

BSB

BÖHLAU STUDIEN BÜCHER  
*Grundlagen des Studiums*

PETER APATHY · GEORG KLINGENBERG · MARTIN PENNITZ

# Einführung in das römische Recht

Unter Beteiligung von Philipp Klausberger und Markus Wimmer

7., überarbeitete Auflage

böhlau





Peter Apathy / Georg Klingenberg / Martin Pennitz: Einführung in das römische Recht

Peter Apathy / Georg Klingenberg / Martin Pennitz

# Einführung in das römische Recht

7., verbesserte und ergänzte Auflage

Unter Beteiligung von  
Philipp Klausberger und Markus Wimmer

BÖHLAU VERLAG WIEN KÖLN

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <https://dnb.de> abrufbar.

1. Auflage 1994

© 2022 Böhlau Verlag, Zeltgasse 1, A-1080 Wien, ein Imprint der Brill-Gruppe  
(Koninklijke Brill NV, Leiden, Niederlande; Brill USA Inc., Boston MA, USA;  
Brill Asia Pte Ltd, Singapore; Brill Deutschland GmbH, Paderborn, Deutschland;  
Brill Österreich GmbH, Wien, Österreich)  
Koninklijke Brill NV umfasst die Imprints Brill, Brill Nijhoff, Brill Hotei,  
Brill Schöningh, Brill Fink, Brill mentis, Vandenhoeck & Ruprecht,  
Böhlau, Verlag Antike und V&R unipress.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des  
Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig.

Satz: büro mn, Bielefeld  
Druck und Bindung: BALTO print, Vilnius  
Gedruckt auf chlor- und säurefreiem Papier  
Printed in Europe

ISBN 978-3-205-21611-7

## Inhalt

Vorwort . . . . .	13
Abkürzungen . . . . .	14

### Erster Teil

#### Grundlagen

§ 1. Römisches Recht und österreichisches Privatrecht . . . . .	17
§ 2. Die Entwicklung des römischen Privatrechts . . . . .	19
I. Ius civile . . . . .	19
II. Ius honorarium . . . . .	20
III. Juristenrecht . . . . .	22
IV. Justinians Gesetzgebungswerk . . . . .	25
V. Vom römischen Recht zum ius commune . . . . .	26
§ 3. Ius . . . . .	28
I. Ars boni et aequi . . . . .	28
II. Bedeutungen von ius . . . . .	29
III. Recht und Sitte . . . . .	29
IV. Ius civile und ius gentium . . . . .	30
V. Recht und actio . . . . .	31

### Zweiter Teil

#### Personen- und Familienrecht

§ 4. Grundbegriffe des Personenrechts . . . . .	33
I. Rechtssubjekte . . . . .	33
II. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit . . . . .	35
§ 5. Die Rechtsstellung des Menschen . . . . .	38
I. Der Beginn des menschlichen Lebens . . . . .	38
II. Das Ende des menschlichen Lebens . . . . .	42
III. Kriegsgefangenschaft . . . . .	43
IV. Sklaven und Freigelassene . . . . .	45
V. Hauskinder und Sklaven . . . . .	49
§ 6. Geschäftsfähigkeit. Tutela und cura . . . . .	53
I. Geschäftsfähigkeit . . . . .	54
II. Tutela impuberum. Cura minorum . . . . .	57
§ 7. Familie und Verwandtschaft . . . . .	61
§ 8. Eherecht . . . . .	62

6 Inhalt

I.	Das Wesen der römischen Ehe . . . . .	62
II.	Verlöbnis (sponsalia) . . . . .	63
III.	Ehehindernisse . . . . .	64
IV.	Ehegesetze des Augustus . . . . .	65
V.	Eheschließung . . . . .	66
VI.	Auflösung der Ehe . . . . .	67
VII.	Manus . . . . .	67
§ 9.	Ehegüterrecht . . . . .	68
I.	Gütertrennung . . . . .	68
II.	Schenkungsverbot . . . . .	68
III.	Heiratsgut (dos) . . . . .	69
§ 10.	Kindschaftsrecht . . . . .	71

**Dritter Teil**  
**Erbrecht**

§ 11.	Funktion und Grundbegriffe . . . . .	74
§ 12.	Intestaterbfolge . . . . .	75
I.	Verwandtenerbfolge . . . . .	75
II.	Ehegattenerbrecht . . . . .	83
§ 13.	Testamentarische Erbfolge . . . . .	83
I.	Ius civile . . . . .	83
II.	Ius honorarium . . . . .	86
III.	Kodzill . . . . .	86
§ 14.	Noterbrecht . . . . .	87
§ 15.	Der Erbgang . . . . .	88
I.	Allgemeines . . . . .	88
II.	Erwerb der zivilen hereditas . . . . .	88
III.	Der Erwerb der bonorum possessio . . . . .	89
IV.	Die Erbschaftssteuer . . . . .	89
V.	Hindernisse beim Erbgang . . . . .	89
VI.	Die hereditas iacens . . . . .	90
VII.	Erbschaftsschulden . . . . .	90
VIII.	Veräußerungsakte an der Verlassenschaft . . . . .	91
IX.	Transmission . . . . .	92
X.	Erbenlose Verlassenschaft . . . . .	92
§ 16.	Erbenmehrheit . . . . .	93
I.	Erbengemeinschaft . . . . .	93
II.	Erbteilung . . . . .	93
III.	Akkreszenz . . . . .	93
IV.	Kollation . . . . .	94

§ 17. Der Schutz des Erbrechts . . . . .	96
I. Der Schutz des zivilen Erbrechts . . . . .	96
II. Schutz der bonorum possessio . . . . .	97
III. Schutz des Pflichtteilsrechts . . . . .	98
§ 18. Legate und Fideikommiss . . . . .	98
I. Vermächtnisse. Übersicht . . . . .	98
II. Die Legate . . . . .	99
III. Die Fideikommiss . . . . .	102
IV. Universalfideikommiss . . . . .	103
§ 19. Die Schenkung von Todes wegen ( <i>donatio mortis causa</i> ) . . . . .	105

