichheiten"³⁸. Rechtliche Verschiedenheiten könnten sich aus natürlichen Unterschieden der Menschen und Sachen ergeben, zumal in „rein privatrechtlichen Beziehungen": „Die Stellung der Frau bedingt andere Rechtssätze, als die des Mannes... , die natürliche Verschiedenheit des Gegenstandes, z. B. die Eigenschaft der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit wird gleichfalls auf das Recht nicht ohne Einfluß bleiben." In politischer Hinsicht gelte dasselbe, und es gehöre „der gänzliche Mangel politischer Einsicht und historischer Kenntnisse dazu, um dies zu verkennen". Demgegenüber unterscheidet Jhering betont die „Ungleichheiten vor dem Gesetz", nämlich: „Abweichungen von der Regel des Rechts, die nicht durch objektive Gründe, sei es durch das Staatswohl oder durch innerliche Verschiedenheiten geboten sind, sondern lediglich das subjektive Interesse eines Standes oder einer Klasse von Personen zum Gegenstande haben..., und deren letzter Grund also nur in dem Übergewicht des Einflusses besteht, den dieser Stand auf die gesetzgebende Gewalt auszuüben und in seinem egoistischen Interesse auszubeuten verstand".

Was das römische Recht angeht, so bestimmt Jhering den „charakteristischen Zug des ältern Rechts im Gegensatz des neuern" als „rücksichtslose Herrschaft der Abstraction, ausschließliche Gültigkeit des Systems der Generalisierung, entschiedene Abneigung gegen alles Individualisiren im Recht"³⁹. Dieser Zug trete in den politischen Verhältnissen wie in den privatrechtlichen hervor, und für beide Bereiche sei der Kampf der Patricier und Plebejer „höchst bedeutungsvoll" gewesen.⁴⁰

„Was die Plebs wollte und erreichte, war rechtliche Gleichstellung mit den Patriciern, Aufhebung der Standes-Privilegien."⁴¹ Die errungene politische Gleichheit bewährte sich nach Jherings Darstellung „in glänzender Weise daran, daß seit Gleichstellung der Stände auch dem geringsten Plebejer rechtlich kein Hinderniß im Wege stand, die höchsten Stufen der Staats-

³⁷ l. c. pp. 90 s., 94.

³⁸ l. c. p. 94 s.

³⁹ l. c. p. 93.

⁴⁰ l. c. p. 96. — Vgl. Geist I: „In politischer Beziehung vertreten sie (sc. die Plebejer) die Berechtigung der persönlichen Kraft, sowohl der geistigen und sittlichen als der materiellen, gegenüber dem Recht der Geburt, die Superiorität des freien Willens gegenüber einer durch die Natur bestimmten Nothwendigkeit, das lebendige Bedürfniß und Recht der Gegenwart gegenüber den ererbten Satzungen der Vergangenheit" (pp. 333 s.).

⁴¹ l. c. p. 97 ss.

verwaltung zu erklimmen und sich und sein Geschlecht durch eigenes Verdienst zu nobilitieren. Der Zuwachs seines Vermögens, den er durch Sparsamkeit und Betriebsamkeit herbeigeführt hatte, brachte ihn aus einer niedern in eine höhere Censuskategorie, mit dem Vermögen mehrte sich sein politischer Einfluß...". Gewisse Vorzüge kraft Geburt übten zwar auch in Rom „faktisch einen ungeheueren Einfluß aus und erschwerten demjenigen, dem sie abgingen, die Konkurrenz im hohen Grade. Aber rechtlich war ihm diese Konkurrenz möglich; jenes Übergewicht ließ sich durch Glück, Energie, Tüchtigkeit paralisieren...". Andererseits: „Institute wie z. B. die Familienfideicommissa, Lehnen u. s. w., wodurch die neuere Rechtsbildung das Herabfallen von der Höhe zu verhindern gewußt hat, gab es in Rom nicht, so wenig wie Schranken, die den Zugang zu derselben verwehren sollten; in Rom konnte jeder durch eigne That ungehindert den Adel erwerben wie verlieren.“⁴² Mittel und Maßstab solcher Nobilität ist demnach allein das wirtschaftliche Vermögen. Wie Jhering im ersten Band bereits ausführt⁴³, ist das Vermögen „nichts als die materielle Kraft. des Einzelnen, und im hohen Grade dem Wechsel unterworfen, ist zu erwerben und zu verlieren, es bildet also den entschiedensten Gegensatz zum Familienprinzip“.

