

Meincke

Römisches Privatrecht

auf Grundlage der Institutionen Iustinians

Einführung

4. Auflage



Nomos

NOMOS EINFÜHRUNG

Prof. Dr. Jens Peter Meincke

Römisches Privatrecht

auf Grundlage der Institutionen Iustinians

4. Auflage



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7656-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-1034-3 (ePDF)

4. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Das Universitätsstudium soll auf die spätere Berufstätigkeit vorbereiten. Es soll Kenntnisse und Fähigkeiten vermitteln, die es erlauben, nach Abschluss der Studienzeit im Berufsleben erfolgreich zu sein. Solche Aussagen sind richtig und wichtig. Doch sie sind nicht alles. Kein Lebensabschnitt kann nur als Vorbereitung für einen anderen verstanden werden. Jeder Lebensabschnitt hat seine eigene Bedeutung. Das gilt auch für das Universitätsstudium. Es soll Vorbereitung für das spätere Berufsleben bringen, aber es soll auch einen eigenen, für sich selbst gewichtigen Lebensabschnitt bilden.

Alles das gilt in vergleichbarer Weise für die Studieninhalte. Das Jurastudium wird durch ein Examen abgeschlossen, aber im Studium kommt nicht nur das zur Sprache, was man für das Examen braucht, sondern es bietet auch das, was man für das Examen nicht braucht, was aber gerade jetzt zu lernen dennoch sinnvoll ist und Freude macht. Wer wird schon Maler? Und doch hat Kunstunterricht in der Schule für jeden Schüler einen wichtigen Platz. Wer braucht im Berufsleben das Latein? Und doch werden im Rückblick Viele sagen, es war richtig, dass ich in der Schule Latein gelernt habe. So kann es dem Jurastudenten auch mit dem Römischen Recht gehen. Er braucht es nicht zum Examen, er braucht es nicht, um im Beruf Erfolg zu haben, und doch wird er vielleicht später dankbar sein, dass er im Studium einmal etwas davon gehört hat.

Das Corpus Iuris Civilis, in dem die römisch-rechtlichen Texte gesammelt sind, wird zu den einflussreichsten Texten der Weltliteratur gezählt. Die Juristen können stolz darauf sein, dass ein so bedeutsames Buch zu ihrem Fachgebiet gehört. Liegt es da nicht nahe, im Jurastudium für einen Augenblick innezuhalten und sich Ausschnitte aus diesem Text in Umrissen vor Augen zu führen?

Die Jurastudenten der Antike konnten ihr Studium auf das Privatrecht konzentrieren. Strafrecht gehörte nicht zu dem Kanon dessen, was ihnen von den Professoren vorgetragen wurde. Und doch findet sich in einem für Erstsemester gedachten Teil des Corpus Iuris ein kurzes Kapitel, das das Strafrecht anspricht, damit, wie es dort heißt, die Studenten dieses Gebiet zu Beginn des Studiums einmal mit der Fingerspitze berühren können. Dieser Grundriss soll seinen Lesern ermöglichen, das umfangreiche Gebiet des Römischen Privatrechts zumindest einmal mit der Fingerspitze zu berühren. Es wäre schön, wenn es gelingen könnte, dafür Interesse zu wecken.

Der Text geht auf das Manuskript einer Vorlesung zurück, die im WS 2010 / 2011 in Köln vor Erstsemestern gehalten worden ist. Für den Kurs standen damals zwölf Doppelstunden zur Verfügung. Jeder Doppelstunde war einer der zwölf Abschnitte gewidmet. Die vielen Hinweise auf die Institutionen in diesem Buch sollen das Gesagte belegen und können bei Interesse hier und da nachgeschlagen werden. Der Text sollte aber auch ohne Rückgriff auf die zitierten Quellen aus sich heraus verständlich sein. Für die Wiedergabe lateinischer Texte in Deutsch ist mir die

Übersetzung von Knütel / Kupisch / Lohsse / Rübner (4. Aufl. 2013) hilfreich gewesen. Was den sachlichen Inhalt angeht, so habe ich „von dem Vorrecht eines Institutionenlehrbuchs, keine Literatur zu zitieren, ...Gebrauch gemacht“ (R. Sohm, Institutionen, 1883, Vorrede).

