



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER LEHRE

Prof. Dr. Cosima Möller

Römisches Recht als Gegenstand universitärer Lehre

ZIVILRECHT

Jakob Wirnsberger

Mindestlohn für Bereitschaftszeiten entsandter
Pflegekräfte in der häuslichen 24-Stunden-Betreuung

ÖFFENTLICHES RECHT

Alexander Lübke

Die Gemeinnützigkeit von Sport, Schach und E-Sport

August Kleinlein

Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der
Presse gegenüber Behörden

STRAFRECHT

Nina Granel

Zum Erfordernis eines „neuen § 217 StGB“

Oliver Kliemt

„Murder Degrees“ vs. „Mordmerkmale“ –
Ein kritischer Vergleich der Systematik der
Tötungsdelikte in den USA und Deutschland

4. Jahrgang · Seiten 1–84

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 1/2023

Prof. Dr. Cosima Möller*

Römisches Recht als Gegenstand universitärer Lehre

Das Römische Recht ist am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin im 1. Semester für alle verpflichtend und wird in Kombination mit der Deutschen und Europäischen Rechtsgeschichte in einer Klausur geprüft. Einen Überblick über Inhalte und Konzept von Vorlesung und Übung bieten die Teile B. und C. Eine Mischung aus historischer und systematischer Darstellung prägt alle drei Teile der Vorlesung, die Verfassungsgeschichte, das Privatrecht und die Rezeptionsgeschichte. Die Orientierung an Quellen wird durch lateinisch-deutsch präsentierte Auszüge verdeutlicht. Der Fortführung und Vertiefung im Schwerpunktbereich ist Teil D. exemplarisch anhand von Vertrags- und Deliktsrecht gewidmet. Nach einem Ausblick auf Seminare, die mit dem Schwerpunktbereichsstudium kombiniert, aber auch in der Rubrik Lust und Luxus ins Studium integriert werden können, wird die aktuelle Bedeutung des römischen Rechts herausgestellt.

Inhaltsübersicht

A. Einführung	4
B. Grundzüge des römischen Rechts	6
I. Elemente römischer Verfassungen und die Rolle des Rechts	6
1. Das Lob der Republik	6
2. Protorömische Agrarsiedlungen und die Königszeit	6
3. Die Zenturiatkomitien und die Position der Plebejer nach Gründung der Republik	7
4. Das Zwölftafelgesetz	7
5. Rechtsquellen der Republik	8
6. Fortbildung des Rechts durch Juristen – von der Auslegung der Gesetze zur Gestaltung des Rechts in der vorklassischen und in der klassischen Jurisprudenz	8
7. Augustus, die Einführung des <i>ius respondendi</i> und die Rechtsschulen	10
II. Einblicke in das römische Privatrecht – nach dem Institutionensystem	11
1. Das Institutionensystem	11
2. Die Sprache als Medium der Verständigung und Spuren davon im klassischen Recht	12
3. Bemerkungen zum Prozessrecht – <i>actio</i>	13
C. Einige Aspekte der Wirkungsgeschichte des römischen Rechts	13
D. Der Nutzen erworbener Kenntnisse für das Verständnis von Quellen – Vertiefung im Schwerpunkt	13
I. Allgemeines	13
II. Zur Kauf-Tausch-Kontroverse	13
III. Deliktischer Ersatz nach der <i>lex Aquilia</i>	14

1. Ein gekapptes Ankertau und zerschnittene Fischernetze im römischen Recht	14
2. Der Rechtsgedanke im BGB und eine Entscheidung des Reichsgerichts zum Telegraphenkabel nach Helgoland	16
3. Mittelbare Schädigungen und die Frage der Haftung bei Gefahrensituationen	16
E. Vertiefung im Seminar	17
F. Römisches Recht im Jahr 2023	17

A. Einführung

Bei der Immatrikulationsfeier wundern sich viele Studierende, wenn das römische Recht als ein Gegenstand des Jurastudiums vorgestellt wird. Die Kenntnis von der **großen Bedeutung dieses antiken Erbes für unsere Rechtsordnung** zählt nicht zum Allgemeinwissen. Selbst diejenigen, die in der Schule Latein gelernt haben, sind darüber keineswegs immer orientiert. Besonders deutlich ist das Nachwirken des römischen Rechts im Bürgerlichen Recht. Die Information, dass bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1.1.1900 für etwa ein Drittel der Bevölkerung des Deutschen Kaiserreiches das römische Recht geltendes Recht war, weckt die Neugier für die historische Entwicklung und für die Gründe dieses Faktums. Was charakterisiert dieses noch im 19. Jh. geltende Recht? Ist es eine Momentaufnahme des im römischen Reich, dem *imperium Romanum*, geltenden Rechts? Konnte man auf ein Gesetz Bezug nehmen? Wenn es so war, warum spielte dieses Gesetz im 19. Jh. noch eine Rolle? Und war dieses Phänomen auf Deutschland begrenzt?

Auf der Suche nach einer Antwort auf diese Fragen sind erste Klärungen erforderlich, bevor in einer Mischung aus historischem Abriss und systematischer Darstellung Elemente des römischen Verfassungsrechts, des römischen Privatrechts und der Tradierung des römischen Rechts über die Antike hinaus beschrieben werden. Eine Vertiefung zu Themen des Vertragsrechts und des Deliktsrechts folgt, bei der die zuvor vermittelten Kenntnisse zu einer differenzierteren Interpretation von Quellen genutzt und in der Entwicklung zum heutigen Zivilrecht fruchtbar gemacht werden sollen. Ein Hinweis auf Seminarthemen schließt sich an, bevor abschließend einige Überlegungen zum römischen Recht im Jahr 2023 angestellt werden.

Zunächst gilt es, einen Eindruck von der **Quellengrundlage** für das römische Recht zu vermitteln. Quellen des römischen Rechts begegnen uns in Urkunden, wie zum Beispiel Darlehensurkunden, die in Pompeji nach dem Ausbruch des Vesuvs 79 n. Chr. erhalten geblieben und im

20. Jh. gefunden worden sind,¹ oder Arbeitsverträgen auf Wachstafeln, die in einem Bergwerk im heutigen Rumänien, der römischen Provinz Dakien, gefunden wurden,² oder in Inschriften an Gebäuden oder auf Metalltafeln, wie zum Beispiel einer städtischen Verfassung aus der Provinz Baetica in Südspanien, der *lex Irnitana*,³ oder der Regelung für eine Wassergemeinschaft in Nordspanien, in der Provinz Tarraconensis, der *lex rivi Hiberiensis*.⁴ Insbesondere aber sind es die von römischen Juristen stammenden Texte, die in eine Sammlung aufgenommen worden sind, die der oströmische Kaiser Justinian in den Jahren 529–534 n. Chr. durch eine Kommission hat anfertigen lassen.⁵ Aus einer großen Menge überlieferter Juristenschriften wurden Fragmente, Teilstücke, ausgewählt und in einer neuen Ordnung in den **Digesten** zusammengefasst. Das Werk wurde in griechischer Sprache als Pandekten bezeichnet. Die ausgewerteten Schriften waren in der Zeit von 150 v. Chr. bis etwa 250 n. Chr. geschrieben worden. Die Autoren waren römische Juristen, die aus verschiedenen Orten der römischen Welt stammten. Sie kamen zur Zeit der Republik aus Rom oder Italien, später aber auch aus dem heutigen Libanon, der römischen Provinz Syrien, oder aus dem heutigen Tunesien, der Provinz Africa.⁶ **Ulpian**, der aus Tyros in der Provinz Syrien stammte, schrieb die meisten seiner Werke in den 210er Jahren des 3. Jhs. n. Chr. Ein Drittel der in die Digesten aufgenommenen Texte stammt aus seinen Schriften. Aus Hadrumetum in der Provinz Africa stammte der Jurist **Julian**, Schuloberhaupt der sabinianischen Rechtsschule in der Mitte des 2. Jhs. n. Chr. Er war schon in jungen Jahren von Kaiser Hadrian mit der Aufgabe betraut worden, das Edikt, die Liste mit Rechtsschutzverheißungen des Prätors, in eine endgültige Fassung zu bringen, das **edictum perpetuum**. Die für die Digesten herangezogenen Texte haben einen ganz unterschiedlichen Charakter. So findet man die Erörterung von Fällen, die aus der Gutachtenpraxis der Juristen stammen oder die im Unterricht eingesetzt wurden. Es sind Kommentierungen ausgewertet worden, die zu Gesetzen verfasst worden sind oder zum Edikt des Prätors, des römischen Gerichtsmagistraten, und zu anerkannten Schriften von älteren Juristen, wie beispielsweise zum Zivilrecht des Sabinus, das dieser Mitbegründer der sabinianischen Rechtsschule in der ersten

Hälfte des 1. Jhs. n. Chr. verfasst hat. Man liest Auszüge aus systematischen Erläuterungen, wie zum Beispiel zu der Frage, in welcher Weise Verträge zustande kommen. Außerdem sind Definitionen in die Digesten aufgenommen worden und Rechtssprichwörter. Es fehlen auch nicht Fragmente aus Lehrbüchern, den sog. Institutionen, und aus der einzigen Rechtsgeschichte, die von einem römischen Juristen verfasst wurde, nämlich von Pomponius im 2. Jh. n. Chr. Diese Texte hat Justinian als Gesetze, *leges*, in Kraft gesetzt.

Aus dieser Beobachtung ergibt sich ein markanter Unterschied zu unserem heutigen Gesetzesverständnis. Gesetze regeln. Sie formulieren Vorgaben oder gestalten einen Rahmen. Sie enthalten keine Erörterungen oder Auskünfte in konkreten Fällen und sie vermitteln keine Einführung. Zur Entstehungszeit der Schriften der römischen Juristen handelte es sich um Texte mit unterschiedlich hohem Ansehen, aber nur unter besonderen Umständen um Rechtsquellen, denen Verbindlichkeit attestiert werden konnte.

Ein besonders anregender Zugang zu dieser Überlieferung ist über Jahrzehnte hinweg von Okko Behrends entwickelt und erprobt und insbesondere von seinen Schülern Martin Avenarius, Rudolf Meyer-Pritzl und mir weitergeführt worden. Die Spur, die Behrends dafür in seinen Vorlesungen gelegt hat, ist seit 2022 auch in einem Buch nachzulesen, das durch im Internet verfügbare Glossen angereichert ist.⁷ Die Herangehensweise unterscheidet sich von den üblichen Lehrbüchern⁸ durch die Einbindung der römischen Früh- oder besser Vorgeschichte in den protorömischen Agrarsiedlungen und die Deutung der Rolle der auguralen Religion, in der dem Recht ein hoher Stellenwert zukam.⁹ Ein weiterer Unterschied besteht in der Annahme, dass seit etwa 300 v. Chr. eine Auseinandersetzung römischer Juristen mit der griechischen Philosophie im Zusammenhang der ganz allgemein zu beobachtenden Hellenisierung stattgefunden hat. Zuerst erlangte die stoische Philosophie Einfluss, bevor sich im 1. Jh. v. Chr. die Philosophie der skeptischen Akademie als Grundlage für ein neues Rechtsverständnis durchgesetzt hat. Für diese unterschiedlichen Richtungen, überhaupt für die Debatten dieser Zeit sind die Schriften von Cicero besonders aussagekräftig.¹⁰ Die kon-

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Römisches Recht an der Freien Universität Berlin.

¹ Wolf, Neue Rechtsurkunden aus Pompeji. Lateinisch und deutsch, 2010.

² Eine Wiedergabe der lateinischen Inschrift mit deutscher Übersetzung von Tafel X findet man bei Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, 1990, S. 41 f.

³ Wolf, Die lex Irnitana. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien. Lateinisch und deutsch, 2011.

