



Chapitre d'actes

2005

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Die Rechtsprechung im alten Rom: Rechtsstaat oder magistratische Willkür ?

Giovannini, Adalberto

How to cite

GIOVANNINI, Adalberto. Die Rechtsprechung im alten Rom: Rechtsstaat oder magistratische Willkür ?
In: Menschenrechte und europäische Identität. Girardet, K.M. & Nortmann, U. (Ed.). Saarland. Stuttgart :
F. Steiner, 2005.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:95345>

BFLB 374

Menschenrechte und europäische Identität – Die antiken Grundlagen

Herausgegeben von

KLAUS M. GIRARDET und ULRICH NORTMANN



Franz Steiner Verlag Stuttgart 2005

BIBLIOTHÈQUE DES SCIENCES DE L'ANTIQUITÉ
FACULTÉ DES LETTRES
UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Lettres: *Colis:*
Case postale 3 place de l'Université
1211 GENÈVE 4 1205 GENÈVE

Die Rechtsprechung im alten Rom : Rechtsstaat oder magistratische Willkür ?

Der Artikel 11, Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 schreibt Folgendes vor: „Niemand kann wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die im Zeitpunkt, da sie erfolgte, auf Grund des nationalen oder internationalen Rechts nicht strafbar war. Desgleichen kann keine schwerere Strafe verhängt werden als die, welche im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung anwendbar war“. Ganz allgemein gilt heutzutage als selbstverständlich, dass in einem Rechtsstaat niemand – ob Bürger oder Nicht-Bürger – willkürlich, das heisst ohne rechtliche Grundlage, verhaftet und bestraft werden darf.

Dieser Grundsatz ist sehr alt: Er geht auf das römische Recht zurück und hat sich bis in die Neuzeit durch den berühmten Satz *sine lege nulla poena*, „wo kein Gesetz, ist auch keine Strafe“, bewahrt. In den Digesten (50,16,131) wird dieser Grundsatz folgendermassen formuliert: *poena non inrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est*, „eine Strafe wird nicht verhängt, ausser wenn sie im Gesetz oder in irgendeiner anderen Rechtsvorschrift für diese Straftat besonders angedroht ist“¹. Konkret wurde die Strafbarkeit von Delikten und Verbrechen durch das Zwölftafelgesetz des 5. Jahrhunderts v. Chr. und durch die seither vom römischen Volk verabschiedeten Rechtsvorschriften, durch Senatsbeschlüsse und durch magistratische oder kaiserliche Erlasse festgelegt. Die römischen Magistraten mussten sich bei Amtsantritt eidlich verpflichten, in ihrer Amtsführung die Gesetze zu befolgen, und bei Amtsaustritt wiederum schwören, dass sie in ihrer Amtsführung die Gesetze tatsächlich befolgt hätten². In der Ahndung von Verbrechen und Delikten und in ihrer Rechtsprechung waren also die römischen Magistraten durch die Gesetze gebunden.

In einem ordentlichen Rechtsstaat gilt ausserdem der Grundsatz, dass ein Gesetz oder eine Vorschrift nur dann verbindlich ist, wenn sie den Betroffenen öffentlich zur Kenntnis gebracht worden sind: *lex non promulgata non obligat*, „ein Gesetz verpflichtet nicht, wenn es nicht sicher an die Gesamtheit kundgemacht ist“³. Auch in dieser Hinsicht kann der römische Staat als vorbildlich

* Für die Verbesserung meines Textes möchte ich meinem Kollegen und Freund Erhard Grzybek ganz herzlich danken.

¹ Übersetzung von H. G. Reichert, *Unvergängliche lateinische Spruchweisheit*⁶ (Augsburg 1983), S. 52.

² Vgl. die Belege bei Mommsen, *StR* I³, S. 620f. und 625.

³ Übersetzung von H. G. Reichert, a.O.



angesehen werden⁴. Neue Gesetze oder Senatsbeschlüsse wurden in der Weise allgemein bekannt gemacht, dass jeder den Text ohne Mühe lesen konnte. Das berühmte Bacchanalienverbot zum Beispiel, auf das ich weiter unten zurückkommen werde, wurde in ganz Italien, und zwar in jeder Stadt und in jedem Dorf, ausgestellt und ausserdem mündlich an drei aufeinanderfolgenden Markttagen vorgelesen (Riccobono, *FIRA* I², Nr. 30, Z. 22–28). Die mit der Rechtsprechung beauftragten Magistraten waren verpflichtet, bei Amtsantritt durch ein Edikt die Rechtsverordnungen bekanntzugeben, die sie in ihrer Rechtsprechung anwenden würden, und sie waren verpflichtet, sich an ihr Edikt zu halten: In Rom und Italien war das Edikt des Stadtprätors (*praetor urbanus*) und in den Provinzen das Edikt des Provinzialstatthalters massgebend⁵. Es scheint also, dass im römischen Reich, im gesamten römischen Reich, jedermann wusste oder wissen konnte, welche Taten strafbar waren und in welcher Weise sie bestraft wurden. Dies ganz im Sinne der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948.

Dem scheinen allerdings ganz entschieden die Christenverfolgungen der ersten drei Jahrhunderte der Kaiserzeit zu widersprechen, denn die Christen wussten offenbar nicht, warum sie verfolgt und mit dem Tod bestraft wurden. Zwar wurden sie allerlei Verbrechen und Laster, insbesondere des Kindermordes, des Kannibalismus und des Inzests beschuldigt; aber es wäre den römischen Behörden sehr leicht gewesen festzustellen, dass diese Vorwürfe unbegründet waren und nur auf Gerüchten und Verleumdungen beruhten⁶. Die Christen konnten vor allem nicht verstehen, dass das blosse ‚Christsein‘, ‚*nomen ipsum*‘, als ein schweres Verbrechen angesehen und als solches bestraft wurde.