Es bleibt die Frage, wie sich in jener Gesellschaft, in der „rechtlich“ der Bürger zum Edelmann und der Edelmann zum Bürger werden kann, das Prinzip der Gleichheit, d. h. der Generalisierung, im Privatrecht auswirkt. Jhering exemplifiziert dies am Unterschied der altrömischen und germanischen Rechtsauffassung.⁴⁴ Die germanische habe zur höchsten Mannigfaltigkeit in der Entwicklung privatrechtlicher Verschiedenheiten geführt; jeder Stand, Beruf und jedes Lebensverhältnis hätten ihre eigentümlichen Institute und Rechtssätze derart hervorgebracht, daß bei diesem „partikulären Bildungstrieb“ das Gemeinsame oft verloren gegangen sei: „Welche Fülle von rechtlichen Institutionen knüpft sich im germanischen Rechte z. B. an die Unterschiede des Bürgers, Bauers, Kaufmanns, Adelligen! Von alle dem im ältern römischen Recht keine Spur! Ein Recht gilt für alle Stände und Berufsarten.“

Jhering begnügt sich indessen nicht mit der Feststellung dieses bloß nationalen Unterschieds. Er erklärt die Tendenz zur Generalisierung im römischen Recht im Gegensatz zum „Partikularisierungstrieb“ im germanischen als „eine Folge des Prinzips der Autonomie, das in Rom im weitesten Umfange zugelassen war“. Zwar sei anzunehmen, daß im älteren Rom wie in Deutschland die nach Rang, Stand und Beruf verschiedenen Interessen sich ihre entsprechende rechtliche Befriedigung verschafft hätten: „Darin aber gehen nun die ältere römische und germanische Rechtsbildung weit auseinander.“

⁴² I. c. p. 99. — Vgl. F. Wieacker: „Als ökonomischer Typus ist Jhering, obwohl wirtschaftlich unabhängig und im ganzen persönlich uninteressiert, bereits der Besitzbürger, wenn wir wollen: der Bourgeois der zweiten Jahrhunderthälfte. Rückhaltloser als die frühliberalen Idealisten der Paulskirche identifiziert er sich mit der Unternehmungsgesellschaft seiner Zeit. Sein Rechtsbild ist überraschend stark schon auf die Mechanik der ökonomischen Interessen festgelegt.“ (R. v. Jhering, in: SZRom 86 (1969) 1—36 (9).

⁴³ Geist I, p. 334. — Vgl. Kuntze: „...um so mehr wächst das Gebiet für die Ausbreitung des in Rom zu Tage geförderten neuen social—juristischen Gedankens der vermögensrechtlichen Persönlichkeit, welcher, über die Tradition und die Nationalitäten sich erhebend, unausbleiblich zur Herrschaft gelangen wird“ (Das römische u. deutsche Recht, I. c. p. 221).

⁴⁴ Geist II 1, pp. 99 ss.