JPM

Für die vierte Auflage habe ich das Buch in allen Teilen überarbeitet. Die Querverweise innerhalb des Corpus Iuris Civilis (zu den Digesten, Konstitutionen und Novellen Iustinians) habe ich vermehrt, den Umfang der rechtsvergleichenden Hinweise auf das geltende deutsche Bürgerliche Recht erhöht. Unverändert soll mein Buch das berühmte Institutionen-Lehrbuch von Iustinian vorstellen, seinen Inhalt schildern und die im Privatrecht noch unerfahrenen studentischen Leserinnen und Leser mit den in der Antike herausgearbeiteten Grundbegriffen des Bürgerlichen Rechts bekannt machen. Zugleich soll es in ihnen Freude an ihrem interessanten, Kreativität und Scharfsinn herausfordernden Jurastudium wecken. Das Buch soll nicht nur Kenntnisse vermitteln, sondern auch zum Mitdenken anregen. Daher durchziehen das Buch Überlegungen, zu denen sich das Nachdenken lohnt. Und es berichtet nicht nur über das, was die Institutionen sagen, sondern erwähnt auch manches von dem, was sie nicht sagen und offen lassen. Jede Anregung von studentischer Seite, die das Buch interessanter machen kann, nehme ich gern entgegen. Frau Notarin Dr. Britta Spitzbart hat mir geholfen, Schreib- und Interpunktionsfehler des Textes, so weit es geht, zu vermeiden. Dafür bin ich ihr sehr dankbar.

JPM

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
Einführung	11
Römisches Recht	11
Charakteristische Merkmale des RR	13
Zur Überlieferung des Römischen Rechts	18
Römisches Recht als Grundlagenfach	20
Einige Daten zur Rechtsentwicklung	21
Die Institutionen Iustinians	25
Die Institutionen als Teil des Corpus Iuris Civilis (C.I.C.)	25
Charakter und Zielsetzung der Institutionen	26
Die Institutionen im Rechtsunterricht	28
Kurze Stichworte zur Entstehungszeit	28
Der Kaiser Iustinian	29
Das Einführungsgesetz im Überblick	31
Aufbau und Zitierweise der Institutionen	33
Gerechtigkeit – Recht – Strafrecht	35
Iustitia und Iuris Prudentia	35
Das Programm der Institutionen	36
Privatrecht und öffentliches Recht	37
Bestandteile und Rechtsquellen des Privatrechts	38
Strafrecht	42
Personenrecht	45
Grundsatzfragen	45
Abhängigkeit durch Unfreiheit	46
Abhängigkeit im Familienverband	50
Abhängigkeit durch Vormundschaft	55
Exkurs: Zur Stellung der Frau in den Institutionen	57
Sachenrecht	61
Das Recht der ‚res‘	61
Sache und Sachenrecht	61
Mögliche Eigentümer	62
Einzelne Menschen als Eigentümer	64
Originärer Eigentumserwerb	65
Abgeleiteter Eigentumserwerb	68

Unbeschränkte und beschränkte Sachenrechte	71
Das Eigentum als unbeschränktes Sachenrecht	71
Nutzungs- und Verwertungsrechte als beschränkte Sachenrechte	73
Ersitzung	76
Veräußerungsbefugnis und Erwerbsmodalitäten	77
Exkurs: Das Recht der Schenkung	78
Erbrecht	83
Gegenstand und Aufbau	83
Grundsätze des Testamentsrechts	84
Die Erbfolge	85
Das Vermächtnis	91
Intestaterbfolge und Nachlassbesitz	97
Vertragsschuldrecht	103
Grundsatzfragen	103
Novation und Delegation	104
Vertragspartner und Außenstehende	106
Realverträge	107
Verbalverträge	110
Litteralvertrag	114
Konsensualkontrakte und Quasiverträge	117
Konsensualverträge und ihre Merkmale	117
Quasikontrakte	126
Forderungserwerb mithilfe Dritter	128
Erlöschen der Schuldverhältnisse	128
Deliktsrecht und Quasidelikte	131
Grundsatzfragen	131
Furtum	133
Rapina	135
Damnum	136
Iniuria	138
Quasidelikte	140
Von den Aktionen	143
Die actio als Anspruch, Klagebefugnis und Klage	143
Die Zweiteilung des Formularverfahrens	145
Aktionen in rem und in personam	147
Sonstige Klagearten	150
Einreden und Repliken	151

Inhaltsübersicht

Ergänzungen	153
Was fehlt?	153
Ein Blick auf die Digesten Iustinians	153
Der Codex der Konstitutionen	157
Die Novellen Iustinians	162
Resümee	166
Literatur	169
Sachverzeichnis	171

