

# DIE ERFINDUNG DER ZUKUNFT

Eine Schöpfung ohne Schöpfer: Mit dem Aufkommen des Konsensualvertrages änderte sich die Welt der Antike. Marie Theres Fögen ist solchen Rätseln der römischen Rechtsgeschichte auf der Spur – mit ungewöhnlichen Mitteln. Von David Werner

Im Laufe des zweiten Jahrhunderts v. Chr. vollzog sich im römischen Rechtswesen ein bedeutungsvoller Wandel. Von den damaligen Zeitgenossen nahezu unbemerkt entstand eine neue Rechtsfigur: der Konsensualvertrag. Zwei oder mehr Personen treffen eine Übereinkunft – in der Erwartung, bei Nichteinhalten durch die eine Partei diese vor einer Rechtsinstanz einklagen zu können.

Das klingt zunächst völlig unspektakulär. Und doch zeitigte die «Erfindung» des Vertrages gewaltige Folgen für das Recht und damit für die gesamte Gesellschaft – bis heute. Eine regelrechte Möglichkeits-Explosion fand statt: Man konnte auf einmal Dinge tun, die uns heute völlig selbstverständlich erscheinen, vor der Verbreitung des Konsensualvertrages aber undenkbar gewesen wären. Man konnte Wirtschaftsbetriebe mit ruhigem Gewissen in Pacht geben, Arbeitsverhältnisse auf Dauer festlegen, konnte zeit- und ortsungebundenen Handel treiben; man hatte auf einmal eine gewisse Sicherheit bei der Wohnraummiete, und man konnte davon ausgehen, dass Schäden ersetzt und Schuldzinsen auch beglichen würden. Kurzum: Die Möglichkeiten, die Zukunft zu planen, weiteten sich enorm aus.

## AUS DEM NICHTS ENTSTANDEN

Das Erstaunliche dabei war: Der Konsensualvertrag entstand wie aus dem Nichts. Nichts war da, was ihn vorbereitet oder auch nur angekündigt hätte. Von «Entwicklung» im Sinne eines organischen Wachstums- und Reifeprozesses kann keine Rede sein. Mit dem Auftauchen des Konsensualvertrages macht das Recht vielmehr einen Sprung. Dieser Sprung ist ideengeschichtlich nicht zu erklären: Es gibt keinen genialen Kopf, keinen Juristen, keinen Politiker, der ihn erfunden hätte. Er war irgendwann da, als habe er sich selbst in die Welt gesetzt.

Diesem und anderen Rätseln der römischen Rechtsgeschichte ist Marie Theres Fögen, Professorin für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich, auf der Spur. Sie bedient sich dabei einer Sichtweise, die für ihr Fachgebiet ungewöhnlich ist: Sie betrachtet Rechtsgeschichte als evolutionären Prozess, als einen Prozess, der von keinem zentralen Ort aus gesteuert wird, der keinem verborgenen Ziel entgegenstrebt, der überhaupt keinerlei Idee und/oder Absicht verfolgt; als einen Prozess, der nicht auf linear-kausaler Entwicklung, sondern auf einer unkontrollierbaren Eigendynamik beruht, die sich immer erst im Nachhinein beobachten lässt und die immer auch anderswo hätte hinführen können.

Evolution ist ein Wandlungsvorgang, der allein durch die selektive Nutzung von spontan sich ergebenden Möglichkeiten, durch Einspeisung bestimmter kommunikativer Zufallsergebnisse ins soziale Gedächtnis angetrieben wird. Variation, Selektion und Restabilisierung – in diesem ständig sich wiederholenden Dreischritt vollzieht sich die Evolution sozialer Systeme, sagt der Soziologe Niklas Luhmann. Und Luhmanns System- und Evolutionstheorie ist es denn auch, die Fögen als Grundlage ihrer faszinierenden rechtshistorischen Denkexperimente gewählt hat.

