

Stämpflis juristische Lehrbücher

---

Heinrich Honsell  
Iole Fagnoli

# Römisches Recht

*9. Auflage*



Stämpfli Verlag

Das römische Recht hat die europäischen Privatrechtssysteme der Gegenwart massgeblich beeinflusst. Es spielt daher noch heute im Rahmen der europäischen Rechtsvereinheitlichung und der Rechtsvergleichung eine wichtige Rolle. Das vorliegende Buch erleichtert Studierenden den Zugang zur Materie, denn es bringt eine erhebliche Stoffentlastung. Es bietet eine Einführung in das römische Rechtsdenken und die Anfangsgründe der Zivilrechtsdogmatik und ist als Lern- und Lesebuch konzipiert. Wichtige Quellentexte sind mit Übersetzungen abgedruckt. In den Fussnoten finden sich Hinweise auf weiterführende Studienliteratur. Für die 9. Auflage konnte Iole Fagnoli als Co-Autorin gewonnen werden.

---

Heinrich Honsell

Dr. iur. Dr. h.c., em. Professor an der Universität Zürich

Iole Fagnoli

Dr. iur., Professorin an der Universität Bern,  
Università degli Studi di Milano

# Römisches Recht



Stämpfli Verlag

---

Dieses Buch erschien mit dem gleichlautenden Titel in acht Auflagen im Springer Verlag, Heidelberg.  
Die 8. Auflage hatte die ISBN 978-3-662-45869-3.

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

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

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2021  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

E-Book ISBN 978-3-7272-2750-5

Über unsere Online-Buchhandlung [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)  
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-1664-0

printed in  
switzerland



---

## Vorwort zur 9. Auflage

Das Buch erschien in der letzten Auflage im Springer Verlag, Heidelberg. Die Geschäftspolitik dieses Verlages hat es notwendig gemacht, die Neuauflage in andere Hände zu legen. Dankenswerter Weise hat der Stämpfli Verlag die Publikation übernommen. Zugleich konnte Iole Fagnoli als Co-Autorin gewonnen werden. Das grosse Lehrbuch des Römischen Rechts von Kunkel/Honsell/Mayer-Maly/Selb erscheint unverändert in 4. Auflage (1987) im Springer Verlag.

Die neue Auflage enthält wiederum Ergänzungen, die dem Zweck dienen, den Nuancenreichtum und die Differenzierungs- und Argumentationskunst der römischen Jurisprudenz anschaulich zu machen. Weiter ausgebaut wurden auch die Bezüge zum geltenden Recht. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung sind die Bildungsfächer der modernen Privatrechtsdogmatik, die ohne den Konnex zu diesen eine öde Rechtsanwendungslehre bliebe. Es ist zu wünschen, dass das römische Recht in Europa lebendig bleibt, denn es ist von erstaunlicher Modernität und kann auch heute zum Verständnis und zur Lösung zivilrechtlicher Fragen und zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts beitragen.

Neu ist das Kapitel über das Zivilprozessrecht, das von Iole Fagnoli verfasst wurde. Es stellt im Wesentlichen die Grundzüge des Formularverfahrens dar und beleuchtet das aktionenrechtliche Denken der Römer.

Die Literaturhinweise sind aktualisiert worden. Neueres Schrifttum wurde nur insoweit angeführt, als es für vertiefende Studien von Interesse ist. Der Charakter eines Studienbuches, das ohne Vorkenntnisse verständlich ist und sich auf das Wesentliche beschränkt, ist unverändert geblieben. Auch Lateinkenntnisse sind für die Lektüre nicht erforderlich, denn alle Begriffe werden erklärt und alle Texte übersetzt.

Zu danken haben wir einigen kritischen Lesern für wertvolle Anregungen. Unser Dank gilt dem Stämpfli Verlag für die perfekte Betreuung des Buches.