#### Vierter Teil Sachenrecht

§ 20. Funktion und Kennzeichen des Sachenrechts . . . . .	107
§ 21. Die Sachen (res) . . . . .	108
I. Begriff . . . . .	108
II. Arten von Sachen . . . . .	109
§ 22. Eigentum und Besitz . . . . .	112
I. Eigentum . . . . .	112
II. Besitz (possessio): Arten des Besitzes . . . . .	119
III. Erwerb und Verlust von Eigentum und Besitz . . . . .	121
IV. Rechtsschutz und Besitzschutz . . . . .	133
§ 23. Dingliche Nutzungsrechte . . . . .	139
I. Dienstbarkeiten . . . . .	139
II. Erbpacht und Baurecht . . . . .	143
III. Sicherungseigentum und Pfandrecht . . . . .	144

#### Fünfter Teil, erste Hälfte Schuldrecht – Besonderer Teil

§ 24. Die Stipulation . . . . .	153
I. Abschluss . . . . .	153
II. Rechtsschutz aus der Stipulation . . . . .	153
III. Anwendungsbereich der Stipulation . . . . .	154
IV. Kausale und abstrakte Stipulation . . . . .	154
§ 25. Die Realkontrakte . . . . .	155
I. Das mutuum . . . . .	155
II. Das commodatum . . . . .	158
III. Das depositum . . . . .	158
IV. Das pignus (Pfandrealkontrakt) . . . . .	159
V. Die fiducia . . . . .	160

§ 26. Der Kaufvertrag ( <i>emptio venditio</i> ) . . . . .	160
I. Abschluss, Inhalt, Rechtsschutz . . . . .	162
II. Kauf und Eigentumsübergang . . . . .	167
III. Probleme bei der Abwicklung eines Kaufvertrages . . . . .	170
IV. Die Gewährleistung für Rechtsmängel . . . . .	175
V. Gewährleistung für Sachmängel . . . . .	177
VI. Nebenabreden beim Kaufvertrag . . . . .	181
§ 27. Die <i>locatio conductio</i> . . . . .	182
I. Abgrenzungsfragen . . . . .	183
II. Miete und Pacht . . . . .	184
III. Der Dienstvertrag . . . . .	189
IV. Der Werkvertrag . . . . .	189
§ 28. <i>Mandatum</i> und <i>negotiorum gestio</i> . . . . .	191
I. Das <i>mandatum</i> . . . . .	191
II. Die <i>negotiorum gestio</i> . . . . .	194
§ 29. <i>Societas</i> und <i>communio</i> . . . . .	196
I. Die <i>societas</i> . . . . .	196
II. Schuldrechtliche Aspekte bei der <i>communio</i> . . . . .	198
§ 30. Die <i>Innominatkontrakte</i> . . . . .	198
I. Klassische Ausgangsfälle . . . . .	199
II. Spätclassische Verallgemeinerungen . . . . .	199
§ 31. <i>Pacta praetoria</i> . . . . .	200
I. Das <i>constitutum debiti</i> . . . . .	200
II. Das <i>receptum argentarii</i> . . . . .	200
III. Das <i>receptum arbitri</i> . . . . .	200
IV. Das <i>receptum nautarum, cauponum et stabulariorum</i> . . . . .	201
§ 32. Die adjektivischen Klagen . . . . .	201
I. Allgemeines und Übersicht . . . . .	201
II. Die <i>actio quod iussu</i> . . . . .	203
III. Die <i>actio de peculio vel de in rem verso</i> . . . . .	203
§ 33. Die Schenkung . . . . .	204
I. Begriff . . . . .	204
II. Form der Schenkung . . . . .	204
III. Einschränkungen der Schenkung . . . . .	205
§ 34. Kondiktionen und ungerechtfertigte Bereicherung . . . . .	206
I. Zum Begriff <i>condictio</i> . . . . .	206
II. Die Leistungskondiktionen . . . . .	207
III. Zum Inhalt der Leistungskondiktionen . . . . .	210
IV. Zur <i>condictio pretii</i> . . . . .	210
V. Prätorische Bereicherungsklagen . . . . .	210

§ 35. Delikte und Quasidelikte . . . . .	211
I. Das furtum . . . . .	211
II. Rapina . . . . .	213
III. Damnum iniuria datum . . . . .	213
IV. Iniuria . . . . .	216
V. Prätorische Delikte und Quasidelikte . . . . .	217
VI. Allgemeine Probleme bei Deliktssklagen . . . . .	220
VII. Die Noxalhaftung . . . . .	221
VIII. Die Haftung für Tiere . . . . .	222

### **Fünfter Teil, zweite Hälfte**

#### **Schuldrecht – Allgemeiner Teil**

§ 36. Die obligatio . . . . .	223
I. Begriff . . . . .	223
II. Schuld und Haftung . . . . .	223
III. Einteilung der Obligationen . . . . .	225
§ 37. Verträge und Rechtsgeschäfte . . . . .	227
I. Zum Begriff Rechtsgeschäft . . . . .	227
II. Arten und Einteilungen der Rechtsgeschäfte . . . . .	228
III. Einteilungen der schuldrechtlichen Verträge . . . . .	229
IV. Das pactum . . . . .	231
V. Die Vertragsfreiheit . . . . .	232
VI. Die Form von Rechtsgeschäften . . . . .	234
VII. Vertragsabschluss und Willensmängel . . . . .	235
VIII. Die Auslegung von Rechtsgeschäften . . . . .	240
IX. Unmöglichkeit . . . . .	241
X. Unerlaubtheit . . . . .	243
XI. Bedingung, Befristung, Auflage . . . . .	244
XII. Das unwirksame Rechtsgeschäft . . . . .	247
§ 38. Der Inhalt der Obligationen . . . . .	249
I. Dare, facere und praestare . . . . .	249
II. Verträge zugunsten Dritter . . . . .	250
III. Stück-, Gattungs- und Wahlschulden . . . . .	250
IV. Typisierung der Vertragspflichten . . . . .	251
V. Zeit und Ort der Leistung . . . . .	252
VI. Zinsen . . . . .	253
VII. Die Schadenersatzpflicht . . . . .	253
VIII. Konventionalstrafe . . . . .	255