⁴ Einheuser, Studien zur lex rivi Hiberiensis, 2017, S. 12–20: Text und Übersetzung.

⁵ Das Gesetzgebungswerk Kaiser Justinians wird in allen Lehrbüchern zum römischen Recht beschrieben, so zum Beispiel in Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl. 2014, S. 271–281. Außer den im Text vorgestellten Digesten wurde eine Zusammenstellung von Kaisergesetzen seit Hadrian im Codex veranstaltet und ein Lehrbuch, die Institutionen Justinians, hinzugefügt.

⁶ Einige Juristenbiographien findet man in dem von Stolleis herausgegebenen Band Juristen. Ein biographisches Lexikon, 1995, im Übrigen kann man die Artikel im Neuen Pauly. Reallexikon der Antike heranziehen sowie die Artikel in: Bagnall et al., The Encyclopedia of Ancient History. Ein Klassiker für die Darstellung römischer Juristen ist Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl. 1967.

⁷ Behrends, Römisches Recht. Von den Anfängen bis heute, 2022.

⁸ Eine Liste findet man zum Beispiel in dem für den Schwerpunktbereich unerlässlichen Lehrbuch Kaser/Knüttel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, S. 43–47.

⁹ Behrends, Bodenhoheit und privates Bodeneigentum im Grenzwesen Roms, in: Behrends/Capogrossi Colognesi, Die römische Feldmesskunst, 1992, S. 192 = Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller, Institut und Prinzip II, 2004, S. 465.

¹⁰ Daher ist diesem Politiker, Philosophen, Redner und Juristen auch ein wesentlicher Teil des Symposiumbandes aus Anlass des 80. Geburtstags

zeptionell verschiedenen Ansätze sind den Untersuchungen von Behrends zufolge in den Rechtsschulen der von Augustus begründeten Prinzipatszeit fortgeführt worden, nämlich in den Rechtsschulen der Sabinianer und der Prokulianer.¹¹ Dieser Unterschied war noch bei den spätklassischen Juristen des frühen 3. Jhs. n. Chr. wirksam, auch wenn es im 2. Jh. zu einer Schulenkonvergenz, also zu einer Annäherung der Rechtsschulen gekommen ist.¹² Justinian hat die Kontroversen in seinen kaiserlichen Konstitutionen, den von ihm selbst gegebenen Gesetzen, dargestellt und dazu Entscheidungen getroffen – *constituimus*, wir aber legen fest, heißt es dann in den Texten. Auf diese Weise und auch in den Texten, die in die Digesten aufgenommen worden sind, sind uns viele Kontroversen überliefert, obwohl Justinian als ein Ziel seiner Gesetzgebung formuliert hatte, dass er alle Streitigkeiten ausräumen und eine vollständige Harmonie in seinem Gesetzbuch herstellen wolle.¹³

Der Reichtum des römischen Rechts muss daher im Bewusstsein der historischen Entwicklung und prägender Faktoren mit einem Blick für verschiedene Konzeptionen erschlossen werden. Anhand der Beispiele aus Vertrags- und Deliktsrecht im Teil D. soll deutlich werden, wie die gewonnenen Informationen zum besseren Verständnis der Quellen eingesetzt werden können und zugleich, in welcher Weise die Überlieferung des römischen Rechts unser Zivilrecht methodisch und inhaltlich beeinflusst hat.

B. Grundzüge des römischen Rechts

Die folgende Darstellung, gewissermaßen ein *ius Romanum in nuce*, hat zum Ziel, einige prägende Aspekte des römischen Rechts über die Jahrhunderte seiner Entwicklung vorzustellen. Dies soll für die Verfasstheit des Gemeinwesens geschehen und in knapper Form für das römische Privatrecht.

I. Elemente römischer Verfassungen und die Rolle des Rechts

1. Das Lob der Republik

In der Geschichte Roms können verschiedene Herrschaftsformen unterschieden werden. Besonderes Interesse hat immer wieder **die römische Republik** geweckt, die von der

älteren Königszeit und dem Prinzipat seit Augustus eingeraht ist. Die Republik wird von dem Griechen Polybios im 2. Jh. v. Chr. als leuchtendes Beispiel einer gemischten Verfassung vorgestellt. Cicero legt diese Verfassung in seiner Schrift *de re publica* als reale Ausprägung einer idealen Verfassung seinen Ausführungen zugrunde. Die Republik beginnt mit der Vertreibung des letzten Königs, Tarquinius Superbus, im Jahr 510 v. Chr.

2. Protorömische Agrarsiedlungen und die Königszeit

Die **Königszeit** ist von etruskischen Einflüssen auf Rom geprägt. Sie beginnt der römischen Geschichtsschreibung nach mit der Gründung der Stadt Rom durch Romulus im Jahr 753 v. Chr. Dieser vermeintliche Nullpunkt verdunkelt die Vorgeschichte der Stadt Rom.¹⁴ Diese Vorgeschichte ist aus Siedlungsstrukturen, religiösen Traditionen und gerade auch aus Rechtsformeln in Grundelementen erkennbar. Da sich meistens keine exakte Datierung begründen lässt, hat man von „fluiden Modulen“¹⁵ gesprochen, deren Reihenfolge aufgrund plausibler Überlegungen vermutet, aber nicht zweifelsfrei angegeben werden kann. Seit etwa 1000 v. Chr. wandern Siedler in das Gebiet der späteren Stadt Rom ein und lassen sich nieder. Sie betreiben Landwirtschaft und bilden Gemeinschaften (*gentes*), die jeweils von einem *rex*, einem „König“, geleitet werden. Dieser *rex* hat die zentrale Rolle im Friedensbereich (*domi*), für Kriegszüge (*militiae*) wird ein *magister populi* als Heerführer bestimmt. Der *rex* ist für die Rechtsprechung zuständig, die der Erhaltung und der Wiederherstellung des Friedens dient. Dieser Frieden (*ius*)¹⁶ ist Voraussetzung für das Wohlwollen der Götter. Dieses Wohlwollen, die *venia deorum*, wiederum, ist nötig, um das Wohlergehen der Siedlung zu erreichen. Der *rex* weist den Siedlern Land zu und legt Grenzen (*fines*) fest. Diese Zuständigkeit lässt sich noch in der Begrifflichkeit erkennen: *fines regere*. Die Rechtspositionen der Familienoberhäupter werden in einem Verfahren geltend gemacht, das als *vindicatio* bezeichnet wird.¹⁷ Für den Kult und zur Entschlüsselung des Willens der Götter sind die Auguren, die älteste Priesterschaft, zuständig. In der Zeit nach Gründung der Stadt treten neue Priester hinzu, die *pontifices*. Diese werden zu

von Okko Behrends gewidmet. S. dort die Beiträge von Ernst Baltrusch, Melanie Möller und die Reaktion von Okko Behrends, in: Möller/Avenarius/Meyer-Pritzl, Das Römische Recht – eine sinnvolle, in Agrarreligion und griechischen Philosophien wurzelnde Rechtswissenschaft? Forschungen von Okko Behrends revisited, 2020.

¹¹ Für einen ersten Eindruck Behrends, Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, SZ Roman. Abt. 95 (1978), 187 = Institut und Prinzip I, S. 15.

¹² Vgl. mit der Zuweisung von Ulpian zu den Spätsabinianern und Paulus zu den Spätprokulianern Liebs, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, in: Temporini, Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II, 15, 1976, S. 197 (insb. S. 282–284) und mit gegenteiliger Zuweisung Möller, Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, in: FS Liebs, 2011, S. 455.

¹³ Möller, In unam reducere consonantiam – Justinians Verhältnis zur Überlieferung des römischen Rechts, JZ 2019, 1084.

¹⁴ Behrends (Fn. 9), S. 200, 474 f.

¹⁵ Walter, Mehr als Mythos und Rekonstruktion? Die römische Königszeit, Historische Zeitschrift (HZ) 302 (2016), S. 1.

¹⁶ Zu dieser ältesten Bedeutung von *ius* s. Behrends, *Ius* und *Ius civile*, in: Liebs, Symptica Franz Wieacker, 1970, S. 56.

¹⁷ Zum daraus erschlossenen Vindikationsmodell s. Behrends, Das Vindikationsmodell als »grundrechtliches« System der ältesten römischen Siedlungsorganisation, in: Behrends/Diesselhorst, Libertas, 1991, S. 1 = Institut und Prinzip I, S. 313. Grundlegend unterschiedlich für das Verständnis des frühen Rechts sind die etymologischen Rekonstruktionsversuche zum Begriff *vindicatio*. Geht es darum, in einem geregelten Verfahren eine Rechtsfrage zu klären, bezüglich derer zunächst Gewalt angesagt worden ist – *vim dicere* – oder handelt es sich darum, ein Recht geltend zu machen, bei dem die Verbandszugehörigkeit die Grundlage einer Klärung ist – *ven dicere*? Für die zweite Variante hat sich überzeugend Behrends ausgesprochen.

Spezialisten des Rechts, den ersten Fachjuristen der Welt. Vor Gründung der Stadt Rom schließen sich mehrere Siedlungsgemeinschaften zum Quiritenbund zusammen. Aus dieser Zeit stammen Rechtsformeln, in denen das *ius Quiritium* als Grundlage der Rechtsposition genannt wird. In dieser Phase gibt es bereits eine erste Volksversammlung, die **Kuriatkomitien**.¹⁸ Sie beschließen auf Antrag des Königs über Krieg und Frieden, sie wählen den König aus dem Kreis der Oberhäupter der alten Siedlungsgemeinschaften, der *patres*, und sie beschließen über die Gültigkeit von Arrogationen, Annahmen Erwachsener an Kindes Statt, sowie über Testamente.

3. Die Zenturiatkomitien und die Position der Plebejer nach Gründung der Republik

Nach Gründung der Stadt Rom wächst eine städtische Bevölkerung, die sich aus Handwerkern, Handeltreibenden und solchen Menschen zusammensetzt, die kein eigenes Land bewirtschaften, sondern von den Siedlern mit eigenem Land abhängig sind. Es bildet sich der Gegensatz von **Patriziern**, den alten Siedlungsfamilien entstammenden und damit einer Gens zugehörigen Römern, und den **Plebejern**, die keiner Gens angehören, heraus. Dieser Gegensatz bricht mit der Vertreibung der Könige in einer neuen Weise auf, weil die Patrizier die Führungsrolle für sich beanspruchen und die Plebejer nicht länger unter dem Schutz der Könige stehen. Kurze Zeit nach Gründung der Republik kommt es zum Auszug der Plebejer aus der Stadt (*secessio plebis*), mit dem diese die Anerkennung eigener Ordnungsstrukturen erstreiten. Die plebejische Volksversammlung und die Volkstribune als von dieser Versammlung gewählte Führungspersonen haben hier ihren Ursprung. Die für alle römischen Bürger zuständige Versammlung sind die **Zenturiatkomitien**. In der Literatur wird zumeist vermutet, sie sei erst zu Beginn der Republik mit einer Heeresreform eingeführt worden.¹⁹ Die römische Geschichtsschreibung datiert die Versammlung dagegen in die Zeit um 600 v. Chr. und weist die dazugehörige Reform der Verfassung dem unter die guten Könige gezählten König Servius zu.²⁰ Patrizier und Plebejer waren in dieser Volksversammlung vertreten. Ihre Zuweisung zu den Zenturien, den unterschiedlich großen Einheiten, die Stimmkörperschaften bildeten, richtete sich nach dem Vermögen. Man spricht von einer Timokratie. Die Orientierung am Vermögen, nicht an einer durch die Geburt festgelegten Gruppe, spricht für die Datierung in der Königszeit. Die Logik dieser Vorgabe erschließt sich daraus, dass die römischen Bürger die Ausrüstung für die Feldzüge aus eigenen Mitteln bestreiten muss-

ten. Wer ein größeres Vermögen hatte, konnte sich ein Pferd und eine gute Ausrüstung leisten. Die Reiterzenturien waren demnach die der reichen Römer. Die Plebejer stellten doppelt so viele Reiterzenturien wie die Patrizier. Abgestimmt wurde nach Zenturien, nicht nach Köpfen. So ergab sich das Gewicht der Meinung Einzelner daraus, wie groß die Gruppe war, in der sie ihre Ansicht zur Geltung bringen konnten. Die letzte Zenturie, nach der Überlieferung waren es entweder 193 oder 195, bildeten die Proletarier, die Vermögenslosen, nach Schätzungen etwa ein Drittel der Bevölkerung. Diese Volksversammlung wählte die obersten Magistrate, insbesondere die Konsuln, entschied über Krieg und Frieden und stimmte über Gesetze (*leges*) ab. Sie wurde tätig nach Einberufung durch die Konsuln und stimmte mit Ja oder Nein. Tage, an denen die Volksversammlung zusammentrat, mussten der auguralen Religion nach geeignet sein. Darüber wurden die Auguren befragt. Die Anträge für Gesetze mussten zuvor im Senat zustimmend beraten worden sein (*auctoritas patrum*). Auf diese Weise wurde das Zusammenwirken der im Senat versammelten *patres*, der Oberhäupter der Gentes, der Konsuln und der Volksversammlung gestaltet. Man kann den Charakter einer **Mischverfassung** gut erkennen. In dieser Volksversammlung wurde das wichtigste Gesetz der römischen Geschichte beschlossen: **das Zwölftafelgesetz**, 451/450 v. Chr.²¹