«Ich lese schon seit dreissig Jahren Luhmann. Das hat mir immer wieder kleine Kicks vermittelt», sagt Fögen, «ich hätte es aber nie gewagt, ein Forschungsprojekt ganz auf Systemtheorie auszurichten.» Doch dann, im September 1999 – Fögen hatte gerade ihren einjährigen Aufenthalt am Wissenschaftskolleg zu Berlin begonnen – nahm die Neugier Überhand: «Was passiert, wenn ich das rechtshistorische Wissen, das mir in den letzten dreissig Jahren antrainiert worden ist, unter den Prämissen der Evolutionstheorie sichte?», wollte sie wissen.



*Justitia in neuem Licht: Die Systemtheorie von Niklas*



*Luhmann macht unerwartete Einblicke in die Rechtsgeschichte möglich.*

Fögens Buch «Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems» (2002) war das erste Resultat dieser selbstgestellten Aufgabe. Es markiert den Anfang eines Forschungsprojektes, das inzwischen immer weitere Kreise zieht. Fögen ist überzeugt: «Ohne die Initialzündung durch das Kolleg, ohne diese belebenden Diskussionen über die Fachgrenzen hinweg, wäre das Buch so nie entstanden.»

Vorbehalte gegenüber der Systemtheorie – ja, auch die kennt sie inzwischen. Gerade unter Rechtshistorikern, überhaupt unter Historikern sei die Skepsis sehr gross. «Dabei ist Evolutionstheorie doch reine Geschichtstheorie! Aber viele denken eben, sie sei ein Angriff auf die abendländische Kultur.» Fögen pflegt dagegen schlicht einzuwenden: Warum nicht mal was Neues ausprobieren? «Ich bin ja nicht dazu da, zu beweisen, wie Recht Luhmann hat. Ich benutze seine Theorie einfach, versuche, sie fruchtbar zu machen. Falsifizieren oder verifizieren kann man Theorien dieses Kalibers sowieso nicht. Theorien erlauben, wenn man Glück hat, einmal alles ganz anders zu betrachten.» Fögens Motto: «Ich sehe was, was du nicht siehst.»

#### WENN WEINSTÖCKE BÄUME SIND

Was sieht Fögen in Bezug auf die Entstehung des Konsensualvertrages? Zunächst einmal stellte sie die Fragen um – von der Kausalität auf Kontingenz, vom Ursprung auf Emergenz: Nicht Ursachen werden in der Evolutionstheorie erfragt, sondern die Bedingungen der Möglichkeit, die gegeben sein mussten, damit aus der zufallsbedingten Rekombination bestehender Elemente etwas Neues entstehen konnte.

Und so sah das althergebrachte römische Recht bis ins dritte vorchristliche Jahrhundert aus: Es war gekennzeichnet durch einen strengen Formalismus und extreme Ritualisierung. Ohne die richtige Formel («*legis actio*», wie die Römer sagten) zur richtigen Zeit am vorgegebenen Ort, verbunden mit der richtig durchgeführten rituellen Handlung, ging gar nichts. Spruchformeln und Kalender, die über die Gerichtstage Aufschluss gaben, wurden im Tempel aufbewahrt, und nur Priester hatten Zugriff darauf. Der Bereich dessen, was überhaupt zum

Rechtsfall werden konnte, war entsprechend eng gezogen – so eng, wie man sich das heute, wo Gesetze praktisch jeden Lebensbereich erfassen, kaum mehr vorstellen kann: Das Fällen fremder Bäume zum Beispiel konnte eingeklagt werden, dafür gab es eine Rechtsformel; für das Abschneiden fremder Weinstöcke gab es eine solche Formel nicht. Weinstöcke waren dem Recht egal; sie existierten für das Recht nicht.