Die heidnischen Quellen helfen uns anscheinend nicht weiter. In seinem berühmten Bericht über den grossen Brand Roms unter Nero im J. 64 und über die darauffolgende Hinrichtung der Christen (*ann.* 15,38–44) bezeichnet Tacitus die christliche Religion als einen verderblichen Aberglauben, er betrachtet die Christen als Verbrecher, die der schwersten Strafen würdig seien, und behauptet, sie seien nicht so sehr als Brandstifter als wegen ihres Menschenhasses hingerichtet worden⁷; aber er begründet sein vernichtendes Urteil mit keinem einzigen Wort. In seinem ebenso berühmten Christenbrief an Trajan (*ep.* 10,96) bekennt Plinius d. J., nicht zu wissen, was den Christen eigentlich vorgeworfen wurde, betrachtet aber nichtsdestoweniger die christliche Religion als eine Krankheit (*contagio*), die ausgerottet werden müsse.

Das Problem der Christenverfolgungen hat in der modernen Forschung eine riesige Literatur ausgelöst⁸. Von dieser Literatur will ich hier nur festhalten, dass

⁴ Vgl. F. von Schwind, *Zur Frage der Publikation im römischen Recht*, Münchener Beiträge 31 (1940).

⁵ Vgl. insbes. Cic. 2 *Verr.* 1,109ff. (Edikt des Stadtprätors) und Cic. *Att.* 6,1,15 mit *fam.* 3,8,3–4 und 2 *Verr.* 1,112 (Edikt des Statthalters). Dazu L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts* (Wien 1953), S. 404–414.

⁶ Zu diesen Verleumdungen s. vor allem die *Apologetik* Tertullians.

⁷ 15,44: *exitiabilis superstitio ... haud proinde in crimine incendii quam odio humani generis convicti sunt ... fontes et novissima exempla (meriti)*.

⁸ S. für alle A. Wlosok, *Die Rechtsgrundlage der Christenverfolgungen der ersten zwei Jahrhunderte*, *Gymnasium* 66 (1959), S. 14–32 und A. N. Sherwin-White, *The Letters of Pliny* (Oxford 1966), S. 772–787.

es bis zum Ende des 19. Jahrhunderts die herrschende Ansicht war, dass die Christen auf Grund eines gegen sie erlassenen Spezialgesetzes oder Ediktes verfolgt und bestraft wurden. Diese Ansicht stützte sich insbesondere darauf, dass Tertullian in seiner Schrift *Ad nationes* (1,7,9) ein *institutum Neronianum* erwähnt, das eindeutig auf die Hinrichtung der Christen Roms unter Nero hinweist. Sie ist aber von Th. Mommsen in einem im Jahre 1890 unter dem Titel ‚Der Religionsfrevler nach römischem Recht‘ erschienenen Aufsatz ganz entschieden zurückgewiesen worden⁹. In dieser bahnbrechenden Schrift, die seither und bis heute noch die Forschung weitgehend bestimmt, hat Mommsen die These vertreten, dass die römischen Magistraten und Statthalter die Christen auf Grund ihrer ‚allgemeinen Polizeigewalt‘, der *coercitio*, bestraft hätten. Diese ‚allgemeine Polizeigewalt‘ hätte ihnen nämlich die Befugnis eingeräumt, nach freiem Ermessen gegen alle vorzugehen, die sie als schädlich für den Staat oder die gesellschaftliche Ordnung betrachteten. Diese ‚allgemeine Polizeigewalt‘ bezeichnet er als ‚unbeschränkte Coercition‘ (S. 397), und diese ‚unbeschränkte Coercition‘ soll der Magistrat im Bereich der Religion „ohne feste Benennung der Contravention, ohne feste Normen für den Tatbestand, ohne fest geordnete Prozessform und ohne fest normierte Strafsätze“ ausgeübt haben (S.406). Im Strafrecht, das er einige Jahre später veröffentlichte, verwendet er die Begriffe ‚magistratische Machtvollkommenheit‘, ‚Willkürregiment‘ und ‚rechtliche Schrankenlosigkeit‘¹⁰.

Die so definierte Coercition der römischen Magistraten und Statthalter steht in absolutem Widerspruch zu allem, was ich vorhin über die Rechtsprechung im alten Rom gesagt habe; sie steht in absolutem Widerspruch zum Grundsatz *sine lege nulla poena*, ‚wo kein Gesetz, ist auch keine Strafe‘. Wenn die römischen Magistraten und Statthalter wirklich die ‚allgemeine Polizeigewalt‘, wie sie Mommsen in seinem Aufsatz über den Religionsfrevler und im Strafrecht definiert hat, besessen haben, dann müssen wir daraus den Schluss ziehen, dass der römische Staat kein Rechtsstaat im modernen Sinne des Wortes, sondern eine Diktatur der Magistratur gewesen ist. Es geht also um das Wesen des römischen Staates überhaupt.

Wir müssen zunächst auf das Problem der Christenverfolgungen zurückkommen. Die alte These eines ausdrücklich gegen die Christen gerichteten Spezialgesetzes hatte sehr viel für sich und ist zu Unrecht und ohne befriedigende Argumente von der Forschung aufgegeben worden. Im Jahre 1970 hat Joachim Molt-hagen, jetzt Professor an der Universität Hamburg, der Rechtsfrage der Christenverfolgungen eine sehr gründliche Untersuchung gewidmet und ist zum Ergebnis gekommen, dass die antiken Quellen, insbesondere der Brief des Plinius an Trajan, ein Spezialgesetz gegen die Christen unbedingt voraussetze¹¹. Ich habe mich selber über viele Jahre mit diesem Problem und mit dem Brief des Plinius beschäftigt und bin ebenfalls, aber mit zum Teil anderen Argumenten als Molthagen zu diesem Schluss gelangt¹². Von diesen Argumenten will ich hier nur die

⁹ *Hist. Zeitschr.* 64 (1890), S. 389–429 = *Ges. Schr.* III (Berlin 1907), S. 389–422.

¹⁰ *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899), S. 35.