der, daß dort diese Produktivität der Autonomie sich nur auf die Begründung der erforderlichen *concreten Rechtsverhältnisse* beschränkte und trotz der gleichmäßig wiederholten *Procedur* keine abstracten Rechtssätze abwarf, stets im Zustande der Flüssigkeit verblieb, hier hingegen, begünstigt durch die mangelnde Schärfe der Unterscheidung zwischen Recht und Sitte, sich rasch als Recht dieses Standes, Kreises usw. fixirte.⁴⁵ Jhering führt diese unterschiedliche Rechtsbildung dann im einzelnen praktisch vor⁴⁶, zunächst am römischen Begriff der Person, sodann am Begriff der Sache. „Es bewährt sich an diesem Beispiel wieder so recht die Consequenz der römischen Abstraction. Durch die natürlichen Unterschiede der Sachen hindurch dringt sie zu dem Begriff der Sache hinauf, und indem sie fortan nur mit ihm operirt, hat sie den Einfluß des natürlichen Moments überwunden, und folgeweise akkomodirt sich nicht der Begriff (des Eigenthums, Erbrechts, usw.) der Sache, sondern die Sache dem Begriff. Eine Zersplitterung des Grundbegriffes, wie im germanischen Recht, wo die Begriffe sich so willig auflösten und spalteten, um an die natürlichen Unterschiede der Personen und Sachen als die eigentlichen Kerne des rechtlichen Krystallisationsprozesses sich anzuschließen, eine solche Zersplitterung widerstrebt der innersten Natur des römischen Rechts.“ Jhering schließt mit der Bemerkung: „und so dürfen wir sagen, daß die Tendenz der Gleichheit und Generalisierung sich an den Sachen nicht minder bewährt, als an den Personen“.⁴⁷

III.

Bei der Behandlung des Macht- und Freiheitstriebes angelangt, hält Jhering es „mehr als irgendwo“ für erforderlich, „der Darstellung des ältern Rechts eine Rechtfertigung des Gesichtspunktes vorzuschicken, unter dem ich dasselbe beurtheilen werde“.⁴⁸

Dieser Gesichtspunkt ist der Primat der persönlichen Freiheit, aus dem Jhering auf folgendem zusammengefaßten Gedankengang⁴⁹ das „System der Freiheit“ entwickelt: Die Freiheit als „bloßer Zustand des Nichtbestimmt-werdens“ hat noch keine Berechtigung, sondern gewinnt diese erst durch die

⁴⁵ l. c. pp. 100 s.

⁴⁶ l. c. pp. 101 ss.

⁴⁷ l. c. p. 107. — Vgl. Lenz: „Der Begriff der Sache ist ebenso eine Römisch-Plebejische Errungenschaft, als der von der Person... (Die Plebejer) hatten nur die Qualität, als Mensch, so zu sagen als *homme pur et simple* anerkannt zu sein; sie galten nur durch sich, d. i. als willensbefähigte und willensberechtigte Einzelne, d. i. als Personen“ (Über d. geschichtl. Entstehung d. Rechts, pp. 155, 151). — Vgl. ferner Barth. Delbrück: „Das germanische Recht, aus der Unmittelbarkeit der Volkssitte hervorgegangen, war kein Privatrecht, es kannte weder die reine Person noch die reine Sache, es war eine trübe Mischung des öffentlichen und Privatrechts. Gerade umgekehrt hatte das römische Recht, aus dem zum Bewusstseyn gekommenen menschlichen Willen hervorgegangen, die Ungleichheit der Menschen- und Naturgegensätze überwunden und zum wahren Privatrecht sich erhoben. Hierin liegt, wie ich glaube, der Geheimnis der Reception des römischen Rechts; sie hatte die Bedeutung der Emancipation des Subjects auf dem Gebiete des Privatrechts... Die Einführung des römischen Rechts ist die Einführung des Privatrechts überhaupt“ (Das absolute Recht, Rez. der zit. Schrift von G. Lenz, in: Kritische Übersicht II (1855) 115—132 (130)).

⁴⁸ Geist II 1, p. 123.

⁴⁹ Vgl. l. c. pp. 129—132.