Zürich/Bern, im Januar 2021

*Heinrich Honsell, Iole Fagnoli*

## Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Das römische Privatrecht macht dem Studienanfänger erfahrungsgemäss gewisse Schwierigkeiten. Dem will das vorliegende Studienbuch abhelfen. Gegenüber den gängigen Lehrbüchern bringt es eine erhebliche Stoffentlastung. Der Leser soll nicht mit zahllosen Details konfrontiert werden, die seine Lernkapazität unnötig belasten. Erstrebenswert erscheint vielmehr ein exemplarisches Lernen, das die alte Maxime «*non multa sed multum*» beachtet. Das wusste schon der griechische Lyriker Archilochos, der im 7. Jh. v. Ch. geschrieben hatte: «Der Fuchs weiss viele Dinge aber der Igel weiss eine grosse Sache»<sup>1</sup>. Das Buch bietet eine Einführung in das römische Rechtsdenken und in die Anfangsgründe der Zivilrechtsdogmatik. Die Grundbegriffe des Sachen- und Obligationenrechts muss jeder Student beherrschen und nirgendwo finden sie sich in solcher Klarheit und Einfachheit definiert wie im römischen Recht. Kreativität, Ideenreichtum und die Kunst juristischen Argumentierens sind trotz der zunehmenden Verflachung des geltenden Rechts durch eine ausufernde und qualitativ minderwertige Gesetzgebung und eine bedenkliche Regelungshypertrophie auch heute die entscheidenden Fähigkeiten eines guten Juristen. Man erwirbt sie am leichtesten durch das Studium des römischen Rechts, dessen didaktischer Wert unersetzlich ist. Von diesem praktischen Nutzen abgesehen, ist die Kenntnis der historischen Grundlagen gerade in einer Zeit, in der ein unkritischer Positivismus und ein bildungsarmer Dogmatismus wieder im Vordringen sind, für die Bewahrung einer gewissen Rechtskultur wichtig.

Ich habe mich bemüht, das Buch so zu schreiben, dass es ohne Vorkenntnisse aus sich heraus verständlich ist. Für weitere Studien verweise ich auf das Lehrbuch von KUNKEL, das ich zusammen mit THEO MAYER-MALY und WALTER SELB neu bearbeitet habe. Der vorliegende Text orientiert sich teilweise an meiner Bearbeitung dieses Werkes, ist aber wesentlich kürzer und enthält weniger Nachweise.

Das Studienbuch ist als Lern- und Lesebuch konzipiert. Ausgewählte Quellentexte sind mit Übersetzung abgedruckt. Im Anhang findet sich ein Glossar der wichtigsten lateinischen Termini technici und eine Sammlung lateinischer Rechtsregeln, für deren Zusammenstellung ich Herrn Prof. Dr. *Peter Mader* von der Universität Salzburg zu Dank verpflichtet bin.

---

<sup>1</sup> Dazu HONSELL/MAYER-MALY, Rechtswissenschaft<sup>8</sup> (2017), § 11 VIII.

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort zur 9. Auflage</b> .....	<b>V</b>
<b>Aus dem Vorwort zur 1. Auflage</b> .....	<b>VI</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XVII</b>
<b>Literatur</b> .....	<b>XXI</b>
<b>Lehrbücher, Monographien</b> .....	<b>XXI</b>
<b>Fremdsprachige Lehrbücher</b> .....	<b>XXII</b>
<b>Quellen, Hilfsmittel</b> .....	<b>XXII</b>
<b>Römisches Recht und Europa, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit</b> .....	<b>XXIII</b>

## Die Geschichte des römischen Rechts

<b>§ 1 Die Bedeutung des römischen Rechts</b> .....	<b>1</b>
<b>§ 2 Römische Rechtsquellen</b> .....	<b>4</b>
I. Altrömisches Recht.....	4
II. Die Zwölftafelgesetzgebung .....	6
III. Das Fallrecht der klassischen Epoche .....	8
IV. Die magistratische Jurisdiktion.....	10
V. Rechtsquellen der Kaiserzeit.....	11
<b>§ 3 Die Rechtswissenschaft</b> .....	<b>12</b>
I. Pontifikaljurisprudenz. Jurisprudenz der republikanischen Zeit .....	12
II. Die klassischen Juristen .....	18
III. Die Gesetzgebung Justinians .....	21