¹¹ *Der römische Staat und die Christen im zweiten und dritten Jahrhundert* (Göttingen 1970; Nachdruck 1975).

allerwichtigsten hervorheben. 1. Am Anfang seines Briefes (*ep.* 10,96,1–2) sagt Plinius, er habe an Prozessen gegen die Christen nie teilgenommen und wisse deshalb nicht, wofür sie bestraft würden; er wisse weiterhin nicht, ob man nur das Christsein (*nomen ipsum*) oder die dem Christsein anhaftenden Verbrechen oder Schandtaten (*flagitia*) bestrafe. Plinius weiss also zunächst, dass die Christen verfolgt und bestraft werden; er weiss ausserdem oder glaubt zu wissen, dass die Christen als Christen *flagitia*, d.h. Verbrechen oder Schandtaten, begehen, und dies kann er nur gewusst haben, wenn ihm irgendwelche schriftliche Regelung vorlag. 2. Man erfährt dann an der gleichen Stelle, dass Plinius nicht selber die Initiative ergriffen hat, gegen die Christen vorzugehen, sondern dass bei ihm Menschen als Christen und nur als Christen angezeigt worden sind; es ist weder von Unruhen oder irgendwelchen strafbaren Taten die Rede: Ausschliessliche Grundlage der Anzeige ist das Christsein. Die Bevölkerung Bithyniens wusste also, dass das Christsein als solches strafbar war, und dies kann sie nur gewusst haben, wenn es von den römischen Behörden in irgendwelcher Weise offiziell bekannt gemacht worden war. 3. Die angezeigten Personen fragt Plinius zunächst nur und allein, ob sie Christen seien; falls sie bejahen, droht er ihnen die Todesstrafe an, und wenn sie darauf bestehen, lässt er sie hinrichten; Plinius weiss also, dass die Christen, die auf ihrem Christsein bestehen, mit dem Tode bestraft werden müssen. Die Anzeigen der bithynischen Bevölkerung und das Verhalten des Plinius sind nur dann verständlich, erstens wenn allgemein bekannt war, dass das Christsein als solches verboten war, und zweitens, dass die vorgeschriebene Bestrafung die Hinrichtung war.

Die Frage ist, wann, wie, weshalb und von wem das Christsein als solches verboten und mit dem Tode bestraft wurde. Die Antwort auf diese Frage gibt uns der schon erwähnte Präzedenzfall der Bacchanalien¹³. Der Kult des Bacchus, bzw. Dionysos, war sehr alt und war als solcher ganz respektabel. Aber am Anfang des 2. Jahrhunderts v. Chr. kam es zu gravierenden Ausschreitungen, die den Senat veranlassten, gegen die Anhänger dieses Kultes vorzugehen. Dem detaillierten Bericht des Livius zufolge, der eindeutig auf urkundliches Material zurückgeht und es zum Teil paraphrasiert, wurden Orgien veranstaltet, und, viel schlimmer als Orgien, es wurde falsch Zeugnis abgegeben, es wurden gefälschte Testamente erzeugt und sogar Menschen ermordet. Der Zusammenhang lässt deutlich erkennen, dass es um Erbschaften, und zwar bedeutende Erbschaften, also um Geld ging. Der Senat beauftragte die Konsuln, nach den Bacchanten zu fahnden (es waren ungefähr 7.000 an der Zahl) und sie zu verhören, wobei in aller Priorität diejenigen bestraft werden müssten, die sich mit dem Zweck zusammengeschlossen hätten, Schandtaten und Verbrechen zu begehen (Liv. 39,14,8: *ante*

¹² Tacite, l' 'incendium Neronis' et les chrétiens, *Rev. Et. Aug.* 30 (1984), S. 3–23 und L'interdit contre les chrétiens: raison d'État ou mesure de police?, *Cahiers Glotz* 7 (1996), S. 103–134.

¹³ Zum Prozess der Bacchanalien im allgemeinen, der uns durch den ausführlichen Bericht des Livius (39,8–19) bekannt ist, s. J.-M. Pailler, *Bacchanalia. La répression de 186 av. J.-C. à Rome et en Italie: vestiges, images, tradition* (Paris 1988), und zur Interpretation meinen Aufsatz *L'interdit contre les chrétiens* (oben Anm. 12), S. 104–112.

omnia ut quaestio de iis habeatur, qui coierint coniuraverintve, quo stuprum flagitiumve inferretur). Diejenigen, die nur eingeweiht worden waren, ohne jedoch an den mit dem geleisteten Eid verbundenen Schandtaten und Verbrechen mitgewirkt zu haben, wurden in Haft gesetzt, während diejenigen, die an den erwähnten Schandtaten und Verbrechen tatsächlich mitgewirkt hatten, mit dem Tode bestraft wurden¹⁴. Nachdem die Konsuln ihren Auftrag erfüllt und dem Senat darüber berichtet hatten, fassten die Patres einen zweiten Beschluss, der für alle Zukunft die Bacchanalien unter Todesstrafe verbot. Der Kult des Bacchus selbst wurde aber nicht verboten, aber diejenigen, die diesen Gott ehren wollten, konnten es nur mit der ausdrücklichen Genehmigung des Senats und unter sehr strengen Bedingungen tun.

Von grösster Bedeutung in dieser Angelegenheit ist die Feststellung, dass sich das Vorgehen gegen die Bacchanalien in zwei Phasen abgespielt hat¹⁵. In der ersten Phase wurden die Bacchanten individuell und für tatsächliche Schandtaten und Verbrechen verurteilt und hingerichtet; in der zweiten Phase wurden die Bacchanalien als solche verboten, und es wurde die Beteiligung an Bacchanalien, unabhängig von eventuellen Schandtaten oder Verbrechen, mit dem Tode bestraft. Wenn wir die Worte, die Plinius in seinem Brief an Trajan verwendet, auf die Bacchanalien übertragen, dann wurden in der ersten Phase des Verfahrens die *flagitia*, in der zweiten das *nomen ipsum* bestraft.