§ 39. Haftung als Verantwortlichkeit und Vertretungspflicht . . . . .	256
I. Deliktische Verantwortlichkeit . . . . .	256
II. Vertragliche Verantwortlichkeit . . . . .	257
III. Gefahrtragung . . . . .	259
§ 40. Die Leistungsstörungen . . . . .	260
I. Übersicht . . . . .	260
II. Die nachträgliche Unmöglichkeit (Leistungsvereitelung) . . . . .	260
III. Der Schuldnerverzug . . . . .	261
IV. Der Gläubigerverzug . . . . .	262
§ 41. Das Erlöschen der Obligationen . . . . .	262
I. Übersicht . . . . .	262
II. Die solutio . . . . .	263
III. Die Kompensation . . . . .	264
IV. Die Erlassgeschäfte . . . . .	266
§ 42. Novation und Delegation . . . . .	267
I. Die Novationsstipulation . . . . .	267
II. Novationswirkungen im Prozess . . . . .	269
III. Die Delegation (Anweisung) . . . . .	269
§ 43. Mehrheit von Beteiligten . . . . .	271
I. Übersicht über die Gestaltungsmöglichkeiten . . . . .	271
II. Teilschuld und Gesamtschuld . . . . .	272
III. Die Gesamtschuld im römischen Recht . . . . .	273
§ 44. Ein- und Hinzutritt dritter Personen . . . . .	274
I. Übersicht . . . . .	274
II. Die Zession . . . . .	275
III. Die Bürgschaft . . . . .	277
IV. Das SC Velleaeanum . . . . .	281

**Sechster Teil**

**Zivilprozessrecht**

§ 45. Allgemeines . . . . .	282
§ 46. Die historische Entwicklung . . . . .	283
I. Prozessarten . . . . .	283
II. Entwicklung . . . . .	284
§ 47. Die Legisaktionen . . . . .	285
§ 48. Der Formularprozess . . . . .	286
I. Ablaufsübersicht . . . . .	286
II. Die actiones und ihre Formeln . . . . .	289
III. Beteiligte . . . . .	294
IV. Die Ladung . . . . .	295
V. Verhalten des Beklagten in iure . . . . .	296

VI. Die litis contestatio . . . . .	297
VII. Das Verfahren apud iudicem . . . . .	298
VIII. Das Urteil . . . . .	299
IX. Die pluris petitio („Überklagen“) . . . . .	300
X. Die Vollstreckung . . . . .	301
XI. Sonstige prätorische Rechtsschutzmittel . . . . .	302
§ 49. Der Kognitionsprozess . . . . .	304
§ 50. Nachklassische Sonderverfahren . . . . .	305
Sachregister . . . . .	307



## Vorwort

Die europäische Rechtskultur und im Besonderen auch das österreichische Privatrecht wurden entscheidend durch das römische Privatrecht geprägt. Es steht daher in Österreich traditionell am Beginn der Juristenausbildung. Unser Lehrbuch will den Studienanfänger in das römische Privatrecht, vor allem in das Recht der klassischen Jurisprudenz, und in die juristische Denkweise einführen sowie auf die vielfältigen Nachwirkungen des römischen Rechts im geltenden Recht hinweisen.

Der Aufbau des Lehrbuchs orientiert sich am Innsbrucker und Linzer Studienplan, ohne sich aber auf diejenigen Teilgebiete zu beschränken, die in den Vorlesungen behandelt werden. Nach einer Einführung in das römische Personen-, Familien- und Erbrecht liegt der Schwerpunkt der Darstellung beim Sachen- und Schuldrecht, welche Gebiete den nachhaltigsten Einfluss auf das geltende Recht und die heutige juristische Denkweise ausgeübt haben. Da der Studienanfänger in den Vorlesungen zum österreichischen Privatrecht besonders mit dem Kaufvertrag und dessen Abwicklung vertraut gemacht wird, wurde dieser Teil besonders intensiv behandelt, wobei aus didaktischen Überlegungen Überschneidungen der Darstellung im Schuld- und im Sachenrecht bewusst in Kauf genommen werden. Die abschließende Darstellung des Zivilprozesses ist für das Verständnis des römischen Privatrechts unerlässlich.

Die ersten drei Auflagen (1994, 1998, 2002) stammen von Peter Apathy, dem auch die Initiative für dieses Lehrbuch und dessen Konzept zu verdanken sind, von Georg Klingenberg und Herwig Stiegler. Von der vierten bis sechsten Auflage (2007, 2012, 2016) ging der Teil von Prof. Stiegler auf Martin Pennitz über. Nach dem leider viel zu frühen Tod von Prof. Klingenberg und der Emeritierung von Prof. Apathy wird die nunmehrige siebente Auflage, die leicht überarbeitet und in ihren Verweisen auf das geltende Recht aktualisiert wurde, zusammen mit Philipp Klausberger und Markus Wimmer betreut.

Die Autoren haben die Darstellung untereinander aufgeteilt: Doz. Klausberger bearbeitet auf Grundlage der Darstellung von Klingenberg das Schuldrecht; Prof. Wimmer das ursprünglich auf die Verfasser aufgeteilte Erbrecht (§§ 11, 13f von Apathy; § 12 von Stiegler, §§ 15–19 von Klingenberg) sowie das Zivilprozessrecht (von Klingenberg); Prof. Pennitz den einleitenden Teil über die Grundlagen (von Apathy), das Personen- und Familienrecht (§§ 4–6 von Stiegler; §§ 7–10 von Apathy) sowie das Sachenrecht (von Apathy).

Innsbruck und Linz, im März 2022.