## Allgemeine Lehren

<i>Recht und Privatrecht. Personen</i> .....	23
<b>§ 4 Begriff des Rechts und des Privatrechts</b> .....	<b>23</b>
I. <i>Ius – iustitia</i> .....	23
II. <i>Ius privatum – ius publicum</i> .....	24
III. <i>Ius civile – ius gentium</i> .....	24
IV. <i>Ius civile – ius honorarium</i> .....	25
V. <i>Ius naturale</i> .....	25
<b>§ 5 Rechtsfähigkeit</b> .....	<b>28</b>
I. Natürliche Personen.....	28
II. Juristische Personen.....	30
<i>Rechtsgeschäfte</i> .....	32
<b>§ 6 Begriff und Auslegung des Rechtsgeschäfts</b> .....	<b>32</b>
I. Begriff.....	32
II. Auslegung.....	32

<b>§ 7</b>	<b>Bedingung und Befristung</b> .....	<b>35</b>
	I. Begriff.....	35
	II. Arten der Bedingung.....	35
<b>§ 8</b>	<b>Geschäftsfähigkeit</b> .....	<b>37</b>
	I. Allgemeines .....	37
	II. Alter .....	37
	III. Geisteszustand .....	39
<b>§ 9</b>	<b>Die Form des Rechtsgeschäftes</b> .....	<b>39</b>
	I. Bedeutung der Form .....	39
	II. <i>Negotia per aes et libram</i> (Geschäfte mit Kupfer und Waage) .....	40
	III. Manzipation .....	41
	IV. <i>In iure cessio</i> .....	42
	V. Die Stipulation .....	42
<b>§ 10</b>	<b>Stellvertretung. Adjektivische Klagen</b> .....	<b>43</b>
	I. Stellvertretung .....	43
	II. Adjektivische Klagen .....	44
<b>§ 11</b>	<b>Nichtigkeit</b> .....	<b>46</b>
	I. Allgemeines .....	46
	II. Nichtigkeitsgründe.....	46
	III. Teilnichtigkeit .....	48
<b>§ 12</b>	<b>Willensmängel</b> .....	<b>49</b>
	I. Scherzerklärung .....	49
	II. Scheingeschäft .....	50
	III. Irrtum ( <i>error</i> ).....	50
	IV. <i>Dolus</i> und <i>metus</i> (arglistige Täuschung und Zwang).....	56
<b>§ 13</b>	<b>Heilung und Umdeutung</b> .....	<b>58</b>
	I. Heilung (Konvaleszenz) .....	58
	II. Umdeutung (Konversion) .....	58
	<i>Sachen. Besitz</i> .....	60
<b>§ 14</b>	<b>Die Sachen</b> .....	<b>60</b>
	I. Einteilung der Sachen .....	60
	II. Teil, Zubehör und Frucht .....	62
<b>§ 15</b>	<b>Besitz: Begriff und Arten</b> .....	<b>63</b>
	I. Allgemeines .....	63
	II. <i>Possessio civilis</i> .....	64
	III. Interdiktenbesitz .....	64
	IV. Besitzschutz .....	65
<b>§ 16</b>	<b>Erwerb oder Verlust des Besitzes</b> .....	<b>66</b>
	I. Besitzerwerb .....	66
	II. Besitzverlust .....	68