Der zweite Senatsbeschluss, der die Bacchanalien allgemein verbot, erwähnt die Gründe, die zu diesem Verbot führten, überhaupt nicht, so dass man aus diesem zweiten Beschluss nicht entnehmen kann, warum die Bacchanalien verboten wurden. Aber die rechtliche Grundlage dieser Massnahme lässt sich aus einem Satz des Livius, den ich schon vorhin zitiert habe, eindeutig erkennen: Der Senat hatte die Konsuln beauftragt, in aller Priorität diejenigen zu bestrafen, die sich mit dem Zweck zusammengeschlossen hätten, Schandtaten und Verbrechen zu begehen (*ante omnia ut quaestio de iis habeatur, qui coierint coniuraverintve, quo stuprum flagitiumve inferretur*). Die Formulierung dieses Satzes lässt keinen Zweifel daran, dass hier Livius den Senatsbeschluss wörtlich zitiert hat und dass hier eine Rechtsbestimmung vorliegt, die gegen eine ganz bestimmte Kategorie von Vereinen gerichtet war, die man auf deutsch ‚kriminelle Vereinigungen‘, auf französisch ‚associations de malfaiteurs‘ bezeichnet. Das Schweizer Strafgesetzbuch enthält einen Artikel (260ter), der dem von Livius zitierten Rechtssatz ziemlich genau entspricht: „Wer sich an einer Organisation beteiligt, die ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung geheimhält und die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern, wer eine solche Organisation in ihrer verbrecherischen Tätigkeit unterstützt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft“.

¹⁴ Liv. 39,18,3–4 : *qui tantum initiati erant et ex carmine sacro praeunte verba sacerdote preces fecerant, in quibus nefanda coniuratio in omne facinus ac libidinem continebatur, nec earum rerum ullam, in quas iureiurando obligati erant, in se aut alios admiserant, eos in vinculis relinquebant; qui stupris aut caedibus violati erant, qui falsis testimoniis, signis adulterinis, subiectione testamentorum, fraudibus aliis contaminati, eos capitali poena adficiebant*.

¹⁵ Es ist das Verdienst von J.-M.- Pailler, a.O. (oben Anm. 13), dies erkannt zu haben.

Der Kommentar zu diesem Artikel zählt die Delikte auf, die als Gewaltverbrechen gelten, es sind: Delikte gegen Leib und Leben, Raub, Erpressung, Freiheitsberaubung und Entführung, Geiselnahme, sowie gemeingefährliche Verbrechen wie Brandstiftung und Sprengstoffdelikte¹⁶. Dem Bericht des Livius zufolge gehörten die Bacchanalien zu dieser Kategorie von Vereinigungen: Der ursprünglich ganz harmlose Kult des Bacchus wurde als Mittel verwendet, sich durch Gewaltverbrechen und Betrug zu bereichern, und dabei nicht nur Leib und Leben einzelner Personen, sondern die gesamte gesellschaftliche Ordnung bedrohte. Ausserdem findet man bei den Bacchanalien die Geheimhaltung der personellen Zusammensetzung, die vom Schweizer Strafgesetzbuch als eines der charakteristischen Merkmale derartiger Vereinigungen gebrandmarkt wird.

Wir können jetzt auf das Problem der Christenverfolgungen zurückkommen. Unbestreitbar und unbestritten steht fest, dass die Christen zuerst nach dem grossen Brand Roms verfolgt und dass sie als Brandstifter hingerichtet wurden. Dass sie unschuldig waren, ist uns allen klar, und es ist so gut wie sicher, dass dieser Brand, wie der grosse Brand von London des Jahres 1666, eine Katastrophe zufälligen Ursprungs gewesen ist. Aber wie es nach dem grossen Brand von London und bei den meisten grossen Bränden der Geschichte geschehen ist, muss die römische Bevölkerung nach Sündenböcken gesucht und die Christen, aus welchem Grund auch immer, für den Brand verantwortlich gemacht haben. Die Tatsache, dass sie unschuldig waren und zu Unrecht hingerichtet wurden, ändert nichts daran, dass sie vom Standpunkt der römischen Staatsgewalt zu den kriminellen Vereinigungen gehörten, die zum Zweck hatten oder zum Zweck missbraucht wurden, ‚gemeingefährliche Verbrechen‘ zu begehen. Und dies muss der Grund gewesen sein, warum sie 250 Jahre nach den Bacchanalien und aus ähnlichen Gründen unter Todesstrafe verboten wurden.

Wir befinden uns also im Bereich des römischen Vereinsrechts, das uns unter anderem aus einem Kapitel der *Digesten* (47,22) relativ gut bekannt ist. Im alten Rom war das Vereinswesen strenger reglementiert als in den heutigen demokratischen Staaten. Grundsätzlich besaßen das Vereinsrecht nur diejenigen Vereinigungen, denen dieses Recht ausdrücklich vom Senat oder vom Kaiser zuerkannt worden war¹⁷. Der *terminus technicus* lautete: *collegia* oder *corpora quibus ex senatus consulto coire licet*. Die Juden zum Beispiel hatten das Vereinsrecht zur Zeit Caesars vom Senat erhalten und behielten dieses Recht bis in die Spätantike. Die Vereinigungen, denen das Vereinsrecht weder vom Senat noch vom Kaiser zuerkannt worden war, waren *illicita*, d. h. ‚unerlaubt‘. *Illicitus* heisst nicht ‚verboten‘, und die *collegia illicita* wurden in der Regel toleriert; aber sie konnten unter Umständen, insbesondere bei Unruhen, aufgelöst werden. Die Auflösung von *collegia illicita* hatte normalerweise keine strafrechtlichen Folgen für ihre Mitglieder, sie konnten sogar ihre an die gemeinsame Kasse bezahlten

¹⁶ Diese Delikte sind von denen zu unterscheiden, die gegen den Staat gerichtet sind und in anderen Artikeln des Strafgesetzbuches behandelt werden (265 und 275ter).

¹⁷ Dig. 47,22,3 (Marcinus) : *Nisi ex senatus auctoritate vel Caesaris collegium vel quodcumque tale corpus coierit, contra senatus consultum et mandata et constitutiones collegium celebrat.*