Einführung

Römisches Recht

Zum Römischen Privatrecht oder kürzer: Römisches Recht (RR), dessen Grundzüge auf den folgenden Seiten erläutert werden sollen, rechnet man Dreierlei: a) das sogenannte klassische RR aus der Zeit zwischen 150 v.Chr. und 250 (Jahreszahlen ohne Zusatz beziehen sich auf die Zeit n.Chr.); b) das vom oströmischen Kaiser Iustinian um 530 aktualisierte sogenannte justinianische RR; c) das seit dem hohen Mittelalter bis in das 19. Jhdt. hinein überarbeitete, fortentwickelte und seit dem 18. Jhdt. (S. Stryk) sogenannte „moderne“ RR. Das moderne RR gehört zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und soll hier nicht erörtert werden. Und abweichend von der üblichen Einführungsliteratur wird im Folgenden auch nicht das klassische, sondern das justinianische RR in den Mittelpunkt gerückt.

Denn die große Ausstrahlung des RR bis in die Neuzeit hinein ist vom justinianischen RR ausgegangen. Das justinianische Recht ist – ohne Berücksichtigung der späteren Novellen – das Recht, das Iustinian in den Jahren 533 und 534 zusammengefasst und als geltendes Recht veröffentlicht hat. Sein Ziel ist eine alle Teile des Privatrechts umfassende Kodifikation. Seine Rechtssätze sind inhaltlich aufeinander abgestimmt und bilden so ein einheitliches Ganzes. Das erleichtert ihre Darstellung und Aufnahme. Das klassische Recht ist dagegen in der Zeit seiner Geltung ständig in Bewegung. Es ist zu Beginn der Zeitrechnung, um 100 oder um 200 jeweils ein anderes. Zudem ist es uns nur aus Texten bekannt, die nicht selten einander widersprechen und deren Aussagen durch spätere Überarbeitung verfälscht sein können. All das erschwert einen kurzen Überblick.

Iustinian nennt das von ihm zusammengestellte Recht römisch, weil es das Recht ist, „nach welchem das römische Volk lebt“ (Inst. 1,2,2). Doch lässt sich bezweifeln, dass sein für die damalige Zeit überaus kompliziertes Recht in Rom oder Ost-Rom (Konstantinopel) tatsächlich befolgt und gelebt wurde. Trotzdem wird sein Recht mit gutem Grund als RR bezeichnet, weil es aus einer in Rom begründeten und von römischen Herrschern fortgeführten Tradition stammt und aus Texten römischer Juristen und römischer Kaiser zusammengestellt worden ist. Welches Recht zu welcher Zeit an welchem Ort tatsächlich praktiziert wurde, kann hier dahinstehen. Denn im Rechtsunterricht heute geht es vornehmlich um die gedanklichen Konzeptionen, die das RR bietet und auf denen unser bürgerliches Recht aufbaut, gleich ob sie nun damals nur entwickelt oder auch schon praktiziert und gelebt worden sind.

So gibt es zwar die These, dass das RR Iustiniens „in erster Linie Gedankengut“ gewesen sei (J.D.Harke), „zunächst die denkbar geringste praktische Resonanz gehabt“ (Th. Mayer-Maly) und in der Spätantike „zu keiner Zeit wirklich gegolten“ habe (E. Levy). Doch selbst wenn man dem folgen wollte, bleibt es dabei, dass die für das RR kennzeichnende Denkweise, die Begrifflichkeit, der Argumentationsstil und die Freude am Auffinden und Lösen komplizierter Konfliktlagen überragende Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Europa und in allen von Europa beeinflussten Erdteilen gehabt haben. Das genügt, um dem RR Iustiniens unverändert mit großer Aufmerksamkeit zu begegnen.

Aber darf man die von Iustinian zusammengestellten Bestimmungen überhaupt als Recht bezeichnen? Die Frage lässt sich nicht umgehen. Denn es ist klar: Wichtige Einstellungen und Wertungen, die noch zurzeit Iustinians von Bedeutung waren, können wir heute nicht mehr teilen. Niemand kann heute noch den Umgang mit im Krieg gefangenen oder von Händlern erworbenen Männern, Frauen und Kindern und ihren Nachkommen akzeptieren, die unbedenklich als Sklaven gehalten wurden. Die Römer sind uns auch kein Vorbild in der Gestaltung der Familie, die ihre schon erwachsenen Mitglieder noch in Abhängigkeit von einem *pater familias* hielt, in der Rechtsstellung der Frau, die unter dem Gesichtspunkt der Schutzbedürftigkeit in der freien Entfaltung der Persönlichkeit eingeschränkt war, in der Weigerung, nichteheliche Vaterschaft anzuerkennen sowie in der für das Zusammenleben bedeutsamen Bewertung von Wohnen und Arbeit. Hindert das die Anerkennung der einschlägigen Bestimmungen als Recht?