Wer das nicht wusste und seinen geschädigten Weinstock vor Gericht nicht als Baum bezeichnete, hatte keine Chance, überhaupt erhört zu werden. Rigid wurde durch Formeln der Kreis dessen, wofür Recht zuständig war, eingegrenzt. Das in seinen Ressourcen noch sehr schwache Rechtssystem schützte sich auf diese Weise davor, überrannt, mit Rechtsgesuchen überhäuft und damit überfordert zu werden. Das Recht wurde immunisiert gegen allzu viele Umwelteinwirkungen – und konnte dafür in geschütztem Rahmen eine grosse Autonomie, Autorität und Stabilität entwickeln.

Lange Zeit kamen die Römer mit diesem Rechtssystem zurande. Dann, um 300 v.Chr., nach eineinhalb Jahrhunderten behäbigen Gleichschrittes, wurde Rom auf einmal von Dynamik erfasst: Münzgeld wurde eingeführt, Süditalien erobert, Strassen gebaut; Handel und Herrschaft expandierten, das Staatsgefüge wurde komplexer und unübersichtlicher. Und auch ins Recht kam Bewegung. Unter anderem wurden die erwähnten Konsensualverträge zum Mittel der Rechtsgestaltung. Man wurde unabhängiger vom starren Formelapparat des Gerichtes – und konnte sich zugleich in einem erweiterten Umkreis sicherer fühlen, da viel mehr Lebensbereiche in Genuss von Rechtsgarantien kamen. Das Recht wurde variabler, ohne an Stabilität und Autorität einzubüssen.

#### DIFFUSE ERKLÄRUNGEN

Wie konnte es dazu kommen? Sozialgeschichtler würden wohl sagen: Die Änderungen fanden unter Einfluss eines allgemeinen sozialen Wandels statt. Fögen sind solche Erklärungen jedoch zu diffus: «Wer das Recht systemtheoretisch betrachtet, der hat ein Auge für die grosse Autonomie, die grosse Selbstbezüglichkeit, die in Rom das Rechtssystem schon früh hatte. Angesichts dessen verbietet sich eine rein kau-

sallogische Erklärung nach dem Schema: weil die Umwelt des Rechts – also die Gesamtgesellschaft – sich verändert, verändert sich auch das Recht. Das Verhältnis von Fremd- und Selbstbestimmung des Rechts ist in system- und evolutionstheoretischer Sicht viel schwieriger, aber dafür auch viel präziser zu fassen als in sozialhistorischer Perspektive.»

Die Schwierigkeit stellt sich wie folgt: Wie hat man sich eine «Anpassung» des Rechts an die übrige Gesellschaft vorzustellen, wenn doch das Recht seine Umwelt ohnehin nur durch die «eigene Brille», das heisst nach Massgabe der eigenen Relevanzkriterien wahrnimmt? Wie konnte im Speziellen dieses althergebrachte römische Recht, das sich ja in ganz besonderem Masse gegen zu viel Ausseneinflüsse abschottete, indem es nur Dinge an sich herantreten liess, die der eigenen Struktur kompatibel waren – wie konnte ein solch hermetisch in sich selbst ruhendes, ganz auf Struktur erhalten ausgerichtetes, in seiner Evolution blockiertes Recht sich an eine Umwelt anpassen, die es ja unmittelbar gar nicht wahrnahm – nicht wahrnehmen durfte?

#### RECHT WIRD SCHLÜSSEL ZUM ERFOLG

Das Recht wurde keiner «Strukturreform» unterworfen. Niemand plante, niemand sah voraus, was kommen würde. Der evolutionäre Sprung kam – aus der Sicht des Rechtes – durch Zufall: Der Schreiber und Archivar Gnaeus Flavius, heisst es in der römischen Rechtsgeschichtsschreibung, plünderte das Priesterarchiv, durchbrach die Geheimhaltung, brachte Kalender und Rechtsformeln unters Volk. Er wollte am Formelbestand des Rechtes nichts ändern, er wollte ihn nur für alle einsehbar machen und den Plebejern ermöglichen, an den Segnungen des Rechts teilzuhaben.