*Klausberger Wimmer Pennitz*

## Abkürzungen

AA	Aulus Agerius (Kläger)
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aE	am Ende
aF	alte Fassung
allg	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AußStrG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz)
bes	besonders
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bsp	Beispiel
bzw	beziehungsweise
C	Codex (Justinians)
ca	circa
c. d.	capitis deminutio
Coll	Collatio legum Mosaicarum et Romanarum
D	Digesten
dh	das heißt
EheG	Ehegesetz
etc	et cetera
frag vat	Fragmenta Vaticana
f	folgende [Seite]
ff	folgende [Seiten]
G	Gesetz
Gai	Gaiusinstitutionen
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
hL	herrschende Lehre
I	Institutionen (Justinians)
idR	in der Regel
insb	insbesondere
IO	Insolvenzordnung
iVm	in Verbindung mit
ieS	im engeren Sinn
iwS	im weiteren Sinn
Jh	Jahrhundert

KSchG	Konsumentenschutzgesetz
MRG	Mietrechtsgesetz
nChr	nach Christus
nF	neue Fassung
NN	Numerius Negidius (Beklagter)
Nov	Novelle (Justinians/ABGB)
NZwG	Notariatszwangsgesetz
o	oben
oÄ	oder Ähnliches
PS	Pauli sententiae
S	Satz, Seite
s	siehe
s.	servitus
SC	senatus consultum
sog	so genannt
StGB	Strafgesetzbuch
TEG	Todeserklärungsgesetz
Ulp reg	Ulpiani liber singularis regularum
u	und, unten
ua	und andere, unter anderem
uÄ	und Ähnliches
usf	und so fort
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
va	vor allem
vChr	vor Christus
vgl	vergleiche
VStG	Verwaltungsstrafgesetz
VVG	Verbrauchergewährleistungsgesetz
wörtl	wörtlich
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
zT	zum Teil



## Erster Teil

# Grundlagen

## § 1. Römisches Recht und österreichisches Privatrecht

Das geltende österreichische Privatrecht ist das Ergebnis eines jahrhundertelangen Entwicklungsprozesses im europäischen Kulturraum. Die **abendländische Rechtskultur** baut in vielem auf dem römischen Recht auf; zahlreiche Institute unseres Privatrechts sind von den römischen Juristen erdacht oder vorgeformt; für viele Probleme haben sie in interessegerechten Fallentscheidungen vorbildliche Lösungen gefunden. Vor allem aber haben die römischen Juristen, beeinflusst von der griechischen Philosophie, die **juristische Denkweise** nachhaltig geprägt; denn als erste erfassten sie Rechtsfragen als Probleme des rationalen Denkens und erreichten dabei ein hohes Ausmaß an möglicher Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz. Neben der griechischen Philosophie und dem Christentum bildet daher die römische Jurisprudenz einen dritten antiken Eckpfeiler der abendländischen Kultur.

Die Kenntnis der **historischen Grundlagen** des geltenden Rechts soll dessen Verständnis vertiefen, indem die inhaltlichen Zusammenhänge zwischen den heutigen Regelungen und den Juristenentscheidungen besser erkannt und das über Jahrhunderte gewachsene geistige Band, das die einzelnen Bestimmungen – in systematischem Bestreben – zu einer Rechtsordnung zusammenfügt, bewusst wird. Es gilt ferner, die **praktischen Erfahrungen** der Vergangenheit für die Weiterentwicklung des Rechts zu nützen und frühere Fehlentwicklungen nicht zu wiederholen. Die Besinnung auf die historischen Gemeinsamkeiten der europäischen Rechtsordnungen, wie sie vor den Kodifikationen der letzten beiden Jahrhunderte bestanden, ist gerade in Hinblick auf die **Rechtsangleichung** im Rahmen der EU von großer Bedeutung. Auch wenn sich die gesellschaftlichen Verhältnisse ändern, gibt es – insb im Privatrecht – über die Jahrhunderte gleich bleibende oder ähnlich gelagerte Interessenkonflikte. Für solche Konflikte lassen sich sachgerechte Lösungen nur in beschränkter Zahl finden, auch wenn es eine gewisse Bandbreite zwischen extrem gegensätzlichen Lösungen in vielen Fällen gibt. Die allgemein formulierten Normen des heutigen Privatrechts sind das Ergebnis einer Abstraktion aus Einzelfallentscheidungen. Die sachliche Angemessenheit solcher abstrakter Normen hat sich freilich erst im konkreten Fall zu erweisen; das römische Recht bietet dafür die reichhaltigste Sammlung

der auf Einzelfälle angewandten **Rechtsgrundsätze**, die sich über Jahrhunderte als das Resultat der Gedankenarbeit vieler Juristen entwickelten und bewährten. Deshalb haben auch die Väter des ABGB, Martini und Zeiller, vielfach Rechtssätze des römischen Rechts als solche des Naturrechts empfunden und ins ABGB übernommen.

Bis zum Inkrafttreten des ABGB (i. I. 1812) herrschte in den österreichischen Erbländen starke Rechtszersplitterung im Bereich des Privatrechts. Es galt das *ius commune*, das (all)**gemeine Recht**, soweit ihm nicht – vor allem im Personen-, Ehegüter-, gesetzlichen Erb- und Liegenschaftsrecht – lokal differenziertes einheimisches Recht vorging. Im Gegensatz zum einheimischen Recht war das gemeine Recht, das im ganzen christlichen Abendland Verbreitung fand und im Deutschen Reich als Kaiserrecht besondere Bedeutung gewann, **rezipiertes Recht**. Es wurde aus Oberitalien, wo ab dem Ende des 11. Jhs der Schwerpunkt der europäischen Juristenausbildung lag, von den dort ausgebildeten Juristen in ihre Heimat gebracht. Infolge seiner wissenschaftlichen Durchdringung und Schriftlichkeit konnte sich das gelehrte Recht, das sich inhaltlich hauptsächlich aus römischem Recht in zeitgemäßer Interpretation und Kirchenrecht zusammensetzte, gegenüber dem einheimischen (Gewohnheits)Recht vor allem im Schuld- und Sachenrecht durchsetzen. Es galt als **ratio scripta** (niedergeschriebene Vernunft) und gerade das ABGB hat häufig aus dem römischen Recht Regelungen übernommen, weil sie der natürlichen Vernunft und dem moralischen Menschengefühl entsprechen. Mindestens ebenso wichtig war aber, dass die Denkweise, die bei der wissenschaftlichen Befassung mit dem gemeinen Recht wieder entdeckt und entwickelt wurde, auf das einheimische Recht angewandt wurde. Schließlich geht auch die **Systematik des ABGB** mit der Kategorie der „persönlichen“ Sachenrechte auf die Gliederung der justinianischen Institutionen zurück, die sich ihrerseits an Gaius orientieren (→ § 2 III). Nach dem sog **Institutionensystem** unterteilt man das Privatrecht in *personae* (Personen- und Familienrecht), *res* (Sachenrecht einschließlich Erb- und Obligationenrecht) und *actiones* (Klagen).