Der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts J. Wintrich soll die These vertreten haben, ein Recht, das Sklaverei dulde, sei kein Recht. Aber was ist es denn? Soll man meinen, es habe in der Antike keine Bestimmungen zur Ordnung des Zusammenlebens der Menschen gegeben? Und wenn sich das Vorhandensein solcher Bestimmungen nicht leugnen lässt, waren sie Nichtrecht, Unrecht? Können Sätze zur Abstammung von Menschen, zur Verteilung des Nachlasses von Verstorbenen, zur Ordnung des Handels mit Gütern, zur Zuordnung von Grundstücken und beweglicher Habe, zur Ersatzpflicht bei Vertragsverletzungen und zur Abwehr von Übergriffen in die Sphäre anderer Menschen, weil sie mit Sätzen zur Sklaverei einhergehen, Unrecht sein?

Zweifellos haben die Römer die Regeln ihres Zusammenlebens als Recht verstanden, auch wenn ihre Juristen klar ausgesprochen haben, dass die Sklaverei gegen die von der Natur vorgegebene Gleichheit der Menschen verstößt. Sie haben bei der Entwicklung ihres Rechts die Anschauungen ihrer Zeit auch da, wo sie uns fern liegen, übernommen, haben dann aber auftretende Streitfragen in einem uns heute noch vertrauten Geist der Fairness, der Verlässlichkeit und in nüchterner Sachbezogenheit zu lösen versucht. Und so haben sie, ausgehend von Vorstellungen, die heute überwunden sind, ein Privatrecht entwickelt, das sich von der mit Gewalt verbundenen „dunklen Seite der Antike“ eindrucksvoll abhebt.

Wer sich heute dem Studium des RR zuwendet, dem öffnet sich ein international ausgerichteter Lehr- und Forschungsbetrieb, in dem Persönlichkeiten aus allen europäischen Ländern mit Beiträgen von hohem Niveau vertreten sind. Zwar wird das justinianische Recht schon seit bald 1500 Jahren durchdacht. Doch findet jede Zeit unter Berücksichtigung der sich wandelnden eigenen Rechtsvorstellungen neue Aspekte und veränderte Fragestellungen, die die Beschäftigung mit dem justinianischen Recht unverändert lebendig halten. Wer sich im RR auskennt, findet an Universitäten aller Erdteile Ansprechpartner und kann schon bald das große Maß an Übereinstimmung erleben, das sich unter Juristen ganz unterschiedlicher Herkunft, Ausbildung und Berufserfahrung einstellt, wenn sie sich mit Ernst derselben bedeutsamen Thematik widmen. Für jeden, der neu hinzukommt, bietet die funkelnde Welt der „Romanisten“ eine wunderbar anregende Atmosphäre.

Charakteristische Merkmale des RR

Merkmale anhand von Stichworten

Die wichtigsten, für das RR charakteristischen Merkmale lassen sich in zehn Stichworten zusammenfassen:

- (1) Konzentration auf einen rein weltlich entworfenen Rechtsbereich, der als selbstständige wissenschaftliche Disziplin aufgefasst und durchdacht wird.
- (2) Keine fallferne Rechtstheorie, sondern auf die Praxis bezogene Rechtsfindung auf gedanklich hohem Niveau.
- (3) Rechtsfälle und ihre Lösung im Zentrum der Aufmerksamkeit.
- (4) Der einzelne Mensch und seine rechtlichen Beziehungen im Mittelpunkt.
- (5) Abwägung der beteiligten Interessen unter Inanspruchnahme der Autorität angesehenen Juristen.
- (6) Kurze Schilderung komplexer Geschehensabläufe unter Isolierung der jeweils entscheidungserheblichen Sachverhaltselemente.
- (7) Präzises Herauslösen der entscheidungserheblichen Rechtsfragen.
- (8) Entdecken, Ersinnen, Überliefern von Fällen, die interessante Rechtsfragen aufwerfen.
- (9) Erfinden einer „Rechtswelt“ von Begriffen, Institutionen, Argumentationsmustern und Entscheidungselementen, um die Rechtsfindung zu rationalisieren und Rechtsfragen in sich stimmig zu lösen.
- (10) Systematisierung des Ganzen, aus Einzelfallentscheidungen erwachsenen Privatrechtsbereichs, um so den Zusammenhang der Rechtsfragen untereinander hervortreten zu lassen.