Doch, was dann geschah, ging weit über alles hinaus, was Gnaeus – was irgendwer sich damals hätte ausmalen können: Durch seine Veröffentlichung wurde das Recht diskutabel. Plötzlich konnte die Allgemeinheit überblicken, wofür Formeln bestanden und wofür nicht. Formeln erwiesen sich als anpassungs-, veränderungs- und vor allem interpretationsbedürftig. Es wurde notwendig, über Recht zu debattieren. Juristisches Know-how wurde zum Bestandteil der Allgemeinbildung, wurde zu

## WENN MILCH KRANK MACHT

einem Schlüssel des Erfolges. Ansprüche ans Recht konnten von immer mehr Leuten rechtskonform formuliert werden, der Formelkanon wurde erweitert, es wurden neue, flexiblere Formeln geschaffen – bald auch Formeln für den erwähnten Konsensualvertrag. Die Formeln, so drückt es Fögen aus, «lernten laufen».

### DYNAMIK DURCH STRUKTURERHALT

Die interessante Pointe dieses rechtsgeschichtlichen Vorgangs liegt für Fögen darin, dass gerade das starre, archaische, ganz auf Strukturert halt eingerichtete Instrument der Spruchformel zum Vehikel einer neuartigen, flexiblen Rechtsfigur wurde. Niemand dachte daran, die Form der Formel zu eliminieren – sie war und blieb eine Garantin für Autorität und Durchsetzungsfähigkeit des Rechtes. Unter dem Schutz der Priesteraufsicht war ihr so viel an Stabilität und Autorität zugewachsen, dass sie unter veränderten Umständen, die das Rechtssystem ungleich stärkeren Belastungen aussetzten, eine ungeahnte Variabilität von Rechtsinhalten in sich aufnehmen konnte.

Die Bedingung der Möglichkeit des evolutionären Sprungs, den das römische Rechtssystem im 3. Jahrhundert vor Christus vollzog, ist also just in jenem Bollwerk zu suchen, welches die Hüter des Rechts errichtet hatten, um Veränderungen möglichst zu unterbinden – dem strikten, höchst selektiven Formelkanon. Stabilität als Voraussetzung von Variabilität: Das Beispiel zeigt, welche faszinierende Wendungen Rechtsgeschichte vollzieht, beobachtet man sie einmal evolutionstheoretisch. Sie sei, sagt Fögen, noch auf einige Überraschungen dieser Art gespannt.

**KONTAKT** Prof. Dr. Marie Theres Fögen, Rechtswissenschaftliches Institut der Universität Zürich  
 lst.foegen@rwi.unizh.ch