4. Das Zwölftafelgesetz

Dieses Gesetz wird noch von dem Geschichtsschreiber der augusteischen Zeit, Livius, als Quelle allen öffentlichen und privaten Rechts bezeichnet. In der Forschung begegnen unterschiedliche Einschätzungen, ob es sich um eine umfassende Kodifikation gehandelt hat oder ob es eine Zusammenstellung wichtiger Regelungen darstellte. Weiter ist umstritten, ob lediglich das anerkannte Recht aufgezeichnet wurde oder ob es sich um eine grundlegende Reform handelte. Jedenfalls wurde das Gesetz auf der Grundlage einer **Rechtsgleichheit** aller römischen Bürger, Patrizier wie Plebejer, konzipiert. Es wurde schriftlich fixiert und öffentlich auf Tafeln ausgestellt. **Rechtssicherheit** war erkennbar ein wichtiges Ziel. Die Tafeln sind nicht erhalten, so dass der Inhalt des Gesetzes aus späteren Kommentierungen erschlossen werden muss oder aus Schriften römischer Autoren, die Zitate daraus verwenden.

Unstreitig ist, dass die ersten Regelungen dem Zivilprozess galten. Es wurde eine Folgepflicht für denjenigen festgelegt, den ein anderer vor Gericht zitierte, um einen Rechts-

¹⁸ Rainer, Römisches Staatsrecht, 2006, S. 35.

¹⁹ So zum Beispiel Waldstein/Rainer (Fn. 5), S. 36.

²⁰ Diese Überlieferung wird in ihrem Kern für glaubwürdig gehalten u.a. von von Lübtow, Das römische Volk, 1955, S. 52 f.

²¹ Behrends, Der Vertragsgedanke im römischen Gesetzesbegriff auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, in: Behrends/Starck, Gesetz

und Vertrag I, 2004, S. 9 (30 f. Fn. 44) = Avenarius/Möller, Zur römischen Verfassung, 2014, S. 225 (247 Fn. 44) unter Heranziehung von Livius-Stellen. Nach anderer Ansicht handelte es sich um eine *lex data*, ein von der mit dem Auftrag der Gesetzgebung eingesetzten Zehnmännerkommission festgesetztes Recht. Das überzeugt nicht.

streit zu klären – SI IN IUS VOCAT, ITO.²² Regelungen zum Vollstreckungsrecht sind ebenfalls enthalten. Ein wichtiger Bereich behandelt also die Durchsetzung von Forderungen. Diese konnten im Wege einseitiger Schuldversprechen (*stipulationes*) begründet werden. Andere Regelungsgebiete waren die Übertragung von Eigentum im Wege der *mancipatio* oder der *traditio* und das Nachbarrecht. Erbrechtliche Regelungen sahen ein Intestaterbrecht vor, also ein gesetzliches, das nicht auf einem Testament beruhte. Schon die Art der Regelung lässt erkennen, dass die Errichtung eines Testaments als Normalfall betrachtet wurde. Man findet außerdem sakralrechtliche Normen und familienrechtliche, wie eine Festlegung der Vormundschaft und ein für Patrizier und Plebejer gemeinsames Eherecht. Für diese Ehe kraft Zusammenlebens (*usus*) regeln die Zwölftafeln die Möglichkeit einer Ersitzungsunterbrechung für die Zuständigkeit des Ehemannes für das Frauenvermögen (*manus*). Durch Abwesenheit der Ehefrau von der gemeinsamen Wohnung für drei Nächte im Jahr (*trinoctium*) wurde die Gütertrennung der Eheleute beibehalten.²³ Auch das Strafrecht in Gestalt eines Privatstrafrechts mit festgelegten oder zu vereinbarenden Bußzahlungen des Täters an das Opfer war Gegenstand des Gesetzes. Das ebenfalls vorgesehene Recht der Provokation eines zum Tode Verurteilten vor die Volksversammlung ist ein Beleg für das Mitspracherecht dieser Versammlung, wenn es um die Höchststrafe ging. Und schließlich ist der berühmte Satz enthalten, dass es keine Privilegien geben dürfe.²⁴

Dieses Gesetz wird man am besten als eine Zusammenführung von ländlichem und städtischem Regelungsbedarf verstehen können. Trotz möglicher Vorbilder für einzelne Regelungen in der Gesetzgebung Solons für Athen ist es ein auf eigenständigen römischen Traditionen basierendes Gesetz, das auf der Jurisprudenz der *pontifices* aufbaute. Im Kern handelte es sich um eine Modifikation, Fortbildung und Ergänzung der bestehenden Rechtsordnung.²⁵ Schriftlichkeit und Öffentlichkeit, eine hohe Bedeutung des Rechtswesens und der Gerichtsbarkeit, die an den Bürgerstatus anknüpfende Garantie von Rechtspositionen und die Betreuung dieser Rechtsordnung durch Fachleute – das sind **wesentliche Charakteristika** des römischen Rechts, die dauerhaft fortwirken.²⁶

5. Rechtsquellen der Republik

Zu dieser vornehmen Rechtsquelle, die zugleich ein Verfassungselement bildet, kommen von den Zenturiatkomitien auf Antrag der Konsuln beschlossene Gesetze hinzu,

wie zum Beispiel solche zur Gründung von Kolonien, also von Siedlungen für römische Bürger im eroberten Gebiet, Einschränkungen von Luxus oder Begrenzungen von Schenkungen und andere, meist anlassbezogene *leges*. Als weitere Rechtsquelle in der Zeit der Republik sind die **Plebiszite** zu nennen. Es handelt sich um Beschlüsse der plebejischen Volksversammlung, die zunächst nur bindende Wirkung für die Plebejer hatten. Als Schlusspunkt der Ständekämpfe zwischen Plebejern und Patriziern kann die *lex Hortensia* gelten, in der 287 v. Chr. die Allgemeingültigkeit von Plebisziten festgelegt wurde. Zu *leges* und *plebiscita* sind für die Republik auch die **Edikte** als Rechtsquelle zu rechnen. Die Edikte sind die Listen mit Rechtsschutzverheißungen, die der für die Gerichtsbarkeit zuständige Magistrat, der Prätor, zu Beginn seiner einjährigen Amtszeit auf einem *album*, einer Tafel, veröffentlicht und auf dem *forum Romanum*, dem römischen Marktplatz, vor seinem Amtlokal ausstellt. Sie werden von der Autorität des Prätors getragen und enthalten die von Gesetzen oder anerkanntem Recht vorgegebenen Rechtsbehelfe, aber auch Erweiterungen des Rechtsschutzes oder sogar Korrekturen, die die Prätores beraten durch Fachjuristen in ihr Edikt aufnehmen. Es ist ein flexibles Element in der Gestaltung der Rechtsordnung, das uns hier begegnet. Römische Juristen sprechen daher vom Edikt als von der lebendigen Stimme des Zivilrechts, *viva vox iuris civilis*.²⁷

6. Fortbildung des Rechts durch Juristen – von der Auslegung der Gesetze zur Gestaltung des Rechts in der vorklassischen und in der klassischen Jurisprudenz

Die Experten, die Berater der Prätores waren, kamen aus dem Kreis der Fachleute des Rechts, die ihren Kern im Kollegium der *pontifices* hatten. Ein wesentliches Element der Fachkunde war die Kenntnis des Rechts, aber auch die Methode seiner Entwicklungsmöglichkeiten. Die strenge Bindung an den Wortlaut des Gesetzes, die aus dem Bemühen hervorging, das Recht nicht zu verfehlen, kennzeichnete die Auslegung der Zwölftafeln. Sie wurde an Bedürfnisse der Praxis angepasst, indem Sachverhalte mit Begriffen des Gesetzes beschrieben wurden, obwohl sie nicht dem Gesetz entsprachen. Die Fiktion, dass ein Rebstock auch ein Baum sei, ermöglichte Klagschutz bei abgeschnittenen Rebstücken, obwohl das Zwölftafelgesetz diese Fallgruppe nicht genannt hatte.²⁸

Die Kreativität der Juristen bekam seit etwa 300 v. Chr. eine neue Grundlage und wurde zugleich durch politische und wirtschaftliche Veränderungen angeregt. Der politische

²² S. zum Beispiel die Ausgabe des Zwölftafelgesetzes von Düll, Das Zwölftafelgesetz, 7. Aufl. 1995, tab. I, S. 1.

²³ Tab. VI, 4.

²⁴ Tab. IX, 1.

²⁵ So die zusammenf. Beurteilung von Behrends (Fn. 21), S. 32 / S. 248.

²⁶ Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I, 1988, S. 287 ff. Vgl. auch Möller, Voraussetzungen und Funktionen der Verbreitung von Rechtstexten im Imperium Romanum, in: Hurtado de Molina Delgado et al., Circulación

de manuscritos en la península Ibérica durante las épocas romana, visigoda y musulmana, 2021, S. 51.

²⁷ Liebs, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 37 hat darin überzeugend ein Instrument der Rechtsfortbildung gesehen, das Rechtssicherheit und Elastizität in besonders glücklicher Weise miteinander verband.

²⁸ Schanbacher, Weinstöcke sind keine Bäume – die ‚lautlose Interpretatio der pontifices‘, in: Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico 61 (2013), S. 197.