Merkmale am Beispiel von Fällen

Im Zentrum der Aufmerksamkeit der römischen Juristen stehen Rechtsfälle des Privatrechts, um deren Lösung gestritten wird. Es handelt sich um Fragen des Vertragsrechts, des Schadensersatzrechts, des Eigentumsrechts, des Erbrechts und um ähnliche Fälle, über die Privatpersonen in Konflikt miteinander geraten können. Zu Streitfragen dieser Art haben die Juristen Stellung genommen, gleich ob der Streitwert hoch oder niedrig einzuschätzen war. Denn auch wirtschaftlich wenig bedeutsame Streitigkeiten konnten Rechtsfragen aufwerfen, die bisherige Auffassungen in Frage stellten und so das Interesse der Juristen wecken mussten.

Wer sich einen Eindruck von den Problemen verschaffen will, die von den römischen Juristen bearbeitet worden sind, sollte mit dem Erwerb von Grundkenntnissen des damaligen Privatrechts beginnen. Dieses Buch unternimmt es daher, die wichtigsten Bausteine zusammen zu tragen, aus denen sich das RR zusammensetzt, um so Grundkenntnisse für die spätere Fallanalyse zu vermitteln.

Grundkenntnisse lassen sich nicht ohne auf sie bezogene Fälle darstellen, sonst bleiben die Begriffe konturenarm und die ihnen zugrunde liegenden Rechtssätze in ihrem Anwendungsbereich undeutlich. Die vorkommenden Fälle können in einem Grundriss mit Überblickscharakter allerdings jeweils nur kurz abgehandelt wer-

den. Zum Ausgleich mögen jedoch zwei Fälle mit einfacher Grundstruktur dienen, die vorab etwas ausführlicher erläutert werden sollen.

Der erste, häufig zitierte Fall ist aus dem RR überliefert, könnte aber auch heute spielen. Der zweite, bisher noch wenig erörterte Fall stammt aus dem heutigen New York, könnte aber auch schon von den römischen Juristen erdacht worden sein. Beide Fälle sollen nach RR erörtert werden. Beide Fälle erlauben keine auf der Hand liegende Lösung. Gerade das macht sie interessant.

A. Die Lusitaner-Gefangenen

Der Fall ist in den Digesten Iustinians überliefert (D.3,5,20 pr.; Näheres zu diesem Buch und seiner Zitierweise später). Das Zitat dort stammt von dem Juristen Iulius Paulus (er lebte um 200), der auf den Juristen Alfenus Varus (um 20 v.Chr.) verweist, der wiederum den gut eine Generation älteren Juristen Servius Sulpicius (um 50 v.Chr.), einen Zeitgenossen und Freund des berühmten Redners, Politikers und Schriftstellers Marcus Tullius Cicero (106–43 v.Chr.), zitiert. Paulus schreibt:

Auch hat Servius, wie bei Alfenus im 39. Buch (seiner) Digesten berichtet wird, gutachtlich geäußert: Von den Lusitanern waren drei Römer gefangen genommen worden, von denen einer mit der Bestimmung freigelassen wurde, dass er das Lösegeld für alle drei herbeischaffe, wenn er aber nicht zurückkehre, sollten die beiden anderen für ihn zusätzlich das Lösegeld entrichten. Der Freigelassene lehnte es ab zurückzukehren, und deshalb zahlten die Zurückgebliebenen auch für ihn das Lösegeld. Servius äußerte gutachtlich, es sei billig, dass der Prätor eine Klage gegen ihn gewähre.

Worum geht es?

Die beiden Gefangenen, die sich mit Lösegeld freigekauft haben, wollen den Erstentlassenen auf Erstattung eines Teils des Lösegeldes in Anspruch nehmen.

Wer sind die beteiligten Personen?

Die Lusitaner gelten als die Vorfahren der heutigen Portugiesen. Der Prätor war ein für das Rechtswesen zuständiger, vom Volk für eine kurze Amtszeit gewählter Politiker in Rom. Wurde ein Rechtsstreit anhängig gemacht, prüfte er vorab mithilfe angesehener Juristen (hier des Juristen Servius), ob es – die Behauptungen des Klägers als richtig unterstellt – einen Rechtsgrund für die Klage gab.

Wo steckt das rechtliche Problem?