Beiträge zurückerhalten¹⁸. Strafbar waren nur die Führer, die die Vereinigung zu illegalen Zwecken missbrauchten. Im Jahre 59 n. Chr. zum Beispiel kam es in Pompei bei Gladiatorenkämpfen zu schweren Unruhen, die vielen Menschen das Leben kosteten. Der Senat verordnete die Auflösung der unerlaubten Vereine, bestrafte aber nur die für die Unruhen persönlich Verantwortlichen mit der Verbannung (Tac. *ann.* 14,17). Zur Zeit des Kaisers Tiberius liess der Statthalter von Ägypten Avillius Flaccus die Genossenschaften (*Hetärien*) auflösen, weil sie unter dem Vorwand von Opferungen politische Subversion betrieben; die Mitglieder dieser Genossenschaften wurden aber nur für den Fall bestraft, dass sie dem Befehl der Auflösung nicht gehorchten (Philo, *Flacc.* 1,4). Dasselbe tat unter Trajan ein Statthalter der Provinz Asien mit den aufrührerischen Bäckern von Magnesia am Mäander: Bei der Auflösung ihrer Vereine liess er nur die Anführer bestrafen, bedrohte aber die anderen Mitglieder mit strenger Bestrafung, falls sie seinem Befehl nicht gehorchen sollten (*I. von Magnesia* 114,10–12). Der Vorgang ist immer derselbe: Vereine werden nur dann aufgelöst, wenn sie tatsächlich rechtswidrige Handlungen begangen oder an rechtswidrigen Handlungen mitgewirkt haben; bei der Auflösung werden gegebenenfalls die für die rechtswidrigen Handlungen verantwortlichen Führer bestraft, die übrigen aber nur, wenn sie dem Auflösungsbefehl nicht gehorchen.

In alledem gibt es für die ‚schrankenlose Coercition‘, die ‚allgemeine Polizeigewalt‘, wie sie Mommsen in seinem Aufsatz über den Religionsfrel und im Strafrecht definiert hat, überhaupt keinen Platz. Für das Vereinsrecht waren der Senat und der Kaiser zuständig, und die Senatsbeschlüsse und kaiserlichen Erlasse waren für die Magistraten und die Statthalter verbindlich. Besonders wichtig für unsere Frage ist eine Bestimmung der *Digesten*, welche die Kultgemeinschaften allgemein anerkannte, soweit sie keine Vergehen begingen, die gegen den Senatsbeschluss über die *collegia illicita* verstiessen¹⁹. Ein Magistrat oder Statthalter hatte also nicht die Befugnis, nach freiem Ermessen eine Kultgemeinschaft wie zum Beispiel die der Christen aufzulösen, und erst recht nicht, deren Mitglieder hinrichten zu lassen. Eine Kultgemeinschaft wie zum Beispiel die der Christen konnte ein Magistrat oder Statthalter nur dann verbieten, wenn sie Vergehen begingen, die gegen den Senatsbeschluss über die *collegia illicita* verstiessen, und daher war er verpflichtet, seine Entscheidung rechtlich zu begründen. Und selbst dann stand es ihm nicht frei, die Angehörigen dieser Kultgemeinschaft nach seinem Belieben zu bestrafen: Die vom Senat vorgesehene Massnahme war die Auflösung, und der Statthalter war daran gebunden. Und dies führt uns wiederum zum gleichen Ergebnis: Die Christenverfolgungen und insbesondere das Vorgehen des Plinius gegen die Christen Bithyniens setzen unbedingt ein Spezialgesetz gegen die Christen voraus.

Somit gelangen wir zur Frage, die den eigentlichen Gegenstand meines Beitrages darstellt: Hat die ‚schrankenlose Coercition‘ der römischen Magistraten und

¹⁸ Ibid.: *permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri.*

¹⁹ 47,22,1: *religionis causa coire non prohibentur, dum tamen per hoc non fiat contra senatus consultum, quo illicita collegia arcentur.*

Statthalter, wie sie Mommsen in seinem Aufsatz über den Religionsfrevl und im Strafrecht definiert hat, überhaupt existiert? Um diese Frage zu beantworten, müssen wir auf das *Staatsrecht* zurückgreifen, wo Mommsen seine Auffassung der magistratischen Coercition ziemlich ausführlich darlegt. Im ersten der Magistratur gewidmeten Teil dieses Werkes widmet Mommsen einen Abschnitt der magistratischen Coercition selbst und schreibt dort Folgendes (I³, S. 136f.): „Das Recht und die Pflicht des Beamten, gegen den die Ordnung der Gemeinde verletzenden Bürger einzuschreiten bezeichnen die Römer als *iuris dictio* oder *iudicatio* ... Je nachdem der Beamte auf Anruf des Verletzten oder von sich aus einschreitet, unterscheiden wir die Judication mit Parteien, bei welcher der Staat zwischen dem Kläger und dem Beklagten als Schiedsrichter eintritt, den Civilprozess, und die Judication, bei der der Magistrat von Amtswegen gegen den Schuldigen vorgeht, das Amtsverfahren ... Das Einschreiten des Staats gegen das sittlich-politische Unrecht umfasst gleichmässig die Coercition des Ungehorsamen wie die Judication über den Verbrecher“. Im darauffolgenden Abschnitt über die Criminaljudication schreibt er (I³, S. 162f.): „Die Strafe, welche das Gesetz auf ein Verbrechen oder Vergehen setzt, wird nach dessen Bestimmung entweder dem Verletzten geleistet oder der Gemeinde ... Hier handelt es sich um das zweite Gebiet, in welchem der Staat selbst durch seinen Vertreter die Strafe von dem Schuldigen heischt; diesen Kreis des *ius publicum* nennen wir das Criminalrecht. Vorzugsweise und nothwendig tritt diese Behandlung ein bei den Verbrechen, welche gegen die Gemeinde als solche sich richten, wie zum Beispiel Landesverrath und Desertion. Aber auch von den Delicten, die zunächst gegen den einzelnen Bürger begangen werden, zieht die Gemeinde von jeher sich selber manche zu, wie zum Beispiel schon in dem ältesten uns bekannten Recht Mord und Brandstiftung also behandelt werden ... Wo die Gemeinde selber gegen die Schuldigen einschreitet, tritt das Verfahren ein, das die späteren Römer als magistratische Cognition, die heutigen Juristen als Inquisitionsprozess bezeichnen“.