<i>Eigentum</i> .....	69
<b>§ 17 Der römische Eigentumsbegriff</b> .....	<b>69</b>
I. Begriff.....	69
II. Geschichte .....	70
<b>§ 18 Quiritisches und prätorisches Eigentum</b> .....	<b>70</b>
I. <i>Dominium ex iure Quiritium</i> .....	70
II. Prätorisches oder bonitarisches Eigentum .....	70
<i>Erwerb und Verlust des Eigentums</i> .....	72
<b>§ 19 Abgeleiteter Erwerb des Eigentums</b> .....	<b>72</b>
I. Allgemeines.....	72
II. <i>Traditio ex iusta causa</i> .....	72
<b>§ 20 Usucapio (Ersitzung)</b> .....	<b>76</b>
I. Wesen und Bedeutung .....	76
II. Voraussetzungen der Ersitzung.....	78
III. Fortsetzung und Unterbrechung der Ersitzung.....	80
IV. <i>Longi temporis praescriptio</i> .....	81
<b>§ 21 Die originären Erwerbsarten</b> .....	<b>81</b>
I. Okkupation .....	81
II. Schatzfund .....	82
III. Fruchterwerb.....	83
IV. Sachverbindung .....	83
V. Vermischung, Vermengung ( <i>commixtio, confusio</i> ).....	85
VI. Uferrecht.....	85
VII. Verarbeitung ( <i>specificatio</i> ) .....	85
<b>§ 22 Eigentumsschutz</b> .....	<b>87</b>
I. <i>Rei vindicatio</i> (Eigentumsherausgabeklage) .....	87
II. <i>Actio negatoria</i> (Eigentumsfreiheitsklage) .....	88
III. Prätorischer Rechtsschutz .....	88
<i>Dienstbarkeiten (Servituten)</i> .....	91
<b>§ 23 Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten</b> .....	<b>91</b>
I. Grunddienstbarkeiten .....	91
II. Persönliche Dienstbarkeiten ( <i>servitutes personales</i> ).....	92
III. Entstehung und Erlöschen der Dienstbarkeiten .....	94
<i>Pfandrechte</i> .....	95
<b>§ 24 Sicherungsübereignung (fiducia) und Pfand</b> .....	<b>95</b>
I. Geschichtlicher Überblick .....	95
II. Sicherungsübereignung ( <i>fiducia cum creditore</i> ).....	95
III. Pfand.....	96
IV. <i>Lex commissoria</i> und <i>pactum de vendendo</i> .....	96

<b>§ 25</b>	<b><i>Pignus und hypotheca</i></b> .....	<b>96</b>
	I. <i>Pignus</i> .....	97
	II. <i>Hypotheca</i> .....	97
	III. Gemeinsame Grundsätze für <i>pignus</i> und <i>hypotheca</i> .....	98
	IV. Mehrfache Verpfändung .....	98
	V. Generalhypotheken .....	99

## Obligationenrecht

	<i>Begriff und Inhalt der Obligation</i> .....	101
<b>§ 26</b>	<b>Die Obligation</b> .....	<b>101</b>
	I. Die Obligation .....	101
	II. <i>Obligatio</i> und <i>actio</i> .....	103
	III. <i>Actio</i> und <i>exceptio</i> .....	104
	IV. Strengrechtliche Klagen und <i>bonae fidei iudicia</i> .....	105
	V. Wahlschuld und Gattungsschuld .....	107
<b>§ 27</b>	<b>Schadensersatz und Busse</b> .....	<b>108</b>
	I. Allgemeines .....	108
	II. Abgrenzung von Schadensersatz und Busse .....	109
	III. Schadensersatz (Interesse) .....	109
<b>§ 28</b>	<b>Verursachung und Verschulden</b> .....	<b>111</b>
	I. Grundbegriffe .....	111
	II. Verursachung und Verschulden im römischen Recht .....	112
<b>§ 29</b>	<b>Vertragsstrafe, Angeld und Reugeld</b> .....	<b>114</b>
	I. Vertragsstrafe, Begriff .....	114
	II. Rechtsfolgen .....	114
	III. Angeld und Reugeld .....	115
<b>§ 30</b>	<b>Zinsen</b> .....	<b>116</b>
	I. Begriff .....	116
	II. Entstehung der Zinsverpflichtung .....	116
	III. Berechnung der Zinsschuld, Höhe der Zinsen .....	117
<b>§ 31</b>	<b>Leistungsstörungen</b> .....	<b>119</b>
	I. Nichterfüllung .....	119
	II. Schuldnerverzug .....	120
	III. Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs .....	121
	IV. Schlechterfüllung .....	121
	V. Gläubigerverzug .....	122
	<i>Entstehen und Erlöschen der Obligation</i> .....	124
<b>§ 32</b>	<b>Obligationen aus Verträgen</b> .....	<b>124</b>
	I. Einteilung der Obligationen .....	124
	II. Verbalkontrakte .....	125
	III. Litteralkontrakte .....	125