Kontext ist ein weiterer Schritt der Plebejer im Kampf um eine Gleichstellung mit den Patriziern. Das Pontifikalkollegium wird im Jahr 300 v. Chr. für Plebejer geöffnet. Fünfzig Jahre später ist Tiberius Coruncanius der erste plebejische *pontifex maximus*. Er beginnt mit öffentlichem Rechtsunterricht und fügt so den typischen Tätigkeitsfeldern der Juristen, die sich auf die Beratung der Parteien bei der Gestaltung von Geschäfts- oder Prozessformularen (*cavere* und *agere*) und auf das Erstellen von Rechtsgutachten (*respondere*) bezog, eine weitere Aufgabe, das Lehren, *docere*, hinzu. Wirtschaftlich veränderte die Einführung des Münzgeldes in Rom die Möglichkeiten, mit dem ritualisierten Übereignungsgeschäft der *mancipatio*, bei der ein Waagehalter in Gegenwart von fünf Zeugen den Kaufpreis zuwoh, andere Zwecke als Kaufzwecke zu verfolgen. Ein Zuwägen des Kaufpreises war nicht mehr erforderlich. Es wurde mit einer Münze, einem *nummus unus*, an die Waage geklopft. So konnten Geschäfte wie Schenkungen (*donatio*) und Sicherungsübereignungen (*fiducia*) gestaltet werden. Die *mancipatio* konnte aber auch eingesetzt werden, um familienrechtliche Folgen zu erreichen. Das Gesetz knüpfte an drei, in zeitlichem Abstand erfolgende Manzipationen, als Verkauf beschriebene Verdingungen von Haussöhnen, das Ausscheiden des Haussohns aus der väterlichen Gewalt, der *patria potestas*. Geschah eine solche dreimalige *mancipatio* in unmittelbarer Abfolge an einen Treuhänder, wurde der Haussohn durch diese Prozedur von der väterlichen Gewalt frei, er wurde eigenen Rechts (*sui iuris*).²⁹ Man sprach von der *emancipatio*. Auch die Übertragung des Vermögens der Ehefrau unter die ehemännliche Verwaltung durch die *coemptio*, eine Eheschließung, bei der die Brautleute sich in einem der *mancipatio* nachgebildeten Ritual wechselseitig als verbunden bezeichneten, nutzte die Wirksamkeit der gesprochenen Worte zu einem Einsatz auf einem neuen Gebiet.³⁰

Eine bedeutsame Anregung ging von der Auseinandersetzung mit der stoischen Philosophie aus. Dem Konzept eines Rechts, das sich aus der normativ verstandenen Natur ergibt, aus der Vorstellung eines von der Vernunft durchströmten Kosmos, an dem alle Anteil haben, entsprang der Gedanke eines **naturrechtlichen *ius gentium***, das aus dem mythischen Goldenen Zeitalter kommt und in einer notwendigen Entwicklung der Menschheit durch Zusätze ergänzt worden ist, indem die einzelnen Bürgerschaften (*civitates*) sich zum Schutz von Individualinteressen Gesetze gaben und damit ein *ius civile* im engeren Sinne schufen. Das Entwicklungspotential einer so gedeuteten Rechts-

ordnung war groß. Spezifika des *ius civile* konnten zugunsten einer Anpassung an neue Bedürfnisse in den Bereich des *ius gentium* übertragen werden, so die *stipulatio* für römische Bürger durch Verwendung anderer Worte auch für Peregrine, Fremde, zugänglich gemacht werden.³¹ Der Rechtsschutz konnte im Wege der Analogie ausgeweitet werden. So konnte die Klage des Eigentümers, die *vindicatio*, als *vindicatio utilis* auch für den Nießbraucher, den Inhaber eines dinglichen Rechts zur Nutzung und Fruchtziehung, eingesetzt werden. Eine Schlüsselfigur der Rechtsfortbildung war daher der **Prätor**. Wenn das *ius gentium* als Naturrecht ohnehin vorhanden war, konnte man Erweiterungen der bislang anerkannten Rechtsfiguren aufgrund von **Prinzipien** wie dem der *fides*, der Treue, und der *bona fides*, einem allgemein verstandenen Vertrauensprinzip, vornehmen und den Rechtsschutz entsprechend erweitern bzw. ausgestalten. Der Jurist, der eine solche Rechtsauffassung vertreten und weiterentwickelt hat, war **Quintus Mucius Scaevola**, gestorben 82 v. Chr.³² Im Bereich des *ius civile* im engeren Sinne sind strenge, am Wortlaut der Norm oder eines Willensaktes orientierte Entscheidungen von ihm überliefert. Im Bereich des *ius gentium* wissen wir nicht nur, dass er als Statthalter der Provinz Asia die Klagbarkeit von Verträgen davon abhängig gemacht hat, dass die Klage nicht gegen die *bona fides* verstößt, sondern auch, dass er Aufklärungspflichten des Verkäufers gegenüber dem Käufer angenommen hat.³³ Im Deliktsrecht geht ein allgemeines Prinzip der Rücksichtnahme auf eine Entscheidung von ihm zurück, den Baumschneiderfall.³⁴ Das *ius gentium* ist damit an Prinzipien orientiert und in dieser Konzeption ein universales Recht. Was dem Vertrauensprinzip entspricht oder in welchem Umfang Rücksicht genommen werden muss, um eine Haftung zu vermeiden, hängt allerdings von einer wertenden Betrachtung ab. Die mit solchen Wertungen verbundenen Unsicherheiten haben die Abwendung von dieser Jurisprudenz im 1. Jh. v. Chr. begünstigt.

In einer Zeit der Bürgerkriege und der politischen Unsicherheit fand eine Neuinterpretation des Rechts Zustimmung, die auf einer Philosophie beruhte, die eine skeptische Interpretation von Platons Lehren zum Inhalt hatte. Diese Philosophie der skeptischen Akademie wurde durch Philon von Larissa in Rom im Jahr 88 v. Chr. prominent vorgetragen und von **Servius Sulpicius**, einem Freund Ciceros, zur Grundlage einer neuen Rechtskonzeption gemacht.³⁵ Diese Konzeption muss man aus den Schriften Ciceros und der Überlieferung in den Digesten erschließen.

²⁹ Tab. IV, 2.

³⁰ Diese Form der Eheschließung mit sofortigem Übergang der *manus* wird in der Literatur meist als Kaufehe beschrieben. Das überzeugt nicht.

³¹ Zur Vertiefung Behrends, Die Stipulation des vorklassischen und des klassischen *ius gentium* und die Frage der zulässigen Sprachen. Alle oder nur Lateinisch und Griechisch?, in: FS Liebs, 2011, S. 57.

³² Behrends, Art. ‚Quintus Mucius Scaevola‘, in: Stolleis (Fn. 6), S. 444 = Institut und Prinzip II, S. 979.

³³ Möller, Informationspflichten des Verkäufers. Grundlagen im Römischen und im heutigen deutschen Recht, Jus. Rivista di scienze giuridiche LXII (1/2015), S. 7.

³⁴ D. 9, 2, 31 Paulus libro decimo ad Sabinum und dazu Möller, Die Rolle der Unterscheidung von *via publica* und *via privata* im römischen Deliktsrecht, in: Avenarius et al., FS Behrends, 2009, S. 421 (436 ff.).

³⁵ Behrends, Die geistige Mitte des römischen Rechts. Die Kulturanthropologie der skeptischen Akad., SZ Roman. Abt. 125 (2008), S. 25 (32 ff.).

Es ist ein Konzept ohne normatives Naturrecht. Ausgangspunkt ist die Welt der Tatsachen, der Empirie. In dieser Welt ist ein friedliches Zusammenleben der Menschen davon abhängig, dass diese sich auf eine Rechtsordnung verständigen, die möglichst klare Regeln enthält und durch **Rechtsinstitute** gebildet wird, die subsumtionsfähig sind. Auch hier wird ein Mythos eingesetzt, um einen Anfang zu beschreiben. Im Zentrum dieses Mythos steht ein Redner, der zu Anfang der Menschheitsgeschichte in der Lage war, die versammelte Menge davon zu überzeugen, sich zu einer Gemeinschaft zusammenzuschließen.³⁶ In dieser Rechtsgemeinschaft sind Normen eines allgemeinen Zivilisationsrechts anerkannt worden, des *ius gentium*, des Völkergemeinrechts. Es kamen aber auch Normen aus dem Bereich eines spezifischen *ius civile* in Gestalt von Gesetzen, *leges*, und des Gewohnheitsrechts, *mos maiorum*, hinzu.

Man erkennt einige Elemente wieder, die auch in der vorherigen Jurisprudenz eine Rolle spielten. Doch sind die Begriffe anders zu deuten. Das ist ein spannendes Phänomen, das zum Nachdenken darüber anregt, in welchem Maße eine Terminologie klärender Erläuterungen bedarf, um unmissverständlich zu sein. In der neuen Lehre, die man entgegen der gängigen Lehrbücher zum römischen Recht wegen ihrer Klarheit als die eigentlich **klassische Lehre** bezeichnen kann,³⁷ entstanden im Vergleich zu der **Jurisprudenz der Vorklassiker** (*veteres, maiores*) Lücken im Rechtsschutz, weil die Subsumtion unter die eng definierten Institute oder die handgreiflich verstandenen Gesetze manche Sachverhalte aus dem Bereich des rechtlich Relevanten ausschloss.³⁸ Diese Tatsachen oder Sachverhalte konnten aber so evident nach Rechtsschutz verlangen, dass es nach der neuen Lehre ein Gebot der natürlichen Gerechtigkeit (*aequitas naturalis*) war, Rechtsschutz zu gewähren. Hier half der Prätor und konnte das aufgrund seiner Amtsbefugnis (*imperium*) tun. So gelangten in das Edikt seit der Zeit des Servius auch Rechtsbehelfe, die man als *actio in factum*, als eine auf einen typisierten Sachverhalt gestützte Klage, bezeichnete.

Der Wandel in der grundsätzlichen Konzeption der Rechtsordnung spiegelte sich in den Literaturgattungen wider.³⁹ Hatte Quintus Mucius ein Werk *de iure civili*, über das Zivilrecht, geschrieben und darin das Recht erstmals nach *genera*, wohl am besten zu übersetzen mit Wertbegriffen, geordnet, so schuf Servius ein Werk, das Entgegnungen dazu

enthielt. Vor allem aber kommentierte er als erster das Edikt, kurz, aber als Signal deutlich.⁴⁰ Aufgrund der neuen Lehre war erst im Edikt alles zu finden, wofür Rechtsschutz gewährt wurde. Die neue Lehre war sehr erfolgreich. Servius hatte zahlreiche Schüler. Aber die neue Lehre blieb nicht ohne Widerspruch. Manche Juristen griffen auf die Lehren vorklassischer Juristen zurück. So herrschte eine Meinungsvielfalt, die zu einem republikanischen Staatswesen gut passte.

7. Augustus, die Einführung des *ius respondendi* und die Rechtsschulen

Was aber bedeutete der politische Neuanfang mit dem Prinzipat des Augustus? Die Ansichten der Historiker weisen eine große Bandbreite dazu auf, ob Augustus ein Konzept verfolgte und wenn ja, welches, oder ob er nicht insbesondere ein kluger und auch skrupelloser Machtpolitiker war und mit seiner Propaganda, die Republik wiederherstellen zu wollen – *res publica restituta* –, die neue Wirklichkeit einer Alleinherrschaft lediglich geschickt verbarg. Das meiste spricht dafür, dass Augustus 27 v. Chr. an die von Cicero in seiner Schrift *de re publica* für einen idealen Staat entwickelten Ideen anknüpfte und eine Mitwirkung verschiedener Akteure an der Leitung des Staates gestalten wollte, wenn auch unter einer eindeutig auf ihn als Princeps zugeschnittenen Herrschaft.⁴¹ In ein solches Konzept fügte sich eine neue Institution ein, die den Princeps in ein besonderes Verhältnis zu ausgewählten Juristen brachte. Ausgewählt wurden sie, indem er ihnen das *ius respondendi ex auctoritate principis* verlieh, das Recht, aus kaiserlicher Autorität Rechtsgutachten zu erteilen. Diese Maßnahme sicherte den Gutachten der Respondierjuristen Autorität vor den Gerichten. 150 Jahre später hat Kaiser Hadrian in einer kaiserlichen Konstitution, einem Gesetz, ausdrücklich klar gestellt, dass ein Richter bei übereinstimmenden Gutachten solcher Juristen an diese Ansicht gebunden sei.⁴² Aus dieser Mitteilung erhellt, dass es unterschiedliche Gutachten gegeben hat. Denn schon Augustus verlieh Anhängern unterschiedlicher Richtungen dieses *ius respondendi*. Es kann also festgehalten werden, dass sich durch die Verfassungsreform des Augustus nichts an der **Meinungsvielfalt der Juristen** änderte, dass sogar der Wettstreit um die beste Lösung nunmehr auf verschiedenen Seiten mit der Autorität des Kaisers (*princeps*) ausgetragen werden konnte. So konnten Sabinus und Cassius eine Rechtsschule gründen,

³⁶ Behrends, Die „Große“ und die „kleine“ «conventio», die «ratio iuris» der skeptischen Akademie und der klassische Geldkauf, Index. Quaderni camerti di studi romanistici 45 (2017), S. 401.