Was Mommsen hier beschreibt ist uns allen vertraut und durchaus verständlich: Es ist die Befugnis und zugleich die Aufgabe der Staatsgewalt, von sich aus Verbrechen gegen den Staat, gegen die Gesellschaft oder gegen Leib und Leben einzelner Personen zu ahnden. In einem Rechtsstaat darf und muss allerdings die Staatsgewalt nur Handlungen oder Verhaltensweisen bestrafen, die vom Gesetz ausdrücklich und eindeutig als strafbar erklärt worden sind. Dass es Mommsen auch so verstanden hat, geht aus dem ersten Satz des zweiten von mir zitierten Passus des Staatsrechts ganz klar hervor: „Die Strafe, welche das Gesetz auf ein Verbrechen oder Vergehen setzt, wird nach dessen Bestimmung entweder dem Verletzten geleistet oder der Gemeinde“. Tatsächlich sind die Verbrechen, die er als konkrete Beispiele anführt, Landesverrat und Desertion einerseits, Mord und Brandstiftung andererseits, besonders gravierende Delikte, die in jedem organisierten Staat ganz streng bestraft werden. Die magistratische Coercition, wie sie Mommsen im Staatsrecht definiert, entspricht also genau den im Strafrecht moderner Rechtsstaaten vorgesehenen Aufgaben und Pflichten der Staatsgewalt.

Die dritte Auflage des Staatsrechts, die ich hier zitiert habe, ist im Jahre 1887 erschienen; seinen Aufsatz über den Religionsfrevl hat Mommsen 1890, also drei Jahre später veröffentlicht. Was ihn veranlasst hat, in so kurzer Zeit die Criminaljudikation der Magistraten, die er selber der Strafergerichtsbarkeit moderner Staaten gleichsetzt, in ein ‚schrankenloses Willkürregiment‘ umzudeuten, erklärt er nicht. Er begründet diese neue Auffassung weder in seinem Aufsatz noch im Strafrecht; er führt keine Quellen juristischer oder nicht juristischer Natur und auch keine konkreten Beispiele an: Er schreibt, als ob diese Definition der Coercition eine Selbstverständlichkeit wäre, und so ist sie auch in der Forschung seither verstanden worden.

Es ist kein Zufall, dass Mommsen gerade in seinem Aufsatz über den Religionsfrevl eine so radikale und absolute Definition der magistratischen Coercition gegeben hat: Er brauchte sie zur Begründung seiner These, die Christen seien wegen Religionsfrevl verfolgt und bestraft worden. Denn das römische Recht kennt, wie er selbst zugibt (S. 406f.), den Religionsfrevl als strafbares Delikt überhaupt nicht. Mommsen erwägt die Möglichkeit, die Christen seien als *sacri-legi* verurteilt worden, weil sie gelegentlich von ihren Gegnern als solche gebrandmarkt wurden; aber das römische Strafrecht bezeichnet als *sacrilegium* nur und ausschliesslich den Tempelraub. Der von Tacitus und Plinius verwendete Begriff *superstitio* ist eine eindeutig negative Beurteilung des christlichen Glaubens, aber *superstitio* ist als solche kein strafbares Delikt. Auch finden die von Mommsen benutzten Ausdrücke ‚Religionspolizei‘ und ‚religiöse Contravention‘ keine Entsprechung weder im römischen Strafrecht noch in der lateinischen Sprache überhaupt. Deshalb musste Mommsen den Magistraten und Statthaltern die Befugnis einräumen, konkrete und präzise Verbrechen wie den Tempelraub nach freiem Ermessen auszulegen und auf diesem Weg religiöse Überzeugungen als strafbare Delikte aufzufassen.

Aber die radikale und absolute Definition der magistratischen Coercition, die Mommsen in seinem Aufsatz über den Religionsfrevl und im Strafrecht gegeben hat, ist zugleich die logische Konsequenz seiner Auffassung vom römischen Staatsrecht überhaupt. Das Staatsrecht Mommsens ist ein System, das auf dem Postulat beruht, dass das römische Staatswesen vom Königtum ausgegangen sei und dass deshalb die Amtsgewalt der Könige ‚unbeschränkt‘ in dem Sinne, dass sie selbstständig, vom Volke unabhängig und sozusagen in sich selbst ruhend gewesen sei. So schreibt er zum Beispiel im Abschnitt des Staatsrechts über die magistratische Coercition (I³, S. 141): „Die Coercition ist ein wesentlicher Theil, man könnte sagen, der wesentliche Ausdruck der vollen Beamten-gewalt. Vor allen Dingen also hat sie der König und zwar, da er das Imperium in seiner ursprünglichen Vollständigkeit handhabt, rechtlich unbeschränkt. Auch nach der republikanischen Verfassung ist die Coercition in derjenigen Totalität, wie sie nach ihr verfassungsmässig statthaft ist, nothwendiger Bestandtheil des Imperium“. Mit dem letzten Satz dieses Zitats meint Mommsen, dass unter der Republik das Imperium der Magistraten nur und allein durch die Einrichtung der Provokation, d. h. durch das Berufsrecht an das Volk, eingeschränkt worden sei; dieses Provokationsrecht habe aber bis zum 2. Jahrhundert v. Chr. nur in der

Stadt Rom und nur für Bürger männlichen Geschlechts gegolten, während über Frauen und Fremde und bis zum 2. Jahrhundert auch über die Bürger männlichen Geschlechtes ausserhalb Roms die Amtsgewalt der Magistraten weiterhin unbeschränkt geblieben sei.

Wie ich sagte, ist diese Auffassung der römischen Magistratur als der Erbin der ursprünglichen Machtvollkommenheit der Könige der Grundpfeiler, auf dem Mommsen sein ganzes System des Staatsrechts aufgebaut hat, und das Staatsrecht Mommsens ist das Werk, das seit über hundert Jahren der Forschung über die römische Verfassung zugrundeliegt. Dabei scheint aber heutzutage kaum jemand wahrzunehmen, dass Mommsen den Grundpfeiler seines Systems nicht selbst erdacht, sondern bei seinen Vorgängern Niebuhr und vor allem Rubino vorgefunden hat²⁰. Joachim Rubino hat im Jahre 1839 seine Vorstellung über die römische Verfassung in einer Monographie mit dem Titel *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte I: Über den Entwicklungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkt der Republik* dargelegt. Das ganze Werk hat den Zweck nachzuweisen, dass das römische Königtum erblich gewesen sei und dass diese Erblichkeit in der republikanischen Zeit in der Weise fortgelebt habe, dass die Magistraten von ihren Vorgängern gewählt worden seien und von ihnen ihre Amtsgewalt erhalten hätten. Für Rubino war die Monarchie, ich zitiere, eine „auf ihrer eigenen Grundlage beruhende königliche Gewalt“ (S. 110f.), sie war „die Quelle alles Rechts“ (S. 121, Hervorhebung von Rubino). Für Rubino ist also das römische Königtum eine absolute Monarchie gewesen, und so habe auch die Magistratur der republikanischen Zeit als Erbin der Monarchie eine grundsätzlich absolute Allgewalt besessen (S. 127). Es ist mit anderen Worten genau die These, die Mommsen in seinem Staatsrecht vertritt.