Zu prüfen war also, ob sich ein rechtlicher Gesichtspunkt für die Klage finden lässt. Zweifellos stand es nicht in der Macht der Lusitaner, rechtlich bindend festzulegen, wer welchen Anteil am Lösegeld aufzubringen hat. Ob der Erstentlassene einen Anteil übernehmen muss, lässt sich daher nur aus dem Verhältnis der drei Gefangenen zueinander entnehmen. In diesem Zusammenhang kann man fragen:

1. Ist hier an einen Anspruch der Zurückgebliebenen gegen den Erstentlassenen aus *mandatum* (Auftragsvertrag) zu denken?
 - Denkbar wäre, dass die Zurückgebliebenen den Erstentlassenen beauftragt hatten, das Lösegeld zu besorgen. Sie könnten dann argumentieren: Weil er das Lösegeld nicht beschafft und damit seine Vertragspflichten nicht erfüllt hat, muss er Schadensersatz leisten. Der Schaden besteht in dem Mehrbetrag, den die Zurückgebliebenen seinetwegen aufbringen mussten.
 - Denkbar wäre aber auch, dass umgekehrt der Erstentlassene seine Mitgefangenen beauftragt hatte, für ihn das Lösegeld zu entrichten. Die Mitgefangenen könnten dann einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Erstentlassenen geltend machen. Sie haben seinetwegen einen Mehrbetrag aufwenden müssen und könnten Erstattung dieser Aufwendungen verlangen.
 - Aber ist ein Vertrag der einen oder anderen Art zwischen den Gefangenen überhaupt zustande gekommen? Die Sachverhaltsschilderung lässt nicht erkennen, dass die Gefangenen Vertragserklärungen mit dem genannten Inhalt ausgetauscht und einen Mandatsvertrag geschlossen haben.
2. Wenn sich ein Anspruch auf Auftragsvertrag nicht begründen lässt, kommt dann vielleicht ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Frage?
 - Im RR ist als quasi-vertragliches Institut die Geschäftsführung ohne Auftrag oder *negotiorum gestio* anerkannt. Sie besagt: Wer für einen anderen in dessen Angelegenheiten ohne Auftrag tätig wird, hat sich so zu verhalten, wie es dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht, wie es für ihn nützlich ist. Wäre der Erstentlassene in Angelegenheiten seiner Mitgefangenen ohne Auftrag tätig geworden, könnte man an ein pflichtwidriges Verhalten mit Schadensersatzfolgen denken, weil sein Verhalten den Beteiligten nicht nützlich war. Aber er ist ja gerade nicht tätig geworden.
 - Näher liegt denn auch die Annahme, dass umgekehrt die Mitgefangenen für den Erstentlassenen in dessen Angelegenheiten ohne Auftrag tätig geworden sind, als sie für ihn den Mehrbetrag des Lösegeldes aufgebracht haben. Sie könnten dann einen Anspruch auf Aufwendungsersatz in Höhe des Mehrbetrages geltend machen. Aber war die Lösegeldzahlung noch seine Angelegenheit und war sie für ihn nützlich?
3. Ein Anspruch aus Mandatsvertrag oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag ist nach allem schwer zu begründen. Doch war Servius offenbar nicht bereit, für eine Abweisung der Klage zu plädieren. Vielleicht nahm er an, dass die Befreiung der Mitgefangenen durch Zahlung des von den Lusitanern zusätzlich verlangten Betrages doch noch als Sache des Erstentlassenen anzusehen war. Interessant ist auf jeden Fall, dass weder Alfenus Varus noch Paulus der Ansicht des Servius eine eigene Meinung hinzugefügt haben. Wollten sie sich Servius also anschließen oder wollten sie seine Ansicht lediglich zur Diskussion stellen? Bemerkenswert ist auch, dass die Kommission, die auf Weisung Iustinians die Digesten zusammengestellt hat, den Fall unter dem Gesichtspunkt der *negotiorum gestio* gewürdigt wissen wollte. Denn sie hat den Fall in die Digesten unter dem Stichwort *negotiorum gestio* eingestellt.

Welche Eigentümlichkeiten des römischen Rechts zeigt der Fall?

- Es geht immer um Privatrecht (um vermögensrechtliche Ansprüche unter den Beteiligten).
- Merkmale wichtiger Rechtsinstitute (*mandatum*, *negotiorum gestio*) werden geprüft.
- Kurze Fallschilderung unter Inanspruchnahme der Autorität angesehener Juristen.
- Praxisbezogene Rechtsfindung, die zum Weiterdenken anregt. Wie im RR so findet sich nämlich auch im geltenden Recht keine klare Vorgabe zur Lösung dieses Falles. Welcher Linie sollten wir also folgen, wenn der Fall heute zu entscheiden wäre?