³⁷ Möller, Die Servituten, 2010, S. 15.

³⁸ Behrends, Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie, in: Behrends/Sellert, Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, 1995, S. 135 (insb. S. 190 ff.) = Institut und Prinzip I, S. 91 (insb. S. 156 ff.).

³⁹ Behrends, Der Kommentar in der römischen Rechtsliteratur, in: Assmann/Gladigow, Text und Kommentar, 1995, S. 421 = Institut und Prinzip I, S. 225.

⁴⁰ Behrends, Art. ‚Servius Sulpicius Rufus‘, in: Stolleis (Fn. 6), S. 562 = Institut und Prinzip II, S. 980.

⁴¹ Baltrusch, Recta ratio und varietas opinionum: Cicero, Karneades und die Gerechtigkeit, in: Möller/Avenarius/Meyer-Pritzl (Fn. 10), S. 34; Behrends, Princeps legibus solutus, in: FS Starck, 2007, S. 3 = Zur römischen Verfassung, S. 493, zur alles überragenden *auctoritas* des Prinzipats s. S. 16 / S. 507.

⁴² Gaius Inst. 1, 7.

die auf die Lehren der vorklassischen Juristen zurückgriff. Und es konnte von Nerva und Proculus eine Schule gegründet werden, die auf dem Konzept des Servius aufbaute. Die **Rechtsschulen der Sabinianer und der Prokulianer** werden noch von Kaiser Justinian in seinem Einführungslehrbuch, den Institutionen, als Protagonisten von dogmatischen Streitigkeiten vorgestellt, um dann einer bereits im 2. Jh. n. Chr. gefundenen vermittelnden Meinung (*media sententia*) beizutreten oder einer der Schulen mit kaiserlicher Autorität die Richtigkeit ihrer Auffassung zu bescheinigen. Das Phänomen einer **Schulenkongvergenz** ist mit den vermittelnden Meinungen angesprochen. Die Annäherung der Schulen unter den Schulhäuptern Celsus für die prokulianische und Julian für die sabinianische Rechtsschule ging aber auch in der Weise vonstatten, dass methodische Anleihen gemacht wurden, insbesondere indem Celsus mit der *bona fides*, dem vorklassischen Vertrauensprinzip, argumentierte oder indem Julian institutionelle Festlegungen der prokulianischen Schule übernahm. Die Quellen bieten zahlreiche Beispiele, auch auf dem Feld des Prozessrechts, wenn es um die Wahl zwischen verschiedenen Ausgestaltungen des Rechtsschutzes durch *actiones utiles*, also analoge Klagen, oder *actiones in factum*, also auf den typisierten Sachverhalt zugeschnittene Klagen, ging. Die unterschiedlichen Traditionen spielen auch noch in den Schriften der spätklassischen Juristen Paulus und Ulpian eine Rolle. Die Zuweisung setzt aber voraus, dass grundlegende Fragen, wie die nach der Anerkennung eines normativen Naturrechts, mit größerem Gewicht bedacht werden als Entscheidungen einzelner Streitfragen, für die mit der Möglichkeit der Übernahme einer Position der konkurrierenden Rechtsschule gerechnet werden muss.

Insgesamt betrachtet ist auf diese Weise eine Vielfalt von Ansichten erhalten geblieben. Diese Vielfalt lässt sich weder allein aus einer historischen Entwicklung erklären noch ausschließlich aus unterschiedlichen dogmatischen Weichenstellungen. Vielmehr ist eine methodensensible Interpretation geboten, die Faktoren aus Politik und Wirtschaft, aus dem biographischen Hintergrund der einzelnen Juristen und vorgegebenen Traditionen ebenso ernst nimmt, wie konzeptionelle und systemorientierte Ansätze. Eine solche Interpretation bietet die Chance, auch in der Geschichte der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Überlieferung des römischen Rechts seit der Wiederentdeckung der Digesten durch Irnerius um 1100 in Bologna Muster einer bewussten Auswahl der einen oder der anderen Position zu erkennen.

⁴³ Eine Ausgabe mit deutscher Übersetzung und Kommentierung bietet *Manthe*, Gaius Institutiones. Die Institutionen des Gaius, 2004.

⁴⁴ Zur Entdeckungsgeschichte und ihren Wirkungen *Vano*, Der Gaius der historischen Rechtsschule. Eine Geschichte der Wissenschaft vom römischen Recht, 2008.

⁴⁵ S. die Taschenbuchausgabe *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen. Text und Übersetzung*, übersetzt von *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler*, in 4. überarbeiteter Aufl. hrsg. von *Knüttel/Kupisch/Lohsse/Rüfner*, 2013. Die-

II. Einblicke in das römische Privatrecht – nach dem Institutionensystem

1. Das Institutionensystem

Der zweite Teil der Erstsemestervorlesung gilt dem römischen Privatrecht. Es kann nur um Ausschnitte und Einblicke gehen. Als Struktur wird das Institutionensystem mit der Einteilung des Rechtsstoffs nach *persona*, *res* und *actio*, verteilt auf 4 Bücher, zugrunde gelegt. Es ist zuerst in den Institutionen des Gaius eingesetzt worden.⁴³ Auf der Grundlage des von Julian als Schuloberhaupt der sabinianischen Rechtsschule gestalteten Kompromisses findet man in diesem Anfängerlehrbuch eine an klaren Definitionen und institutionellen Festlegungen ausgerichtete Darstellung. Gaius stellt als Schüler der sabinianischen Rechtsschule häufig die Rechtsansicht seiner Schule der von den Prokulianern vertretenen Ansicht gegenüber. Das Werk ist in den Jahren 160/161 n. Chr. entstanden und bildet aufgrund eines glücklichen Überlieferungszufalls – eine Entdeckung im Jahr 1816 hat eine Handschrift nahezu vollständig erhalten ans Licht des Tages gebracht⁴⁴ – eine besonders wertvolle Quelle für den Rechtszustand vor der Kodifikation Justinians. Da Justinian sein Gesetzgebungswerk in didaktischer Absicht zum Abschluss mit einem eigenen Anfängerlehrbuch gekrönt hat und dieses Werk in hohem Maße an die Vorlage von Gaius angelehnt ist,⁴⁵ hat das System der Institutionen auch in der Geschichte der Fortführung der römischrechtlichen Tradition im Mittelalter und in der Neuzeit eine wichtige Rolle gespielt.⁴⁶ Die Anknüpfung an diesem System ist daher aus mehreren Gründen plausibel.

Die Person wird als zentraler Begriff an den Anfang und zugleich in den Mittelpunkt der Darstellung gerückt. Um der Menschen willen ist das Recht gemacht worden – daher muss die Darstellung mit dem Status von Personen beginnen.⁴⁷ Es ist interessant zu sehen, wie in diesem System der klassischen Lehre der Person als natürlichem Wesen auch eine natürliche Freiheit attestiert wird.⁴⁸ Doch ist die Sklaverei als Bestandteil des *ius gentium*, hier des zivilisationsrechtlichen Normbestandes, als Einrichtung des Rechts anerkannt. Die Darstellung enthält daher Ausführungen zur Sklaverei, zur Freilassung (*manumissio*) und zum Familienrecht. Der Abschnitt *res* ist dem Vermögen gewidmet und umfasst eine Darstellung von Sachenrecht, Erbrecht und Obligationenrecht. Es ist klar, dass *res* nicht mit Sache im Sinne von § 90 BGB wiedergegeben werden kann. Die Verengung des *res*-Begriffs auf körperliche Gegenstände

ses Lehrbuch hat *Meincke*, Römisches Privatrecht, 4. Aufl. 2021 seiner Darstellung zugrunde gelegt.

⁴⁶ *Kupisch*, Zur Wirkungsgeschichte der Institutionen, in: *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung I. Institutionen*, 2. Aufl. 1997, S. 289–298.

⁴⁷ Zum Begriff *persona* und seiner Geschichte s. *Behrends*, Die Person im Recht, in: *Seelmann*, *Menschenrechte*, 2017, S. 187.

⁴⁸ Inst. 1,3,1 und 2.

ist eine Konsequenz der Dogmatik des 19. Jhs.⁴⁹ Im Abschnitt *actio* geht es um das Zivilprozessrecht. Es ist integraler Bestandteil des Privatrechts. Man spricht auch vom aktionsrechtlichen Denken der Römer, um zu vermitteln, dass Rechtsfragen stets mit Blick darauf erörtert wurden, ob im Streitfall eine Klage zur Verfügung stand.

Die Einteilungen der Institutionen könnten den Eindruck einer statischen Dogmatik erwecken. Und da Justinian sein Anfängerlehrbuch als Gesetz in Kraft gesetzt hat, entspricht dieser Eindruck auch der Absicht des oströmischen Kaisers. Durch die Ausführungen im ersten Teil der Vorlesung ist allerdings das Bewusstsein dafür geschärft, dass stets von Entwicklungen ausgegangen werden muss, die sich anhand von juristischen, aber auch von literarischen Quellen nachvollziehen oder mindestens plausibel vermuten lassen.

2. Die Sprache als Medium der Verständigung und Spuren davon im klassischen Recht

Um dies exemplarisch für die Bereiche *persona* und für *res* im Sinne von Sachenrecht und Obligationenrecht zu verdeutlichen, sei an einem Kernpunkt der klassischen Lehre angeknüpft, nämlich der zentralen Rolle der Sprache. Diese dient der Kommunikation und damit auch der Überzeugung von der Notwendigkeit einer rechtlichen Grundlage einer Gemeinschaft. Sie ist außerdem als Mittel der Verständigung über rechtstechnische Zusammenhänge auf Präzision in besonderem Maße angewiesen. Diesen Ausgangspunkt erkennen wir zum Beispiel bei der Festlegung des **Zeitpunkts der Rechtsfähigkeit**. Die klassischen Juristen verbinden ihn mit dem ersten Schrei, der das Potential einer Kommunikation erkennen lässt, die Vorklassiker und in ihrer Nachfolge auch noch die Sabinianer gehen dagegen vom ersten Atemzug aus.⁵⁰ Als Prüfstein aus dem Bereich des Sachenrechts kann die Lehre von der **Verarbeitung (*specificatio*)** herangezogen werden. Die Prokulianer verweisen darauf, dass bei Verarbeitung einer fremden Sache ein Eigentumserwerb durch den Verarbeiter deswegen stattfindet, weil das Produkt der Verarbeitung einen neuen Namen erhält. Diese sprachliche Neuerfassung geht einher mit der rechtlichen Neuordnung. In Anwendung der Möglichkeit einer *occupatio*, einer Aneignung durch Besitzergreifung, wird dem Verarbeiter an dem neuen Gegenstand, der herrenlos ist, die Möglichkeit des Eigentumserwerbs zugestanden. Anders entscheiden die Vorklassiker und in ihrer Nachfolge die Sabinianer. Ihrer Ansicht nach entfaltet der Hersteller nur das Potential, das in der Materie enthalten ist. Die Materie aber ist dem Eigentümer zuge-

wiesen. Die Veränderung der äußeren Gestalt führt nicht zu einer neuen Eigentumszuweisung. Diese in den Quellen mit hinreichender Klarheit überlieferte Kontroverse – Gaius Inst. 2,79, D. 41,1,7,7, Gaius lb. 2 rerum cottidianarum sive aureorum und I. 2,1,25 – wird in hochklassischer Zeit im Sinne einer *media sententia* aufgelöst.⁵¹ Für die vermittelnde Ansicht ist die Rückführbarkeit des neuen Stoffes in den Ursprungsstoff entscheidend. Gelingt eine Rückführung, wie es grundsätzlich bei einem Silbergefäß, das aus einem Klumpen Silber hergestellt worden ist, möglich ist, so bleibt das Eigentum beim Stoffeigentümer. Scheitert eine Rückführung, wie es anhand unmittelbar einleuchtender Beispiele für die Rückführung von Wein in Trauben oder Öl in Oliven angeführt wird, erwirbt der Hersteller Eigentum. Dies ist eine typische Art der hochklassischen Juristen, Streitfragen in einer konsensorientierten Weise zu befrieden.