Rubino macht kein Hehl daraus, dass es ihm vor allem darum ging, die Erbmonarchien von Gottes Gnaden gegen die Ansprüche des Adels und gegen die republikanischen Bewegungen seiner eigenen Zeit zu verteidigen. Was ihn an der römischen Verfassung interessierte, war, dass sie nach seiner Auffassung durch und durch vom monarchischen Prinzip geprägt war. „Das römische Volk“, schreibt er in seiner Einleitung (S. 7), „entstand demnach unter der Herrschaft dieses Begriffes; daher musste das Königthum nothwendig der lebendige Mittelpunkt seines Daseyns, der Ausgangspunkt für alle seine öffentlichen Einrichtungen werden“. Zu diesem Zweck hat er aber die Grundsätze der römischen Verfassung, wie wir sie aus den Quellen kennen, geradezu auf den Kopf gestellt²¹. Rubino behauptet, und dies ist sein Hauptargument, dass die republikanischen Magistra-

²⁰ Eine rühmliche Ausnahme ist A. Heuss, der in seiner vorzüglichen Monographie *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert* (Kiel 1956), S. 50 f. und vor allem in seiner sehr wichtigen Abhandlung *Gedanken und Vermutungen zur frühen römischen Regierungsgewalt*, Nachr. Akad. Göttingen 1983, S. 425 ff. = *Ges. Schr.* II (Stuttgart 1995), S. 956ff., den Einfluss Rubinis auf Mommsen mit Nachdruck betont hat.

²¹ Das hatte schon zu Lebzeiten Rubinis Wilhelm Adolph Becker in seinem seinerzeit hoch angesehenen *Handbuch der römischen Alterthümer* II,1 (Leipzig 1844), S. 295 Anm. 2 ganz entschieden Rubino vorgeworfen. Eine ausführliche und vernichtende Kritik an Rubino hat auch A. Heuss, *Gedanken und Vermutungen* (oben Anm. 21) geübt.

ten ihre Amtsgewalt von der Monarchie geerbt hätten: In Wirklichkeit ist sich die antike Überlieferung darüber einig, dass die ersten Konsuln ihre Amtsgewalt vom Volk erhielten²². Er behauptet, dass Jahr für Jahr die republikanischen Magistraten ihre Amtsgewalt, d. h. die Auspizien und das Imperium, von ihren Vorgängern erhalten hätten: In Wirklichkeit ist sich die antike Überlieferung darüber einig, dass sie die Auspizien und das Imperium von den Komizien erhielten. Er behauptet, dass das Volk nur die Befugnis gehabt habe, die Vorwahl des wahlleitenden Magistraten zu bestätigen: In Wirklichkeit gab es in der Regel mehr Kandidaten als zu bestellende Ämter, und das Volk wählte, wen es wollte, auch Nicht-Kandidaten und auch gegen den Willen des wahlleitenden Magistraten²³. Für Rubino waren die Gesetze ein „Versprechen“ des Volkes, den Magistraten zu gehorchen (S. 355): In Wirklichkeit waren die Gesetze genau umgekehrt Befehle des Volkes, wie die einleitende Formel *velitis iubeatis, Quirites* ganz eindeutig zu erkennen gibt²⁴, und die Magistraten mussten sich eidlich verpflichten, wie wir schon gesehen haben, die Gesetze des römischen Volkes zu befolgen. In der uns bekannten römischen Verfassung ist nicht die Monarchie, sondern die Volkssouveränität „der lebendige Mittelpunkt des Daseins des römischen Volkes“.

Der antiken Überlieferung zufolge soll die Volkssouveränität so alt sein, wie der römische Staat selbst; der antiken Überlieferung zufolge sollen nämlich alle Könige mit Ausnahme des Stadtgründers Romulus vom Volk auf Vorschlag der Patrizier ernannt worden sein; dieser Überlieferung zufolge soll schliesslich die Provokation schon zur Zeit der Könige existiert haben. Für Rubino ist aber diese ursprüngliche Volkssouveränität eine anachronistische Übertragung demokratischer Vorstellungen der späten Republik auf ältere Zeiten, so dass wir berechtigt seien, „den Überlieferungen im entgegenetzten Sinne unsere volle Aufmerksamkeit zuzuwenden“ (S. 107f.).

Diese kritische Haltung Rubinos der antiken Überlieferung gegenüber ist insofern berechtigt, als die Römer über ihre frühe Geschichte sehr wenig wussten und ihres Unwissens durchaus bewusst waren. Aber sie wussten doch mehr, als man gemeinhin glaubt, und sie verfügten über Quellen, die für uns zum grossen Teil verloren sind. Und dies gilt ganz besonders für die Entstehung und die frühe Entwicklung ihres Staatswesens, worüber sie im Zwölftafelgesetz und in den Büchern der Pontifices und der Auguren sehr wertvolle Auskünfte finden konnten. Jeder kennt das Zwölftafelgesetz, kaum jemand scheint hingegen die Bedeutung der Bücher der Pontifices und vor allem der Auguren wahrzunehmen. Während die Pontifices für das Sacralrecht zuständig waren, waren die Auguren

²² Vgl. vor allem Dig. 1,2,2,16: *exactis deinde regibus consules constituti sunt duo: penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est.*

²³ Vgl. meinen Aufsatz *Magistratur und Volk*, in: W. Eder (Hrsg.), *Staat und Staatlichkeit in der frühen römischen Republik* (Stuttgart 1990), S. 406–436, wo ich die 26 Fälle, die uns über die Rolle des wahlleitenden Magistraten Auskunft geben, zusammengestellt und kommentiert habe (S. 419–425).