Kraft des individuellen Willens, des schöpferischen Organs der Persönlichkeit. Die Entfaltung dieser Schöpferkraft ist das höchste Recht des Menschen und ein unentbehrliches Mittel zu seiner Selbsterziehung. „Sie setzt die Freiheit, also auch den Mißbrauch derselben, die Wahl des Schlechten, Zweckwidrigen, Unverständigen usw. voraus, denn als unsere Schöpfung läßt sich nur das betrachten, was frei aus der Persönlichkeit hervorgegangen ist. Den Menschen zum Guten, Vernünftigen usw. zwingen, ist nicht sowohl darum eine Versündigung gegen seine Bestimmung, weil ihm damit die Wahl des Entgegengesetzten verschlossen, als weil ihm damit die Möglichkeit, das Gute aus eigenem Antriebe zu thun, entzogen wird.“ Die Möglichkeit einer gesicherten Verwirklichung findet der Wille des Einzelnen jedoch erst im Staat, der daher die Verpflichtung hat, „den produktiven Beruf des Willens als rechtliche Macht und Freiheit anzuerkennen und zu schützen“. „Die Persönlichkeit mit ihrem Anrecht auf freie schöpferische Thätigkeit ist nicht minder von Gottes Gnaden, als der Staat...“ Diesen Zweck vermag nur ein System zu erfüllen, „bei dem der Staat sich darauf beschränkt, die Erreichbarkeit jener Ziele bloß zu ermöglichen und zu erleichtern, die Verfolgung selbst aber dem freien Walten des sittlichen Geistes und der nationalen und individuellen Intelligenz anheimstellt. In diesem System erscheinen die Staatsidee und die Idee der Freiheit im Einklang, und dieses System ist daher das absolute Ideal, dem jedes Volk nachzustreben hat“.⁵⁰

So ist bereits der erste Abschnitt der Darstellung des römischen Systems überschrieben: „Die Freiheit und Macht das Ziel des subjektiven Willens“, und Jhering kommt im ersten Satz sogleich zum Kern der Sache: die beiden zuvor erörterten Grundtriebe enthielten Anforderungen an das Recht „von mehr formaler Art“, der gegenwärtige erschließe dagegen „die eigentliche Substanz des Rechts, ja des römischen Willens überhaupt — den Gedanken der Macht und Herrschaft“.⁵¹ Jhering knüpft ausdrücklich an seinen bereits dargelegten „Fundamentalsatz“ an, „daß das Subjekt die Quelle und der Grund seines Rechts ist“. Aus diesem Satz zieht er zwei Folgerungen⁵²: der Staat dürfe dieses Recht nicht willkürlich entziehen, ferner dürfe der Staat auch den Inhalt des Rechts nicht beliebig beschränken, sondern habe „im Wesentlichen die ganze Fülle der Machtbefugniß, die die Natur des Rechts mit sich bringt, dem Subjekt zu belassen“. Diesem Anspruch habe Rom entsprochen: „Das spezifisch rechtliche Moment, wonach das ältere Recht die Rechtsverhältnisse bestimmt, ist also der Gedanke der Herrschaft... Der Inhalt eines jeden Rechtsverhältnisses, wenn man dasselbe des Beiwerks entkleidet und auf seinen juristischen Kern zurückführt, ist Willensmacht, Herrschaft, die Unterschiede der Rechtsverhältnisse sind Unterschiede der Herrschaft. Das Charakteristische der Rechtsverhältnisse des ältern Rechts kann also nicht darin gesucht werden, daß sie reine Herrschaftsverhältnisse sind — es hieße weiter nichts als aussagen, daß die Römer zuerst die Sache juristisch erfaßt haben. Das Charakteristische derselben liegt vielmehr in der Fülle der Machtbefugniß, die sie gewähren; darin, daß dieselbe eine beinahe unbeschränkte, eine absolute Gewalt ist.“⁵³

⁵⁰ l. c. pp. 131 s.

⁵¹ l. c. pp. 134 s.

⁵² l. c. pp. 141 s.

⁵³ l. c. pp. 143 s.