Ein Prüfstein im **Vertragsrecht** ist die klassische Lehre, dass der Konsens bei Verträgen sich auf einen anerkannten Vertragstyp beziehen muss, dass also die bloße *conventio* in ein *nomen contractus* übergehen muss.⁵² In diesem Bereich sind die prozessualen Konsequenzen klar – es gibt bei einer Vereinbarung, die vom anerkannten Vertragstyp abweicht, keine Klage –, aber auch in vielen Fällen unbefriedigend. Reaktionsmöglichkeiten bieten u.a. das Prozessrecht und damit der prätorische Rechtsschutz. Dazu findet man unter D. II. eine Vertiefung. Die Einteilung in den Institutionen kennt vertragliche Obligationen, die aufgrund von Worten, Sachhingabe, Eintragung ins Hausbuch des *pater familias* oder Konsens zustande kommen. Dies ist ein typisches Beispiel dafür, dass die dogmatische Entwicklung in einem solchen Schema ausgeblendet wird. Forscht man in anderen Quellen, so ergibt sich für die klassische Lehre das Bild von *conventiones*, die bei Übergang in einen anerkannten Vertragstyp bindend sind, für die vorklassische Lehre dagegen als Ausgangspunkt die Verbindlichkeit für solche Handlungen, bei denen das Vertrauen eines anderen in Anspruch genommen worden ist.⁵³ Der Zentralbegriff dieser Lehre ist *negotium*, im Plural *negotia* – Rechtsgeschäfte. Rechtlich bindend sind *negotia stricti iuris*, also Rechtsgeschäfte strengen Rechts, die durch das *ius civile* im engeren Sinne anerkannt sind. Darüber hinaus sind *negotia bonae fidei* anerkannt, die auf einer weit verstandenen Grundlage des Vertrauensprinzips aufbauen. In den Quellen spiegelt sich daher eine Vertragsauffassung, die auf dem Vertrauensprinzip aufbaut, ebenso wie eine Vertragsauffassung, die Verbindlichkeit an die Anerkennung

⁴⁹ Rüfner, Savigny und der Sachbegriff, in: Leible/Lehmann/Zech, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 33–48.

⁵⁰ Behrends, SZ Roman. Abt. 125 (2008), 25 (37 f.) und dazu die Entscheidung Justinians, der sich den Sabinianern anschließt, C. 6,29,3.

⁵¹ Behrends, Die Spezifikationslehre in der römischen Jurisprudenz, SZ Roman. Abt. 112 (1995), 195; Schermaier, Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, 1992. Und vertiefend, insbesondere mit Blick auf die *media sententia* Lohsse sowie Beh-

rends, in: Möller/Avenarius/Meyer-Pritzl (Fn. 10), S. 57 und S. 108 sowie der Aufsatz von Behrends, Species und Qualitas. Die zwei Zuordnungselemente der körperlichen Dinge am Beispiel der ergänzenden Anfügung, a.a.O., S. 120.

⁵² D. 2, 14, 1, 3 und 4 Ulpianus lb. 4 ad edictum.

⁵³ Möller, Grundlagen des römischen Vertragsrechts, in: Kunig/Nagata, Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog, 2006, S. 71.

als Vertragstyp durch die Rechtsordnung knüpft und den darauf bezogenen Konsens als entscheidend herausstellt.

3. Bemerkungen zum Prozessrecht – *actio*

Die Erläuterungen zum Prozessrecht können hier knapp gefasst werden, da eine strenge Auslegung der auf dem Gesetz beruhenden Klagen, der *legis actiones*, bereits Gegenstand der Darstellung war und das Formularverfahren, das seit dem 3. Jh. v. Chr. entsteht, 156 v. Chr. durch die *lex Aebutia* auch gesetzlich anerkannt wird und eine Rolle über Jahrhunderte behält, bei der Vertiefung unter D. noch eine Rolle spielen wird. Eine kaiserliche Gerichtsbarkeit, die *extraordinaria cognitio*, wird von Augustus zunächst für bestimmte Ansprüche eingeführt und entwickelt sich neben dem Formularverfahren. Die Äußerungen der in die Digesten mit ihren Schriften aufgenommenen Juristen setzen zum größten Teil das Formularverfahren voraus. Charakteristisch dafür ist die Zweiteilung *in iure*, beim Prätor, wo die Formel für den Prozess beantragt wird, und *apud iudicem*, vor dem Richter, wo es darum geht, den vorgetragenen Sachverhalt zu beweisen bzw. die Abweisung der Klage auf der Grundlage des in der Formel gestalteten Programms zu erreichen.

C. Einige Aspekte der Wirkungsgeschichte des römischen Rechts

Diese zugleich zeitgebundene wie auch in ihrer dogmatischen Konsequenz und in ihrem universalistischen Ansatz für das *ius gentium* von vielen Umständen abstrahierte Überlieferung spielt vor Justinians Gesetzgebung auch in den Germanenrechten des weströmischen Reiches eine Rolle. Doch findet eine wissenschaftliche Beschäftigung mit dem römischen Recht in einer neuen Weise ab etwa 1100 durch Irnerius in Bologna anhand der Überlieferung der justinianischen Digesten statt. Diesem Phänomen und seiner Entwicklung bis zu den Kodifikationen gelten noch ein paar Bemerkungen.⁵⁴

Im Laufe der folgenden Jahrhunderte diente das römische Recht als Autorität, als *ratio scripta*, bei den Glossatoren und Kommentatoren. Es bot einen wichtigen Faktor im Streben der Kaiser des Heiligen Römischen Reiches nach einer Kontinuität mit dem *imperium Romanum*. Und es erwies sich auch unter veränderten politischen und wirtschaftlichen Bedingungen als anpassungsfähig. Es wurde zur Inspiration für die konkrete Ausgestaltung von Natur- und Vernunftrecht und es bildete ein *ius commune* in weiten Teilen Europas. Wissenschaftlichkeit und Rationalität waren mit dem Einfluss des römischen Rechts unmittelbar verbunden. Diese Prägung im römischen Recht wird an den

seit dem 12. Jh. gegründeten Universitäten aufgenommen. Die Rolle des römischen Rechts wurde für die Anwendung in der Praxis immer wieder neu diskutiert. So galt es für die Vertreter des Vernunftrechts nur, insoweit sich seine Vernünftigkeit darlegen ließ. Im *usus modernus* musste sein Gebrauch nachgewiesen werden. Es wurde in seinem Freiheitsgehalt und in seinen Rechtspositionen sichernden Grundannahmen zur Inspiration für die liberalen Rechtslehren im 19. Jh. Auf der Grundlage des römischen Rechts wurden gerade in der historischen Rechtsschule in Deutschland und in der Pandektistik neue Institute geschaffen und die Wirkung von Prinzipien ausgelotet. Das gilt für Savignys Lehre vom Abstraktionsprinzip ebenso wie für Rudolf von Jherings Lehre von der culpa in contrahendo oder Windscheids Lehre von der Voraussetzung, aus der sich die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelt hat.

D. Der Nutzen erworbener Kenntnisse für das Verständnis von Quellen – Vertiefung im Schwerpunkt

I. Allgemeines

Die römischen Juristen drücken sich in den überlieferten Texten häufig sehr knapp aus. Man muss also versuchen, aus der Zusammenschau mit anderen Quellen oder weiteren Informationen behandelte Fälle zu ergänzen oder zu kontextualisieren, aber auch die Lösungen der Juristen mit Argumenten zu verknüpfen, die nicht immer explizit gemacht werden. Dies kann nur gelingen, wenn man sich mit historischen Abläufen, mit den Rechtsquellen, mit dem Prozessrecht und auch mit den unterschiedlichen Interpretationsansätzen auskennt. Wenn man sich aus der Lehrbuchliteratur informiert hat und die Darstellungen mit kritischem Geist zur Kenntnis nimmt, wird man schnell feststellen, dass es durchaus Unterschiede bei der Kombination historischer Informationen und Unterschiede bei der Einordnung der Quellen in den Zusammenhang der römischen Jurisprudenz gibt. Eine Basis für ein eigenes Urteil kann man nur aus den Quellen gewinnen. Sie sind der Ausgangspunkt jeder Erörterung und der Prüfstein für die Würdigung der verschiedenen angebotenen Interpretationen.

II. Zur Kauf-Tausch-Kontroverse

Die Streitigkeiten unter den römischen Juristen sind deswegen besonders lehrreich, weil sie verschiedene Möglichkeiten aufzeigen, wie man mit Rechtsfragen umgehen kann. Das lässt sich an der weithin bekannten Kauf-Tausch-Kontroverse verdeutlichen.⁵⁵ Mit diesem Schlagwort wird eine Streitigkeit zwischen der sabinianischen und der prokulia-nischen Rechtsschule beschrieben, in der es auf den ersten

⁵⁴ Einen ersten Eindruck verschafft *Liebs* (Fn. 27), S. 103–118. Klassisch ist die Darstellung bei *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967. Empfehlenswert: *Rainer*, *Das Römische Recht in Europa*, 2. Aufl. 2020.

⁵⁵ S. nur die Darstellung bei *Kaser/Knüttel/Lohsse* (Fn. 8), § 52 und *Behrends* (Fn. 7), S. 225–230.

Blick darum geht, ob eine Tauschvereinbarung mit der Kaufklage vor Gericht durchgesetzt werden konnte, ob also zum Beispiel der Tauschpartner, der seinen Teil der Vereinbarung erfüllt hatte, auf die Gegenleistung klagen und dafür die Klage aus Kauf in Anspruch nehmen konnte. Eine Spur dieses Problems finden wir noch im BGB, das in § 480 bestimmt, dass auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden. In den Quellen finden wir das Problem bei dem spätclassischen Juristen Paulus anhand eines typischen Schulfalles dargestellt.⁵⁶ Tausche Toga gegen Tunika. Es wird einleitend herausgestellt, dass der Tausch am Anfang der wirtschaftlichen Entwicklung gestanden habe. Doch sei durch die Erfindung des Geldes, das seinen Wert durch die Prägung erhält und der Menge nach eingesetzt werden kann, eine Möglichkeit geschaffen worden, die es erlaube, Parteirollen und damit auch Leistungspflichten klar zuzuweisen. Daher sei der Tausch (*permutatio*) nicht als Kauf (*emptio venditio*) klagbar. Sabinus und Cassius hätten es dagegen für richtig gehalten, auch beim Tausch die Kaufklagen einzusetzen. Hinter diesem Streit steht die grundlegende Frage, was die Verbindlichkeit eines Rechtsgeschäfts ausmacht. Geht es dabei um anerkannte und klar definierte Vertragstypen wie im Beispiel den Kauf, der durch eine Einigung über den Kaufgegenstand und den Preis gekennzeichnet ist, oder geht es darum, durch Klagschutz rechtliche Vereinbarungen zu schützen, die einen sinnvollen Gütertausch zum Inhalt haben und bei denen das Vertrauen des Geschäftspartners in Anspruch genommen worden ist? Diese Alternativen lassen sich für die römischen Juristen in die Zeit der Republik zurückverfolgen. Für das Vertrauensprinzip (*bona fides*) kann auf die Lehren des vorklassischen Juristen Quintus Mucius Scaevola hingewiesen werden. Die Gegenposition, die Paulus in der angesprochenen Quelle vertritt, lässt sich als die Lehre des Servius Sulpicius identifizieren, dem zufolge die Verbindlichkeit auf dem Konsens beruhte, der sich allerdings auf einen anerkannten Vertragstyp beziehen musste – s. dazu schon B. II. 2. Und für den Austausch von Waren war als vertragliche Form nur der Kauf mit einer Gegenleistung in Geld nach dem von Servius etablierten institutionellen Rechtsdenken geeignet.