**ZUSAMMENARBEIT** Netzwerk u. a. Universitäten Luzern, Freiburg/CH, Dresden, Frankfurt am Main

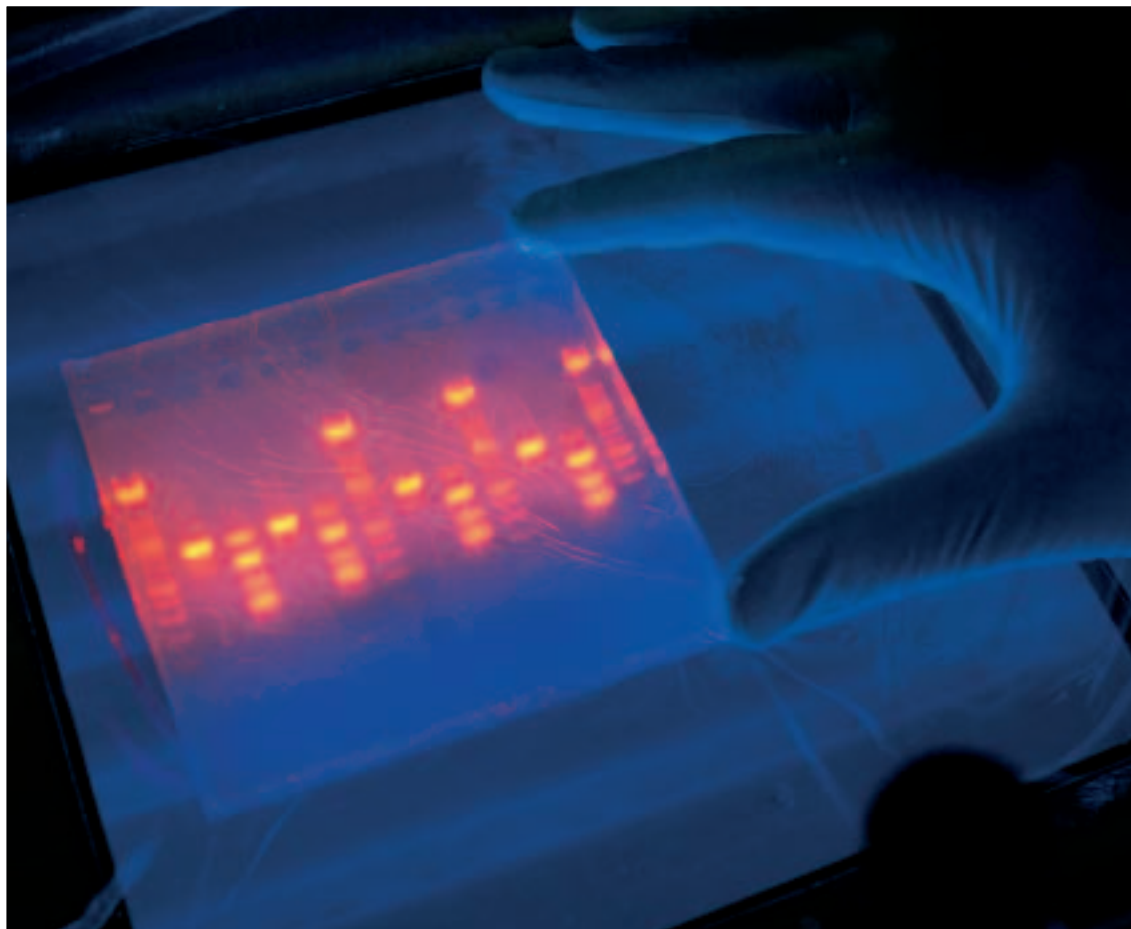
**FINANZIERUNG** Universität Zürich; Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main

Ein Bazillus, der vor allem in der Milch zu finden ist, könnte für die Darmkrankheit Morbus Crohn verantwortlich sein. Forscher am Institut für Lebensmittelsicherheit und -hygiene sind dem Erreger auf der Spur. Von Helga Kessler

Ist die Sicherheit von Lebensmitteln bedroht, schalten bei Roger Stephan die Alarmlampen auf Orange. Stephan und sein Team vom Institut für Lebensmittelsicherheit und -hygiene sind auf der Suche nach Erregern, die über tierische Produkte zum Menschen gelangen können. Seine primäre Aufgabe ist es, mögliche Gefahren zu erkennen, Probleme zu identifizieren und Lösungen zu entwickeln.

Ein solcher, möglicherweise für den Menschen gefährlicher Erreger könnte Mycobacterium

paratuberculosis sein. Der Bazillus löst bei Rindern, Schafen und Ziegen eine chronische Darmentzündung aus. Die erkrankten Tiere leiden unter ständigem Durchfall, sie magern massiv ab und trocknen aus. «Für das Tier ist das ein Todesurteil», sagt Stephan. Schon seit mehr als 90 Jahren kennt man auch beim Menschen eine chronisch verlaufende entzündliche Erkrankung des Darms, den Morbus Crohn, der möglicherweise ebenfalls durch Mycobacterium paratuberculosis verursacht wird.



*Wie verseucht ist unsere Milch? Lebensmittelanalysen geben darüber Aufschluss.*