Die Bildung und die Rezeption des gemeinen Rechts im spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Europa ist die Folge eines von den Universitäten ausgehenden Prozesses der **Verwissenschaftlichung** des Rechtswesens. Die juristischen Fakultäten gehören wie die philosophischen, theologischen und medizinischen zu den klassischen Fakultäten der europäischen Universitäten des Mittelalters. Akademisch gebildete Fachjuristen fanden in den Kanzleien der Fürsten und Städte Verwendung und verdrängten schrittweise Schöffen, Honoratioren und den Adel in der Rechtsprechung. Grundlage dieser Verwissenschaftlichung der Jurisprudenz, die zur Entstehung einer europäischen Privatrechtswissenschaft geführt hat, ist die Befassung mit dem römischen Recht nach dem Wiederauffinden einer Handschrift der Digesten, des wichtigsten

Teils des spätantiken Gesetzgebungswerks von Kaiser Justinian (Regierungszeit: 527–565), das seit Gothofredus (1583) *Corpus Iuris Civilis* genannt wird. Es erwies sich als eine einmalige Quelle juristischen Denkens.

## § 2. Die Entwicklung des römischen Privatrechts

### I. *Ius civile*

Das römische Privatrecht ist keine systematische Einheit, sondern über Jahrhunderte aus mehreren Entstehungsquellen in sog **Rechtsschichten** gewachsen. Die älteste Schicht, das *ius civile*, hat einen traditionellen gewohnheitsrechtlichen Kern (→ § 3 III), der ca 450 vChr im **Zwölftafelgesetz** teilweise aufgezeichnet, teilweise neu gestaltet wurde. Die XII-Tafeln sind ein Ergebnis des Ständekampfs zwischen den Patriziern und den Plebejern. Die Aufzeichnung des Rechts durch ein speziell eingesetztes Zehnmännerkollegium (*decemviri legibus scribundis*) sollte das niedere Volk (Plebs) gegen die Willkür der wohlhabenden Führungsschicht (Patriziat) im Rechtsverkehr und in der Justiz schützen. Die ursprüngliche Aufzeichnung ist nicht erhalten; angeblich verbrannten die hölzernen Tafeln beim Gallierbrand 387 vChr. Wir besitzen daher nur bruchstückhafte, mittelbare Überlieferungen, die einen knappen und klaren Gesetzeswortlaut sowie einen beachtlichen Grad an Abstraktion der Normierungen erkennen lassen. Die XII-Tafeln waren zwar keine auf Vollständigkeit und systematische Ordnung bedachte Kodifikation, wohl aber eine recht umfassende Aufzeichnung des damaligen Rechtszustandes eines bäuerlichen Gemeinwesens im Bereiche des Privat- und Prozessrechts, des Straf- sowie des Sakralrechts. Die bäuerliche Sozialstruktur erklärt die Bedeutung des vom *paterfamilias* dominierten Hausverbandes (*familia*), in dessen innere Verhältnisse sich der Staat kaum einmengte. Hingegen drängten die prozessrechtlichen Vorschriften die außergerichtliche Verfolgung privater Rechte gegenüber Hausfremden durch Selbsthilfe zurück.

Die weitere Entwicklung des *ius civile* bestimmte zunächst die **Auslegung** (*interpretatio*) der XII-Tafeln. Diese oblag bis zum 3. Jh vChr den Priestern (*pontifices*), wobei ausgehend von wörtlichen Interpretationen auch Neuschöpfungen „nachgeformter“ Rechtsgeschäfte, zB die *emancipatio* (→ § 10), mit Hilfe bestehender Rechtssätze gelangen. Nur vereinzelt ist uns die Weiterbildung des Privatrechts durch Gesetze (*leges*) überliefert. Die *lex publica* wurde – häufig nach vorheriger Beratung im Senat (Rat der Ältesten) – auf Antrag (*rogatio*) des Konsuls oder des Prätors von der Volksversammlung (Zenturiatskomitien) beschlossen.

**Gesetzgebungsorgan** war die Versammlung des *populus Romanus* auf Grundlage der Gliederung des Heeres in Hundertschaften (*centuriae*) von unterschiedlicher Größe. Die Zuordnung des Einzelnen erfolgte nach der vom

Zensor vorgenommenen Vermögensschätzung, wobei die *equites* (Ritter) zusammen mit den Angehörigen der ersten Klasse des Fußvolkes, den Schwerbewaffneten, über die Mehrheit an Zenturien, auf die es bei der Abstimmung ankam, verfügten. Gesetzesbeschlüsse konnten nur aufgrund eines Antrags des Magistrats, der die Versammlung aufgrund seines *ius agendi cum populo* einberief und leitete, und ohne Änderungsmöglichkeit der Versammlung gefasst werden.

Seit 286 vChr (*lex Hortensia*) standen den von der gesamten Volksversammlung beschlossenen *leges* die vom *concilium plebis* (insb auf Antrag der Volkstribune) beschlossenen Plebiszite gleich (Gai 1,3). Dementsprechend werden auch Plebiszite als Gesetze bezeichnet (zB: *lex Aquilia* → § 35 III 1).

Für die Privatrechtsgeschichte bedeutsame *leges* hat die Volksversammlung noch unter Augustus beschlossen. Wenig später kam die Volksgesetzgebung ohne formelle Abschaffung außer Übung. An die Stelle der *leges* traten Senatsbeschlüsse (*senatus consulta*), die nunmehr gesetzegleiche Kraft erlangten (Gai 1,4); Ansätze dazu gab es schon im letzten Jh der Republik.

Der **Senat** setzte sich ursprünglich aus den Oberhäuptern (*patres*) der patrizischen Stammesverbände (*gentes*) zusammen; in der Republik ernannte der Konsul, seit 312 vChr der Zensor ehemalige Magistrate zu Senatoren. Der Senat wurde idR vom Konsul als Obermagistrat (mit *imperium*-Gewalt) einberufen und beschloss in der Republik Empfehlungen an die Beamten, die wegen der Autorität der Senatoren regelmäßig beachtet wurden.