Die weitere Darstellung des römischen Systems ist der privatrechtlichen Autonomie gewidmet, die in ihrem Umfang und in ihren Beschränkungen an den grundlegenden Instituten des Eigentums, der Obligation und des Erbrechts im einzelnen entwickelt wird⁵⁴. Jhering selbst gibt folgende abschließende Zusammenfassung: „Die römische Anschauungsweise und damit die Quintessenz... läßt sich vielleicht am bezeichnendsten dahin angeben, daß sie in der Freiheit nicht bloß ein Gut oder eine Eigenschaft der Person erblickt, sondern auch eine objektive, vom Willen der Person unabhängige, unzerstörbare Eigenschaft der Rechtsinstitute. Die privatrechtlichen Institute sind Formen, in denen das Freiheitsbedürfnis des individuellen Lebens sich befriedigt. In ihrer Gesamtheit repräsentieren sie uns die sämtlichen Seiten und Richtungen, nach denen hin die subjektive Freiheit sich zu bewegen vermag; jedem einzelnen dieser Verhältnisse wohnt der Gesichtspunkt eines bestimmten Freiheitsbedürfnisses und Freiheitszweckes inne. Diesen Gesichtspunkt hat nun das römische Recht richtig erfaßt und durchgeführt, d. h. der Zweck des Instituts ist das Maß für die dem Subjekt innerhalb desselben zu verstattende freie Bewegung.“⁵⁵

Am Ende dieser Darstellung bleibt die Frage, was Jhering in dem Bild des „spezifisch römischen Rechtssystems“, das er aus seiner Zeit für seine Zeit entworfen hat, als Vorbild sieht.

Jherings Antwort findet sich in seinen abschließenden Ausführungen zur „Historischen Bedeutung des Systems der Freiheit“. Er sagt zunächst: „Bei der Auffassung des Systems der Freiheit haben wir uns gleichmäßig vor zwei Einseitigkeiten zu hüten, nämlich einmal über dem abstracten Recht nicht die Sitte und die reale Wirklichkeit des Lebens, und sodann über letzterer nicht das abstracte Recht außer Acht zu lassen... Beide Gesichtspunkte und Aufgaben aber soll man aufs schärfste aus einander halten, und gerade dies ist ein Punkt, wo wir nicht genug von den Römern lernen können, denn diese Scheidung ist eins ihrer unsterblichsten Verdienste, der erste und wesentlichste Schritt zur Entdeckung des Privatrechts.“⁵⁶

„Diese Errungenschaft“, sagt Jhering sodann⁵⁷, „kann und soll jedes Volk sich zu Nutze machen, ohne im übrigen auch nur die geringste Ähnlichkeit mit den Römern zu haben. Nur mißverstehe man mich nicht. Es ist neuerdings die Behauptung aufgestellt, das römische Recht sei das absolute Recht. Das ist eine arge Übertreibung, bei der eine richtige Ahnung zu Grunde liegen mag. In dem römischen Recht sowohl der gegenwärtigen wie der folgenden Periode steckt viel national Römisches, und die Opposition, die dies Recht von jeher erfahren hat, ist namentlich hierdurch veranlaßt und meiner Ansicht nach insoweit durchaus berechtigt. Um das Privatrecht zu gewinnen, haben wir das römische recipirt, es wäre aber falsch zu glauben, als ob die historische Form, in der der absolut richtige Gedanke zuerst zur Welt kam, gleichfalls die absolute wäre und ihn selbst für ewige Zeiten bedingte. Der absolut richtige Gedanke ist: alle privatrechtlichen Verhältnisse sind Machtverhältnisse, Willensmacht ist das Prisma der privat-

⁵⁴ l. c. pp. 151 ss., 225 ss.

⁵⁵ l. c. pp. 224 s.

⁵⁶ l. c. p. 304.

⁵⁷ l. c. pp. 305 s.

rechtlichen Auffassung, und die ganze Theorie des Privatrechts hat nur die Aufgabe, das Machtelement in den Lebensverhältnissen aufzudecken und zu bestimmen. Das Römische und mithin Vergängliche ist das Maß und die Ausdehnung, in der die Römer die Macht innerhalb der verschiedenen Verhältnisse zugelassen haben."

Schließlich bemerkt Jhering: „Wenn wir den Gedanken der Macht als das eigentlich privatrechtliche Prinzip haben kennen lernen, so dürfen wir das ältere Recht den Triumph der abstracten Privatrechtsidee nennen."⁵⁸

⁵⁸ Geist II 1, p. 308.