B. Ein Bettler flüchtet mit seinem Geschenk

The New Yorker Magazine veröffentlichte 1962 einen Cartoon des Zeichners Dardini (publiziert von G. Kegel, Zur Schenkung von Todes wegen, 1972, S. 42), der in zehn Bildern einen Rechtsfall illustriert. Der Fall könnte sich auch schon in Rom zugetragen haben. Und er zeigt charakteristische Merkmale, wie sie in derselben Weise die Beschäftigung mit dem RR so interessant machen.

Worum geht es?

Ein Lebensmüder will von einer Brücke in den Tod springen, trennt sich vorher noch von seiner Brieftasche und seiner goldenen Uhr, gibt alles einem vorbeikommenden Bettler und steigt auf das Brückengeländer. Der Bettler erkennt die Lage. Ihm gelingt es, dem Lebensmüden den Todeswunsch auszureden. Daraufhin verlangt der dem Leben Zurückgewonnene seine Sachen zurück. Der Bettler flieht, der Lebensmüde läuft hinterher.

Wo steckt das rechtliche Problem?

1. Können Gegenstände, die in Erwartung des nahen Todes verschenkt wurden, zurückgefordert werden, wenn der Tod nicht eintritt?
 - Der Cartoon lässt keinen Zweifel daran, dass der Lebensmüde seine Sachen dem Bettler unentgeltlich überlassen und damit schenken wollte. Aus den Umständen heraus ist klar, dass der Schenker die Gegenstände in Erwartung seines Todes weggab. Auch der Bettler hat schnell erkannt, dass ein Abschied bevorstand.
 - Wenn diese Angaben genügen, um die Merkmale einer *donatio mortis causa* (Schenkungen von Todes wegen) zu bejahen, hat das Geschenk nach RR einen nur vorläufigen Charakter. Der Schenker kann dann das Geschenk beim Fehlen besonderer Umstände zurückfordern, wenn er die Gefahrensituation überlebt.
2. Genügen die Angaben, um eine Schenkung von Todes wegen anzunehmen?
 - Das RR bringt die Schenkung von Todes wegen mit einem aus der Odyssee Homers bekannten Fall in Verbindung (Inst. 2,7,1). Dort wird erzählt, wie

Telemach, der Sohn des Odysseus, von einer Seereise mit Kostbarkeiten nach Ithaka zurückkehrt und weiß, dass er im Haus seiner Eltern auf die Freier seiner Mutter treffen und mit ihnen kämpfen wird. Er sieht seinen Tod als Möglichkeit vor Augen und sagt zu seinem Gefährten Piräus, der das kostbare Gut vorläufig verwahrt: Wenn mich die Freier töten, will ich lieber, dass Du es behalten mögest, als einer von diesen da. Wenn ich aber denen den Tod bringe, sollst Du es mir zur Freude zu meinen Häusern schaffen.

- Aus der Erzählung Homers lassen sich die zwei wichtigsten Merkmale der Schenkung von Todes wegen ablesen. Zum einen ist beiden Beteiligten bewusst, dass die Schenkung in einer Gefahrensituation gegeben wird. Zum anderen ist für beide Beteiligten deutlich, dass das Geschenk zurückgegeben werden soll, wenn sich die Gefahr nicht verwirklicht, der erwartete Tod nicht eintritt.
 - Dem Bettler ist zeitnah mit der Übergabe des Geschenks bewusst geworden, dass das Geschenk mit dem geplanten Tod des Mannes zusammenhing. Also kann man wohl von einer Schenkung ausgehen kann, die für beide mit der Erwartung des Todes in Verbindung stand.
 - War aber auch beiden Beteiligten deutlich, dass das Geschenk zurückgegeben werden sollte, wenn der Tod nicht eintritt? Ausdrücklich ist über die Rückgabe des Geschenks nicht gesprochen worden. Musste dem Bettler aber nicht auch ohne besondere Worte beim Blick auf die ihm übergebenen Gegenstände klar sein, dass der Lebensmüde sie im Fall des Überlebens zurückfordern werde? Wie soll man es werten, dass der Bettler alsbald die Flucht ergriff und dem Lebensmüden nicht als neuer Eigentümer selbstbewusst gegenüber trat? Spricht das nicht dafür, dass er selbst meinte, zur Rückgabe verpflichtet zu sein?
3. Liegen hier besondere Umstände vor, die die Rückforderung ausschließen?
- Nimmt man an, dass der Bettler die Geschenke an sich hätte zurückgeben müssen, dann bleibt zu überlegen, ob unter den besonderen Umständen des Falles etwas anderes zu gelten hat. Der Bettler hat dem Mann den Todeswunsch ausgedrückt und ihm damit das Leben gerettet. Unter diesen Umständen könnte man argumentieren, dass es gegen Treu und Glauben verstößt, wenn ein vom Tod Geretteter von seinem Lebensretter Leistungen verlangt, die er nicht hätte beanspruchen können, wenn der Retter untätig geblieben wäre.