Mit zunehmendem Einfluss des Kaisers auf den Senat schwand die Bedeutung des Gesetzesbeschlusses durch den Senat selbst gegenüber dem Antrag des Kaisers (*oratio principis*). Zudem hatten kaiserliche Anordnungen (*constitutiones principis*) vom 2. Jh nChr an gesetzegleiche Kraft (Gai 1,5), obwohl dem *princeps* nach der Verfassungsordnung keine Gesetzgebungsmacht zukam. Zu diesen **Konstitutionen** (sog Kaisergesetzen) zählen: *edicta* (allgemeine Verlautbarungen wie die *constitutio Antoniniana*: → § 3 IV), *mandata* (interne Dienstansweisungen an Beamte), *rescripta* (schriftliche Stellungnahmen zu Anfragen) und *decreta* (Entscheidungen nach Verhandlungen vor dem Kaisergericht).

## II. *ius honorarium*

Nur eine relativ kleine Zahl der uns überlieferten *leges* betrafen das Privatrecht und dessen prozessuale Verwirklichung. Sie regelten zumeist eng begrenzte Einzelfragen von politischem Interesse, wie etwa den Schutz von Schuldnern und Bürgen oder die Luxusbekämpfung. Insofern erfolgte die Weiterentwicklung des römischen Privatrechts durch generelle Normen ab etwa 300 vChr – also in der Zeit des Aufstiegs Roms zur Großmacht und der Veränderung der wirt-

schaftlichen Strukturen durch wachsenden Handels- und Geldverkehr sowie durch städtische Strukturen – zunehmend im Bereich der Rechtsanwendung (*iurisdictio*). Denn auch die Jurisdiktionsmagistrate, vor allem der **Prätor**, konnten zu Beginn ihrer Amtszeit allgemeine Verlautbarungen (*edicta*) erlassen.

Die *iurisdictio* oblag zunächst dem Höchstmagistrat (*praetor maximus, iudex*, Konsul), seit der Konsularverfassung von 367 vChr (*leges Licinia Sextiae*) für die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit dem Prätor als *minor collega* der Konsuln. Daneben bestand eine besondere Zuständigkeit der kurulischen Ädile für den Markthandel. In den Provinzen oblag dem Statthalter (*praeses provinciae*) die Straf- und Privatrechtspflege.

*Iurisdictio* bedeutet seit den XII-Tafeln nicht mehr Rechtsprechung durch den Magistrat, sondern **Prozessorganisation**, ihm kommt nun die Funktion zu, durch Einsetzung eines Urteilsgerichts (*iudicium dare*) den Prozess einzuleiten. Der Prätor entscheidet im Verfahrensabschnitt *in iure*, der mit der *litis contestatio* endet (→ § 48 VI), über die Zulassung der *actio* (Klage) und bestimmt den *iudex privatus* (Richter), der das Ermittlungsverfahren durchzuführen und das Urteil (*sententia*) zu fällen hat. Außerdem ist der Prätor im Anschluss für die Vollstreckung zuständig. Die für den römischen Zivilprozess kennzeichnende Verfahrensteilung zwischen dem Prätor und dem *iudex* wurde zur Entlastung des Prätors eingeführt; sie fördert aber auch – wie die moderne Gewaltenteilung – eine unparteiliche Rechtsfindung.

Der Prätor ist an das *ius civile* gebunden, aber beim *iudicium dare* nicht auf die *legis actiones* (→ § 47) des *ius civile* beschränkt. Er kann aufgrund seiner *iurisdictio* im Rahmen des Formularprozesses (→ § 48) **neue Rechtsbehelfe** gewähren. Dazu zählen etwa die *bonae fidei iudicia* aus formlosem Kauf und anderen Vertragsverhältnissen, die in unmittelbarer Weiterentwicklung des *ius civile* geschaffenen *actiones utiles, actiones ad exemplum* (zB *legis Aquiliae*: → § 35 III 2), Klagen mit *formulae ficticiae* (zB um die *actio furti* auf Nichtbürger zu erstrecken) sowie auf den Einzelfall zugeschnittene *actiones in factum*, aber auch Interdikte oder *exceptiones* (Einreden).

Aufgrund der *iurisdictio* entwickelte sich durch die Schaffung neuer Rechtsbehelfe (insb Klagen), die über den Einzelfall hinaus Verwendung fanden, neben dem althergebrachten *ius civile* ein **Amtsrecht** der Prätores, kurulischen Ädile und Statthalter (*ius honorarium*), für dessen Ausgestaltung insb auch der Rechtsverkehr mit den Ausländern von Bedeutung war; die Förmlichkeiten des altrömischen Rechts verloren an Bedeutung. Seit 242 vChr gab es für Prozesse mit Ausländern einen eigenen *praetor peregrinus* (Fremdenprätor) neben dem *praetor urbanus*. Die Verflechtungen zwischen den beiden Rechtsschichten *ius civile* und *ius honorarium*, wozu noch das Juristenrecht und später das Kaiserrecht traten, prägen die Struktur des römischen Privatrechts. Die Kompetenz des Prätors

zur **Rechtsreform** betont auch die Definition bei Pap. D 1,1,7,1: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia* (Prätorisches Recht ist solches, das die Prätores zur Unterstützung oder Ergänzung oder Korrektur des Zivilrechts einführen). So gibt es etwa neben dem zivilen Erbrecht eine prätorische Nachfolgeordnung, die teilweise mit dem *ius civile* übereinstimmt, dieses aber auch ergänzt und korrigiert (→ § 12 I 2).