²⁴ Vgl. für die Belege meinen Aufsatz, *Magistratur und Volk* (oben Anm. 23), S. 406.

für die Beachtung der bestehenden Verfassung verantwortlich²⁵; sie überwachten das ganze politische Leben des römischen Staates, die Volksbeschlüsse, die Gesetzgebung, die Wahlen, die Senatsbeschlüsse, die Kriegsführung usw. Sie mussten z. B. darauf achten, dass die Volksversammlung mindestens einen Monat im voraus einberufen werde, ebenso die Wählbarkeit der Kandidaten kontrollieren u.a.m. Ohne die Zustimmung der Auguren konnte keine Änderung der Verfassung und keine Abweichung von den geltenden Regeln vorgenommen werden. Die Beschlüsse der Auguren wurden, wie die Beschlüsse der Pontifices, in Bücher eingetragen, die *commentarii* genannt wurden, so dass die Bücher der Auguren sozusagen die Verfassungsgeschichte Roms enthielten.

Es trifft sich nun, dass die Volkssouveränität, die uns hier beschäftigt, sowohl im Zwölftafelgesetz wie auch in den Büchern der Pontifices und der Auguren verankert war. Das Zwölftafelgesetz schrieb vor, dass alles, was das Volk letztlich beschlossen habe, für alle massgebend und verbindlich sein sollte (Liv. 7,17,12: *quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque [esto]*). Dass die Provokation an das Volk schon zur Zeit der Könige existiert habe, entnahm Cicero den Pontifical- und Auguralbüchern (*rep.* 2,31,54). Das Pontificalrecht bestimmte, dass es unzulässig sei, ohne die Zustimmung des römischen Volkes (*iniussu populi Romani*) Monumente auf dem öffentlichen Gelände zu stiften (Cic. *dom.* 53,136). Das Auguralrecht bestimmte unter anderem die Befugnisse der Zenturiat- bzw. der Tributkomizien. Dem Zwölftafelgesetz und den Priesterbüchern zufolge waren also nicht die Monarchie und die Magistratur, wie Rubino behauptete, sondern die Volkssouveränität der ‚lebendige Mittelpunkt‘ des römischen Volkes. Heute würde man sagen: „Alle Gewalt geht vom Volke aus“.

Niemand zweifelt daran, dass das Kollegium der Auguren, wie das Kollegium der Pontifices, so alt ist wie der römische Staat selbst. Es ist ebenfalls anerkannt und unbestritten, dass diese beiden Kollegien grundsätzlich konservativ waren: Ihre Mitglieder waren alle Angehörige der vornehmsten Familien, sie wurden von ihren Kollegen kooptiert und blieben lebenslang im Amt. Unter diesen Umständen ist es ganz ausgeschlossen, dass die Volkssouveränität eine „anachronistische Übertragung demokratischer Vorstellungen der späten Republik auf ältere Zeiten“ gewesen ist, wie es Rubino behauptete. Aus dem Zwölftafelgesetz und den Priesterbüchern dürfen wir den Schluss ziehen, dass die Volkssouveränität so alt ist wie der römische Staat selbst, und es lässt sich kein einziges Argument für das Gegenteil anführen.

Mommsen wusste selbstverständlich, dass der antiken Überlieferung zufolge die Könige vom Volk und nicht von ihrem Vorgänger gewählt wurden; er wusste selbstverständlich, dass in historischer Zeit die Magistraten vom Volk gewählt wurden und von ihm ihre Amtsgewalt erhielten. Dennoch hat er die Theorie Rubinos über die ‚Erblichkeit‘ der römischen Amtsgewalt übernommen, ohne

²⁵ Über die Auguren und das Auguralrecht, s. meine Aufsätze ‚Il passaggio dalle istituzioni monarchiche alle istituzioni repubblicane‘, in: *Bilancio critico su Roma arcaica fra monarchia e Repubblica*. Atti dei Convegni lincei 100 (Roma 1993), S. 75–96 und ‚Les livres auguraux‘, in: *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine*. Collection de l'École française de Rome 243 (Rome 1998), S. 103–122.

sich mit ihr auseinanderzusetzen und ohne seine Entscheidung mit irgendwelchen Argumenten zu begründen: Für ihn war offensichtlich die ‚Erblichkeit‘ der römischen Amtsgewalt eine Selbstverständlichkeit, die keines Beweises bedurfte. Was ihn veranlasste, die Theorie Rubinós so kritiklos zu übernehmen, ist schwer zu erklären, und ich möchte hier auf diese heikle Frage nicht eingehen. Hauptsache ist, dass das ‚schränkenlose Willkürregiment‘ der römischen Magistratur, das angeblich eine Erbschaft der Monarchie gewesen sein soll, nichts anderes ist als eine Theorie, die auf keiner wissenschaftlichen Erkenntnis beruht, sondern nur und allein den politischen Überzeugungen und Vorurteilen Rubinós zuzuschreiben ist. Diese Theorie steht in totalem Widerspruch zu allem, was wir von der römischen Verfassung der historischen Zeit kennen, und sie muss deshalb ganz entschieden zurückgewiesen werden. Was die Rechtsprechung betrifft, können wir den römischen Staat ohne Einschränkung als einen Rechtsstaat im modernen Sinne des Wortes betrachten.

Nachtrag

Nach dem Abschluss meines Manuskriptes haben mich weitere Untersuchungen über die Entstehungsgeschichte des *Staatsrechts* zur Entdeckung geführt, dass die Vorstellung des römischen Königtums als einer absoluten, selbständigen und schrankenlosen Herrschaft viel älter ist, als ich dachte: sie geht auf Nicolò Machiavelli und die italienischen Gelehrten des 16. Jahrhunderts Paulus Manutius und Carolus Sigonius zurück. Es ist bezeugt, dass Mommsen das Werk von Sigonius stets auf seinem Schreibtisch zu Hand hatte, und es liegt daher die Vermutung nahe, dass er von diesem Gelehrten ebenfalls stark beeinflusst wurde. Vgl. meinen Beitrag ‚Die wissenschaftlichen Vorläufer von Mommsens Staatsrecht‘ am Berliner Symposium über Theodor Mommsen vom 6.–8. November 2003 (Publikation in Vorbereitung).