Welche für das RR charakteristischen Eigentümlichkeiten lassen sich auch an diesem Fall demonstrieren?

1. Eine kurze Fallergzählung führt, wie häufig, auf ein zeitloses Problem, hier auf die Frage, wie sollen Schenkungen in Erwartung des Todes behandelt werden? Unter welchen Umständen rechtfertigen sie einen Rückforderungsanspruch?
2. Anschließend kommt die besondere Konstellation dieses Falles in den Blick. Der Beschenkte hat den Tod abgewendet. Wie ist unter diesen Umständen zu entscheiden?

3. Beim Umgang mit Fällen dieser Art versteht man, dass die Römer die Lösung schwieriger Rechtsfälle als eine Kunst verstanden haben. So ist von dem Juristen Iuvenius Celsus (um 100) der Satz überliefert: Recht ist die Kunst (*ars*) des Guten (= Vernünftigen) und Ausgewogenen (D. 1,1 pr.).
4. Im Ergebnis bleibt hier die Entscheidung des Falles nach RR offen. Auch nach geltendem deutschen Recht lässt sich zur Lösung nichts Sicheres sagen. Den römischen Juristen genügt es nicht selten, anhand von Fällen Fragestellungen deutlich zu machen und Gesichtspunkte hervortreten zu lassen, die bedacht werden sollten, wenn ein Fall dieser Art zur Beurteilung kommt.

Zur Überlieferung des Römischen Rechts

Das RR, das hier zur Fallerörterung herangezogen wurde, hat sich auf der Basis eines Gesetzes aus der Frühzeit Roms entwickelt, eines Gesetzes, das Iustinian als „Grundgesetz des römischen Staates“ (Nov. 22,2 aus 536) und das der Historiker Titus Livius als „Quelle allen öffentlichen und privaten Rechts“ bezeichnet hat. Gemeint ist das Zwölftafelgesetz aus der Zeit von 450/451 v.Chr., das neben dem Zivilrecht auch Fragen des Prozessrechts, des Strafrechts und des Staatsrechts behandelte und das den Ausgangspunkt der uns übersehbaren Entwicklung des RR bildet.

Der Text dieses Gesetzes, das zunächst auf zehn Tafeln mit zwei Ergänzungstafeln auf dem zentralen Platz Roms, dem Forum, aufgestellt worden war, blieb lange Zeit erhalten, auch wenn er schon bald als sichtbares Dokument verloren ging. Wie Cicero berichtet, mussten es die jungen Leute noch um 100 v.Chr. in der Schule auswendig lernen, und noch 250 Jahre später konnte der Jurist Gaius (um 150) einen Kommentar zum Zwölftafelgesetz veröffentlichen, der noch um 530 dem Kaiser Iustinian vorlag. Doch ist dieser Kommentar zusammen mit der sonstigen antiken Fachliteratur als selbstständiges Werk verloren gegangen. Vom Gesetzestext sind aber in verschiedenen anderen aus der Antike überlieferten Schriften – auch zB in Iustinians Institutionen: Inst. 2,22 pr. – Zitate erhalten, die eine teilweise Rekonstruktion erlauben.

Die Rechtsentwicklung war also zwar von einem Gesetz ausgegangen, und sie ist auch anschließend noch durch vereinzelte Gesetze, durch verbindliche Edikte der Prätores und durch Einzelfallentscheidungen der Kaiser nachhaltig beeinflusst worden. Dennoch war das später von Iustinian zusammengefasste RR ganz überwiegend kein Gesetzesrecht. Es war überwiegend nicht an amtlichen Verlautbarungen orientiert und war nicht in einem Gesetzgebungsverfahren beschlossen worden, sondern es hatten einzelne, in öffentlichen Angelegenheiten erfahrene Persönlichkeiten entwickelt und durchdacht. In einem von Sextus Pomponius (Mitte des 1. Jhdts) überlieferten Abriss der Rechtsgeschichte Roms wird aus dem Blickwinkel seiner Zeit im Einzelnen darüber berichtet, was das für Männer waren, von denen dieses Recht geschaffen und überliefert worden ist (Digesten 1,2,2,35 ff.).

Diese Persönlichkeiten, unter denen Antistius Labeo (um die Jahrtausendwende) als Vorgänger des Pomponius hervorragte und die man *iuris consulti* (Rechtsgelehrte) nannte, wurden in Prozessen als Gutachter herangezogen und waren in