Die prätorische Rechtsschöpfung findet ihren sichtbaren Ausdruck im **Edikt**. Es enthält Kundmachungen verschiedener Art, insb Ankündigungen, unter welchen Voraussetzungen der Prätor eine (nichtzivile) *actio* gewährt: zB D 6,2,1pr: *Ait praetor: Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo*. (Der Prätor sagt: Wenn jemand das einklagt, was aus einem gerechtfertigten Grund vom Nichteigentümer übergeben und noch nicht ersessen wurde, werde ich ein Urteilsgericht einsetzen). Der Magistrat war an sein Edikt gebunden; er musste also eine von ihm verheißene *actio* gewähren, wenn jemand sie beantragte, der die im Edikt genannten Voraussetzungen erfüllte. Die prozessorientierten Ankündigungen im prätorischen Edikt führten zu der für das römische Recht charakteristischen aktionenrechtlichen Denkweise (→ § 3 V).

Auch wenn jeder Prätor sein Edikt zu Beginn seiner einjährigen Amtszeit verlautbarte, orientierte er sich idR am Edikt seines Amtsvorgängers, so dass viele Rechtsschutzankündigungen der Prätores permanent galten und das *ius honorarium* stetig weitergebildet wurde. Im Auftrag Kaiser Hadrians unterzog der Jurist Julian (→ § 2 III) das prätorische sowie das ädilische Edikt (→ § 26 V 3) einer abschließenden Redaktion. Dieses **edictum perpetuum** beendete um 130 nChr die Periode der Rechtsfortbildung durch den Prätor. Künftige Änderungen und Ergänzungen des Edikts blieben dem Kaiserrecht vorbehalten.

### III. Juristenrecht

Der jeweils für ein Amtsjahr gewählte römische Prätor war Politiker und nicht Jurist, ebenso war der *iudex privatus* juristischer Laie. **Fachleute** auf dem Gebiet der Rechtswissenschaften waren zunächst die *pontifices* (Priester). Sie kannten die Prozessformeln, schufen Geschäftsformeln, berieten aufgrund ihrer Autorität als Sakral- und Rechtsexperten die Magistrate und Privatpersonen und konnten sozusagen eine Geheimwissenschaft betreiben. Erst nach der Veröffentlichung der Formeln und der öffentlichen Bekanntgabe von Rechtsauskünften zu Beginn des 3. Jh vChr war die Rechtskunde nicht mehr ans Priesteramt gebunden. In diese Zeit fällt auch die Begegnung mit der griechischen Philosophie, deren Denkmethode den darin ausgebildeten „weltlichen“ Juristen geläufig waren. Insofern konzentrierten sie sich insb darauf, die Zusammenhänge zwischen den in Einzelfällen gefundenen Problemlösungen zu erfassen, was die Entwicklung einer römischen Rechtswissenschaft ermöglichte.

Juristen (**ius periti**, Rechtsgelehrte) waren wohlhabende Männer von hohem Ansehen, häufig aus dem Senatorenstand, die unentgeltlich Privatpersonen, Magistraten und Richtern **Gutachten** (*responsa*) erteilten und sie in deren *consilia* (Expertengremien) berieten. Dadurch nahmen sie wesentlichen Einfluss auf die Rechtsfortbildung der Prätores und die Entscheidungen der Richter. Die Vertretung vor Gericht (das *agere*) überließen sie meist Rhetoren, von denen sich die *ius periti* abgrenzten. Zur Tätigkeit der Juristen gehörte ferner das *cavere* (daher: Kautelarjurisprudenz), also die Konzeption von Vertragsformularen, schwierigen Verträgen oder Testamenten. Die damit verbundene Formulierungsarbeit der republikanischen Juristen (von den späteren *veteres* genannt), etwa auch bei der Entwicklung neuer Prozessformeln, prägte sehr nachhaltig die klare, knappe und prägnante römische Rechtssprache.

In der sog **klassischen Periode** der römischen Rechtswissenschaft, die mit *princeps* Augustus beginnt und bis ins 3. Jh nChr dauert, wuchs der Einfluss prominenter Juristen auf die Rechtsentwicklung durch das *ius respondendi*. Seit Augustus verliehen die Kaiser hervorragenden Juristen die Befugnis *ex auctoritate principis* zu gutachten; seit Hadrian hatten übereinstimmende Gutachten von Juristen mit *ius respondendi* gesetzegleiche Wirkung. In ihren Gutachten entwickelten die Juristen der Klassik das Recht von Fall zu Fall weiter und erreichten, trotz aller Kontroversen (*ius controversum*), ein großes Maß an Harmonie. Schließlich waren viele Juristen als Magistrate (Provinzstatthalter), als Berater im *consilium principis* oder bis in höchste Positionen – wie Papinian, Ulpian und Paulus als *praefecti praetorio* – in der kaiserlichen Verwaltung tätig.

Die intensive Gutachtertätigkeit lässt die römischen Juristen nicht nur als hervorragende Rechtstheoretiker, sondern auch als Praktiker der Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung erscheinen. Dementsprechend ist die **Rechtsliteratur** eine wesentliche Quelle der Rechtserkenntnis und Rechtsentwicklung, denn in ihren Werken diskutierten die Juristen problematische Fälle über Generationen. Die literarische Produktion der römischen Juristen besteht zu einem großen Teil aus Gutachtensammlungen (*responsa, digesta*). Daneben verfassten sie Monographien, problemorientierte Abhandlungen (zB *quaestiones*) und vor allem Kommentarwerke. Für Kommentare zum *ius civile* diente entweder dessen Darstellung durch den republikanischen Juristen Quintus Mucius Scaevola (95 vChr Konsul) oder die *tres libri iuris civilis* des Sabinus als Vorlage (*libri ad Sabinum*). In Kommentaren zum prätorischen Edikt (*libri ad edictum*), zum Edikt der kurulischen Ädile und zum Provinzialedikt erläuterten sie das *ius honorarium*. Lehrbücher (Elementarliteratur), wie die *institutiones* des Gaius, zeigen, dass sich die römischen Juristen auch um systematische Darstellung vor allem für den Unterricht bemühten.

Das römische Recht ist weniger Gesetzesrecht als **Entscheidungsrecht**, ähnlich dem anglo-amerikanischen case law. Nicht die *leges* und andere generelle Normen (→ § 2 I), sondern die auf den Arbeiten der republikanischen Juristen aufbauenden Einzelfallentscheidungen der besten Juristen der Klassik verhalfen dem römischen Recht zu seiner besonderen Bedeutung. Es war dies die geistige Leistung eines kleinen Kreises von Fachleuten, die ihr über Generationen entwickeltes Wissen, ihre Erfahrung und ihre Rechtsweisheit an ihre Schüler weitergegeben haben.