Mit dem Blick auf diese Alternativen und der Auskunft, dass sich die Ansicht des Servius durchgesetzt hat, bleibt man etwas ratlos zurück. Konnten dann Tauschvereinbarungen gar nicht im Klagewege geltend gemacht werden? Doch, kann man zur Beruhigung mitteilen. Es gab sehr bald Überlegungen bei einigen Juristen, die den Kern der Verbindlichkeit auf andere Konstellationen ausdehnten. Die Gegenseitigkeit der Leistungspflichten spielte schon bei

Labeo eine Rolle, der das Synallagma als Kennzeichen solcher Verträge benannt hat. Den Durchbruch brachte aber der Jurist Aristo, der gegen Ende des 1. Jhs. n. Chr. tätig war. Auf ihn geht die Lehre von der *causa* zurück, die man wohl am besten final und die entsprechend erbrachte Leistung als zweckbestimmte Leistung verstehen muss.⁵⁷ War eine solche Leistung erbracht, so sollte die Gegenleistung eingeklagt werden können. Dies ist eine typisch vermittelnde Lösung. Schließlich wird mit der *causa*-Lehre gewissermaßen ein neuer definierter Typus geschaffen, der sich insofern an dem Kriterium von Servius orientiert, aber durch die Aufnahme eines so abstrakt beschriebenen Zusammenhangs die Tür für die Annahme von Verbindlichkeiten in einer Weise weit aufstößt, wie es dem Grundgedanken von Quintus Mucius entsprach. Für die Feinheiten der Diskussion ist es wichtig, die prozessuale Seite noch kurz einzubeziehen. Hier finden wir in den Quellen Möglichkeiten eine *actio in factum* zu wählen oder eine *actio praescriptis verbis* – D. 2, 14, 7, 2 Ulpianus lb. 4 ad edictum. Damit sind entweder prätorische Ergänzungsklagen angesprochen, die der Konzeption nach auf dem *imperium* des Prätors und seiner Aufgabe, Lücken zu füllen, die im Widerspruch mit der *aequitas naturalis* stehen, beruhen oder auf einem Verständnis von der Rechtsordnung, die stets nur eine Annäherung an das von Natur her vorhandene Recht darstellt und daher durch Analogien oder andere Anpassungen einem als richtig erkannten Ziel dienstbar gemacht werden kann.

III. Deliktischer Ersatz nach der *lex Aquilia*

Anhand von Beispielen aus dem Bereich der deliktischen Haftung soll gezeigt werden, in welcher Weise die Interpretation römischer Rechtstexte das Verständnis historischer wie dogmatischer Zusammenhänge und Lösungsmöglichkeiten schult und welche konzeptionellen Linien der Argumentation man im römischen Recht freilegen kann. Außerdem wird anhand einer Entscheidung des im Jahr 1879 in Leipzig gegründeten Reichsgerichts deutlich, wie man in den Quellen des römischen Rechts eine Lösung für aktuelle, im tatsächlichen Kontext partiell abweichende Konstellationen finden konnte.

1. Ein gekapptes Ankertau und zerschnittene Fischernetze im römischen Recht

Die Quelle, die ich kurz vorstellen möchte, ist in die Digesten Justinians im 9. Buch in den 2. Titel *de lege Aquilia* aufgenommen worden. Es geht also um die Haftung nach dem ersten allgemeinverbindlichen Plebiszit, das im Jahr 286 v. Chr. von der plebejischen Volksversammlung be-

⁵⁶ D. 18, 1, 1, 1 Paulus libro trigensimo tertio ad edictum.

⁵⁷ Ebenso *dalla Massara*, Die causa des Vertrages im Denken des Aristo: zu den Ursprüngen einer Idee, in: Albers/Patti/Perrouin-Verbe, Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens, 2022, S. 37; a.A. *Schermaier*, Kausalität oder Fina-

lität? Überlegungen zur causa in Ulpian D. 2, 14, 7, in: Finkenauer/Sirks, Interpretationes Iuris Antiqui. Dankesgabe für Shigeo Nishimura, 2018, S. 293. S. dazu demnächst *Möller*, Die Wertschätzung des Plinius für den Juristen Aristo, in: Canobbio/Fögen/Rocchi, Plinius der Jüngere aus interdisziplinärer Perspektive, 2024.

geschlossen worden ist. Von den drei Kapiteln, die man auch als Paragraphen bezeichnen könnte, ist hier das 3. Kapitel einschlägig. Dort ist bestimmt, dass derjenige Schadensersatz zu leisten hat, der einem anderen einen Schaden durch Brennen, Brechen oder Reißen zugefügt hat. Schon in der Gesetzesinterpretation des 2. Jhs. v. Chr. hat man den Wortlaut so verstanden, dass jede Form des Verderbens einen Schadensersatzanspruch zur Folge hat. Aus *urere*, *frangere*, *rumpere* wurde darauf geschlossen, dass jedes *corrumpere* den Tatbestand erfüllt.⁵⁸ Eine weitere Voraussetzung der Haftung war die widerrechtliche Zufügung des Schadens, *iniuria*. Mit dieser Thematik befasst sich die folgende Quelle, die ursprünglich von Ulpian verfasst worden ist. Der spätklassische Jurist, gestorben 223 n. Chr., erörtert verschiedene Fallkonstellationen in seinem Kommentar zum Edikt. Er schreibt damit in der Tradition, die von Servius Sulpicius, dem Freund Ciceros, im 1. Jh. v. Chr. begründet worden ist.⁵⁹ Im 18. Buch seines Ediktcommentars befasst er sich mit der *lex Aquilia*, genauer gesagt mit der Klage, der *actio* aufgrund der *lex Aquilia*. Schließlich ist die Kommentierung des Edikts an die dort verkündeten Rechtsbehelfe angelehnt. Ulpian greift bei seiner Darstellung auf eine Tradition der Erörterung des Rechtsproblems zurück, die bis zu Labeo, einem Juristen der augusteischen Zeit, und zu Proculus, dem Schulgründer der prokulianischen Rechtsschule, gestorben 65 n. Chr., reicht.

Es ist ein der Seefahrt entnommener Ausgangsfall, der in verschiedenen Variationen und unter verschiedenen Aspekten diskutiert wird. Bei Labeo hat Ulpian den Fall behandelt gefunden, dass eine Klagemöglichkeit diskutiert wurde, als

Seeleute die Ankertaue eines Schiffes gekappt hatten, das durch einen Sturm auf die Ankertaue des von ihnen gesteuerten Schiffes getrieben worden war. Ein Loskommen des eigenen Schiffes war nur dadurch möglich, dass die Ankertaue des anderen Schiffes zerstört wurden. Eine Klage darf vom Prätor in diesem Fall nach der Ansicht von Labeo nicht erteilt werden. Ulpian zieht für eine andere Fallvariante, in der es nicht um die Ankertaue eines anderen Schiffes geht, sondern um Fischernetze, die zerstört worden waren, außer Labeo auch noch Proculus heran, die beide eine Klage auch in einem solchen Fall abgelehnt hätten. Der nächste Satz schafft Klarheit darüber, welche Klage hier diskutiert wurde. Denn in dieser Variante wird die Klage gegeben, und zwar die Klage nach der *lex Aquilia*. Der Unterschied besteht darin, dass die Verwirrung der Tauen durch ein Verschulden der Seeleute herbeigeführt worden ist. Dann kann die Notlage nicht erfolgreich geltend gemacht werden, um einer Haftung zu entgehen. Die weitere Erörterung knüpft an den Schadensfall in der ersten Abwandlung, nämlich an die zerstörten Fischernetze an. Es geht um den Haftungsumfang, nämlich darum, ob nicht nur die Fischernetze in die Schadensschätzung einzubeziehen sind, wenn die Gefahrenlage schuldhaft herbeigeführt worden war, sondern auch die wegen der Zerstörung der Netze nicht gefangenen Fische. Ein solcher Posten bei der Schadensermittlung wird wegen der Unsicherheit der Erfolgsaussicht abgelehnt.⁶¹ Ulpian fügt, wohl angeregt durch die Situation der Jagd, noch die Jäger und Vogelfänger an, deren Jagdertrag man ebenso wenig als sicher in Berechnungen einbringen kann, wie beim Fischfang.

D. 9,2,29,3 et 5 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum (Ulpian im 18. Buch seines Ediktcommentars)

Item **Labeo** scribit, si, cum vi ventorum navis impulsisset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. plane si culpa nautarum id factum esset, **lege Aquilia agendum**. sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum.

5 Si funem quis, quo religata navis erat, praeciderit, de nave quae periit **in factum agendum**.

Ferner schreibt **Labeo**: Wurde ein Schiff vom Sturm auf die Ankertaue eines anderen getrieben und hatten die Seeleute die Tauen gekappt, so darf, falls das Schiff auf keine andere Weise als durch Kappen der Tauen loskommen konnte, keine Klage erteilt werden. Dasselbe haben **Labeo** und **Proculus** auch bei Fischernetzen angenommen, in die sich ein Fischkutter verfangen hatte. Ist ein solcher Vorfall freilich durch Verschulden der Seeleute verursacht worden, so **kann mit der Klage nach der *lex Aquilia* vorgegangen werden**. Wird aber bezüglich der Netze wegen widerrechtlich zugefügten Schadens geklagt, so werden die Fische, die deshalb nicht gefangen wurden, nicht von der Schadensschätzung erfasst, da ungewiss war, ob sie gefangen worden wären. Dasselbe ist auch bei Jägern und Vogelfängern anzunehmen.

5 Hat jemand das Tau, mit dem das Schiff festgemacht war, gekappt, so muss wegen des Schiffes, das verloren ging, **mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage vorgegangen werden**.⁶⁰

⁵⁸ Gaius Inst. 3,217.

⁵⁹ D. 1,2,2,44 in fine Pomponius libro singulari enchiridii (Pomponius in seinem Handbuch).

⁶⁰ Übersetzung aus Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung II. Digesten 1–10, 1995, S. 753 f.

⁶¹ Zimmermann, The Law of Obligations, 1990, S. 972.

In dem hier nicht wiedergegebenen Paragraphen 4 der Quelle wird von dem Servius-Schüler Alfenus ein Fall erörtert, bei dem es zu einer Kollision zweier Schiffe kommt, die zum Untergang eines Schiffes führt. Erneut wird als Ausschlussgrund für eine Klage angeführt, dass Ursache des Unfalls ein großer Sturm war. Verschulden der Seeleute führe allerdings dazu, dass die Klage nach der *lex Aquilia* begründet sei. Dieser Darstellung schließt sich Paragraph 5 an, der eine weitere Problematik zum Gegenstand hat. Wieder geht es um ein gekapptes Ankertau. Doch ist nun die Frage, welche Klage zusteht, wenn das Schiff dadurch verloren geht. Die Auskunft Ulpian's, die er vermutlich bereits in den von ihm herangezogenen Schriften von Alfenus, Laeio und Proculus gefunden hat, lautet, dass eine *actio in factum* gegeben werden müsse.