Bedeutendster Jurist der **frühen Klassik** (1. Jh nChr) war Labeo, der Begründer der nach seinem Nachfolger Proculus benannten prokulianischen Rechtsschule. Zwischen den Prokulianern und den nach dem Frühklassiker Sabinus benannten Sabinianern gab es bis zur Mitte des 2. Jh zahlreiche Kontroversen. Von den **Hochklassikern** (2. Jh) sind Javolen und Julian Sabinianer, Neraz und Celsus Prokulianer; Celsus und Julian sind die herausragenden Persönlichkeiten dieser Zeit. Anerkannt waren ferner Pomponius, der auch einen Abriss über die Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (*enchiridium*) verfasst hat, Marcell und Scaevola. Wegen seiner *institutiones* ist Gaius bedeutsam geworden. Der angesehenste unter den Ende des 2. und Anfang des 3. Jh nChr wirkenden **Spätklassikern** ist Papinian, der vielen als der größte unter den römischen Juristen gilt. In ihren gewaltigen Kommentaren *ad edictum* und *ad Sabinum* haben dessen Zeitgenossen Paulus und Ulpian die beständig angewachsene Rechtsliteratur breit und klar dargestellt; ihre Schriften sind in den Digesten am umfangreichsten überliefert; bedeutend sind ferner Marcian und Modestinus.

In der mit den Soldatenkaisern (ab 235 nChr) beginnenden **nachklassischen Periode** ging – abgesehen von der Zeit des Diokletian (284–305) – die verfeinerte juristische Denkweise und Ausdruckstechnik verloren. Die Juristen der kaiserlichen Kanzlei blieben anonym, ebenso die Bearbeiter klassischer Juristenschriften, die etwa unter dem Namen klassischer Juristen Auszüge wie die Paulussentenzen oder die *tituli ex corpore Ulpiani* verfassten.

Im 4. Jh starb die juristische Fachausbildung ab und Nichtjuristen mit unwissenschaftlichen Vorstellungen verfassten die Kaiserkonstitutionen. Laienhafte Anschauungen setzten sich durch, weil die Gedanken der klassischen Jurisprudenz nicht mehr nachvollzogen werden konnten. Dieses auf eine niedrigere Stufe der Rechtskultur zurückgesunkene **Vulgarrecht**, das aber gelegentlich auch sachliche Fortschritte erzielen konnte, hat über Kodifikationen für die romanische Bevölkerung im Westgotenreich und in Burgund Ende des 5. und Anfang des 6. Jh die weitere Rechtsentwicklung in Westeuropa beeinflusst.

#### IV. Justinians Gesetzgebungswerk

Die Schriften der klassischen Juristen waren auf Papyrusrollen (*libri*) von kurzer Lebensdauer verfasst; sie mussten häufig abgeschrieben werden. Erst nach der Hochblüte der römischen Jurisprudenz kam der *codex*, das aus Pergamentblättern bestehende Buch, auf. Nur wenige Juristenschriften sind unmittelbar überliefert wie die *institutiones* des Gaius, die auf einer überschriebenen Handschrift (Palimpsest) in Verona gefunden wurden, oder die *fragmenta Vaticana*, eine nachklassische Privatsammlung von Auszügen aus Schriften des Papinian, Ulpian und Paulus sowie einzelner Kaiserkonstitutionen. Die Schriften der klassischen römischen Juristen wären bis auf wenige Ausnahmen verloren gegangen, hätte nicht Kaiser **Justinian I** (527–565) mit seiner Rechtssammlung (Kompilation), die man seit der Zeit des Humanismus als *Corpus Iuris Civilis* bezeichnete, so viel von ihnen der Nachwelt erhalten, dass eine tragfähige Grundlage für die spätere Rechtsentwicklung Europas auf hohem juristischem Niveau geschaffen wurde. Justinians Politik zielte auf eine Wiederherstellung des alten *imperium Romanum ab*; sein Gesetzgebungswerk war Teil dieser Politik.

In den Rechtsschulen von Berytos (Beirut) und Konstantinopel befasste man sich im 5. Jh nChr wieder mit den Klassikertexten, die man zur Ausbildung im juristischen Denken eingehend analysierte. Im Gefolge dieser **Wiederbelebung der klassischen Rechtskultur** strebte der oströmische Kaiser Justinian eine verlässliche Publikation des Rechts an, und zwar nicht nur der Kaiserkonstitutionen wie zuvor schon im *Codex Theodosianus* (438), sondern auf Vorschlag seines Justizministers Tribonian auch des Juristenrechts. Dabei ist kulturgeschichtlich wesentlich, dass diese Veröffentlichung unter möglicher Wahrung der Schriften der klassischen römischen Juristen erfolgte. Die klassizistische Gesinnung Justinians erkennt man abgesehen von der Beibehaltung der lateinischen Sprache (im griechischsprachigen Osten) auch daran, dass in den Digesten die Namen der Autoren und ihrer Werke in der sog *inscriptio* angeführt sind; dies bringt zum Ausdruck, dass gedanklicher Urheber dieses Teils der Kodifikation nicht der Kaiser ist, sondern die Juristen.

530 beauftragte Justinian Tribonian, mit einer Kommission eine Sammlung von Auszügen aus den Schriften der klassischen Juristen zu erstellen. Bei der Auswahl haben die „**Kompilatoren**“ innerhalb von drei Jahren die vorhandene Literatur von etwa 2000 *libri* auf etwa ein Zwanzigstel gekürzt, wobei Kontroversen zum Teil bereinigt wurden. Justinian erließ dazu auch 50 Konstitutionen (*quinquaginta decisiones*). Zudem hat man die Texte dem aktuellen Rechtszustand durch **Interpolationen** angepasst; so wurden veraltete Rechtsinstitute durch geltende ersetzt, etwa die *mancipatio* durch die *traditio* (→ § 22 III 1 a), oder ersatzlos gestrichen, etwa die *tutela mulierum* (→ § 6 I 2). Weitere Abweichungen