Für die Interpretation dieser Quelle sind Vorkenntnisse nötig, die im ersten Teil dieses Beitrags vermittelt worden sind. Es geht um ein Plebiszit, also eine in der Republik seit 287 v. Chr. als für alle römischen Bürger anerkannte Rechtsquelle. Der geschilderte Fall wird unter die Vorgaben des Plebiszits subsumiert. Eine Zerstörung der Anker-taue oder des Fischernetzes findet ohne Zweifel statt. Doch ist für eine Klage auf Schadensersatz auch die Vorgabe der Rechtswidrigkeit zu prüfen. Ein Notstand rechtfertigt die Zerstörung fremden Eigentums. Dabei ist weiter zu bedenken, dass die Notstandslage nicht durch Verschulden herbeigeführt worden sein darf.⁶²

2. Der Rechtsgedanke im BGB und eine Entscheidung des Reichsgerichts zum Telegraphenkabel nach Helgoland

Wer sich nun an § 228 BGB erinnert fühlt, liegt genau richtig. Zwar ist dort nicht von der *lex Aquilia* als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs die Rede, aber die Verpflichtung zum Schadensersatz, die sich aus einer entsprechenden Norm des BGB ergeben kann, wird in derselben Weise begrenzt, wie wir das in der Ulpian-Stelle gelesen haben. Das ist auch kein Zufall. Schließlich ist das BGB von Juristen konzipiert worden, die an der Universität römisches Recht studiert hatten und die in ihrem beruflichen Alltag häufig mit römischem Recht als subsidiär geltendem Recht zu tun hatten. Das führende, auch von Praktikern bevorzugte Lehrbuch der zweiten Hälfte des 19. Jhs. war das dreibändige Lehrbuch des Pandektenrechts von Bernhard Windscheid. Der berühmte Jurist gehörte zudem der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines BGB-Entwurfs an. Besonders interessant ist es, anhand einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 12.10.1881 zum Kappen des Telegraphenkabels nach Helgoland nachzuvollziehen, wie das römische Recht in der Praxis zur Geltung gebracht wurde:

„Die aquilische Klage setzt nach den Grundsätzen des römischen Rechts ein *damnum iniuria datum* voraus, also eine rechtswidrige Beschädigung oder Vernichtung fremden Eigentums. Sie ist daher nicht begründet, wenn der Beschädiger zu der beschädigenden Handlung berechtigt war, und eine solche Berechtigung wird insbesondere auch dann angenommen, wenn die Handlung aus begründeter Besorgnis für den Verlust eigener Vermögensrechte zu dessen Abwehr vorgenommen wurde. [...] Selbstverständlich wird hierbei jedoch ein durch höhere Gewalt oder Zufall veranlaßter Notstand vorausgesetzt, da ein selbstverschuldeter Notstand die beschädigende Handlung nicht würde rechtfertigen können.“⁶³

In dieser Anwendung durch das Reichsgericht spielen die prozessualen Themen des römischen Rechts naturgemäß keine Rolle. Es geht um die Frage der Rechtswidrigkeit und auf diesem Feld um die Thematik eines Notstands, der die Beschädigung fremden Eigentums rechtfertigt. In Bezug auf diesen Gedanken war eine Übertragung der Dogmatik zur *lex Aquilia* des römischen Rechts, die als Plebiszit aus dem Jahr 286 v. Chr. stammt und von Generationen von römischen Juristen interpretiert und angewendet worden war, auf das Telegraphenkabel nach Helgoland und seine Beschädigung ohne weiteres möglich.

3. Mittelbare Schädigungen und die Frage der Haftung bei Gefahrensituationen

Anders verhält es sich mit der Unterscheidung, auf die in § 5 der Quelle Wert gelegt wird. Nur die unmittelbare Einwirkung auf die Sache wird als Grundlage einer Klage aus der *lex Aquilia* akzeptiert. Handelt es sich dagegen um einen Schaden, der lediglich aufgrund der unmittelbaren Beschädigung einer anderen Sache, nämlich hier des Ankertaus, eingetreten ist, also um einen mittelbar verursachten Schaden, nämlich den Verlust des Schiffes, so muss eine andere Klage gewählt werden, eine *actio in factum*. Man erkennt die dogmatischen Festlegungen, die für diese Entscheidung eine Rolle spielen. Es ist die handgreifliche Auslegung des Gesetzes und damit eine Weichenstellung, die auf Servius zurückführt, und es ist die Möglichkeit, in bestimmten Fällen mit einer *actio in factum* dennoch eine Klageoption zu eröffnen.

In ähnlicher Weise lassen sich charakteristische Unterschiede bei der Interpretation und Anwendung der *lex Aquilia* im Bereich des Verschuldens (*culpa*) feststellen. Geht man von einem allgemein verstandenen Prinzip der Rücksichtnahme aus, so müssen Gefahrensituationen abgesichert werden und muss dafür eingestanden werden, wenn jemand eine Tätigkeit übernimmt, für die seine Kräfte oder seine Kenntnisse nicht ausreichen. Nimmt man eine handgreifliche Auslegung des Gesetzes als Ausgangspunkt, so bleiben Lücken im Rechtsschutz, wenn es sich um Gefahrensituationen handelt. Typisch für die Klassiker und für die prokulianische Rechtsschule ist es, in solchen Gefah-

⁶² Zimmermann (Fn. 61), S. 1002 f.

⁶³ RG v. 12.10.1881 – AZ I 581/81, RGZ 5, 160, 161 f.

rensituationen, in denen ein öffentliches Interesse an einer Haftung bei Schadensfällen besteht, einen Spezialtatbestand im Edikt zu schaffen. Diese Haftung knüpft an die Gefahr an, nicht an ein konkret zu ermittelndes Verschulden. Für einen Schaden, den ein an einer öffentlichen Straße gehaltenes Tier verursacht, haftet der Eigentümer des Tieres mit der *actio de feris*. Für einen Schaden, der entsteht, weil etwas aus einem Fenster eines Hauses hinausgeworfen oder hinausgegossen wurde, haftet der Wohnungseigentümer, auch wenn er sich gar nicht in der Wohnung aufgehalten hat, mit der *actio de effusis vel deiectis*.

Man erkennt unterschiedliche Haftungskonzepte und kann auf einer solchen Grundlage auch heute darüber nachdenken, wie neue Sachverhalte am besten einer haftungsrechtlichen Regelung zugeführt werden können. Das gilt zum Beispiel für die Haftung bei autonom bzw. systemgesteuert fahrenden Autos.⁶⁴

E. Vertiefung im Seminar

Für das Seminar bietet sich ein breites Themenspektrum an. So ist das Thema „Die Rechtsstellung der Frau im römischen Recht“ immer auf besonderes Interesse gestoßen. Der Vergleich mit der Gegenwart führt zu einer schärferen Wahrnehmung von Unterschieden, aber auch Ähnlichkeiten mit der heutigen Situation. Ein guter Zugang führt auch zu Themen des römischen Privatrechts, wenn man die Dogmatik mit Juristenbiographien kombiniert. So kann das Thema der Frauenvormundschaft mit dem Juristen Gaius verknüpft werden, kann eine Auseinandersetzung mit dem Streit über die *causa traditionis* mit einer Beleuchtung der Rolle des Juristen Julian verbunden werden oder auch die Einführung der *actio de dolo* mit dem spätrepublikanischen Juristen Aquilius Gallus. Es ist aber auch immer wieder spannend, einen am römischen Recht geschulten Blick auf die Lehren der Juristen des 19. Jhs. zu werfen, wie zum Beispiel auf die Entwicklung des Abstraktionsprinzips durch Friedrich Carl von Savigny oder auf die Entdeckung der culpa in contrahendo durch Rudolf von Jhering oder auf die Argumentation dieses Juristen zu nachbarrechtlichen Einschränkungen des Eigentums an Grundstücken.⁶⁵ Einen besonderen Gewinn trägt man aus einem Seminar über Ciceros Schriften davon, insbesondere wenn es mit dem Historiker Ernst Baltrusch, einem hervorragenden Cicero-Kenner, veranstaltet wird – wie zuletzt im Sommersemester 2020 zu Ciceros Schrift *de legibus*.

F. Römisches Recht im Jahr 2023

Auf alle in der Einführung gestellten Fragen sind Antworten gefunden worden. Die Rolle des römischen Rechts hat sich durch die Kodifikation des BGB selbstverständlich verändert. Doch ist im günstigen Fall deutlich geworden, dass bei der Beschäftigung mit dem römischen Recht eine intellektuelle Schulung für das Recht allgemein und im Besonderen für die Grundlage des in Deutschland geltenden Rechts gewonnen werden kann. Diese intellektuelle Schulung bezieht sich auf das Differenzieren zwischen allgemeinen Elementen und historischen Besonderheiten, auf das Freilegen kohärenter Systematik und eine Analyse der verschiedenen Positionen der römischen Juristen und auf eine Konfrontation des heutigen Rechts mit seinen Wurzeln oder mindestens mit Grundlinien rechtlicher Lösungen, die im Zuge der Gesetzgebung des BGB diskutiert wurden.⁶⁶

Für eine pragmatische Perspektive im Studium lässt sich darauf hinweisen, dass eine Perspektive, die auf Grundlinien ausgerichtet ist und Zusammenhänge in den Vordergrund stellt, als Begleitung zum Erlernen vieler Einzelheiten gut geeignet erscheint. Die Unterscheidung von formal definierten Instituten einerseits und Prinzipien, die Wertungen erforderlich machen, andererseits schärft die Analyse insbesondere zivilrechtlicher Regelungsfelder und Problemlagen in der nützlichsten Weise.

Die Hemmschwelle, die durch die lateinische Sprache besteht, wird durch moderne deutsche Übersetzungen reduziert und in den Veranstaltungen an unserem Fachbereich durch stets bereit gestellte zweisprachige Quellenpapiere minimiert. Im Schwerpunktbereich ist durch den Methodenkurs eine Diskussion über die in der Vorlesung behandelten Themen und die dafür herangezogenen Quellen möglich. Auf diese Weise wird der Umgang mit dem Römischen Recht erleichtert und vermag in der Zeit der Vorbereitung auf den staatlichen Teil der ersten Juristischen Prüfung den Sinn für den Überblick und für eine reflektierte Dogmatik zu schärfen.

Es kommt hinzu, dass das römische Recht zur Grundlage der meisten europäischen Rechtsordnungen geworden ist und vermittelt durch diese eine weltweite Ausstrahlung entfaltet hat und bis heute entfaltet.⁶⁷

⁶⁴ Vor diesem Hintergrund ist entstanden Möller, Haftungskonzepte im römischen Deliktsrecht, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht – Zur Verantwortlichkeit beim Einsatz von Robotern, 2016, S. 119, abrufbar unter: <https://doi.org/10.5771/9783845280066>.

⁶⁵ S. dazu den Beitrag von Müller, Sozialbindung des Eigentums – Rudolf von Jherings Vorarbeit für § 906 BGB, BRZ 2022, S. 164.

⁶⁶ Zur Geschichte des BGB siehe jetzt Haferkamp, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 2022.

⁶⁷ Manthe, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 8 hebt hervor, dass es sich um die einzige nationale Rechtsordnung handelt, die sich bis zum heutigen Tag zu einem wirklichen Weltrecht entwickelt habe.