IV.	Realkontrakte .....	126
V.	Konsensualkontrakte.....	126
VI.	<i>Pacta</i> .....	127
<b>§ 33</b>	<b>Quasi-Kontrakte und Quasi-Delikte .....</b>	<b>127</b>
<b>§ 34</b>	<b>Erfüllung und Erlass .....</b>	<b>128</b>
I.	Allgemeines .....	128
II.	Erfüllung ( <i>solutio</i> ) .....	128
III.	Erlassverträge .....	130
IV.	Formlose Schuldaufhebungsverträge .....	131
<b>§ 35</b>	<b>Novation und Delegation .....</b>	<b>131</b>
I.	Novation .....	131
II.	Delegation (Anweisung).....	132
<b>§ 36</b>	<b>Aufrechnung (<i>compensatio</i>).....</b>	<b>134</b>
I.	Begriff der Aufrechnung.....	134
II.	Die Kompensation im römischen Recht .....	135
<b>§ 37</b>	<b>Forderungsabtretung und Schuldübernahme .....</b>	<b>136</b>
I.	Keine Singularsukzession in Forderungen .....	136
II.	Hilfskonstruktionen .....	136
III.	Dogmengeschichte.....	137
	<i>Gläubiger- und Schuldnermehrheit</i> .....	138
<b>§ 38</b>	<b>Gläubiger- und Schuldnermehrheit .....</b>	<b>138</b>
I.	Allgemeines .....	138
II.	Gläubigermehrheit .....	138
III.	Schuldnermehrheit .....	139
IV.	Interner Regress .....	139
<b>§ 39</b>	<b>Bürgschaft und Interzession .....</b>	<b>139</b>
I.	Allgemeines .....	139
II.	Bürgschaftsformen.....	140
III.	Akzessorietät der Bürgschaft .....	140
IV.	Interzession.....	141
	<i>Die einzelnen Obligationen: Verbal- und Realkontrakte</i> .....	142
<b>§ 40</b>	<b>Die Stipulation.....</b>	<b>142</b>
I.	Begriff und Gegenstand .....	142
II.	Anwendungsbereich .....	143
III.	Abstrakte und kausale Stipulation.....	143
	<i>Realkontrakte</i> .....	145
<b>§ 41</b>	<b>Darlehen .....</b>	<b>145</b>
I.	Allgemeines .....	145
II.	<i>Mutuum</i> .....	145
III.	<i>SC Macedonianum</i> .....	146
IV.	Seedarlehen ( <i>faenus nauticum, pecunia traiectica</i> ) .....	147

<b>§ 42</b>	<b>Leihe (<i>commodatum</i>)</b> .....	<b>147</b>
	I. Begriff.....	147
	II. Rechtsfolgen.....	148
<b>§ 43</b>	<b>Verwahrung (<i>depositum</i>)</b> .....	<b>148</b>
	I. Begriff.....	148
	II. Rechtsfolgen.....	149
	III. Sequestration .....	150
	<i>Konsensualkontrakte</i> .....	151
<b>§ 44</b>	<b>Kauf (<i>emptio venditio</i>)</b> .....	<b>151</b>
	I. Begriff und geschichtliche Entwicklung.....	151
	II. Vertragsschluss und essentialia negotii.....	152
	III. Die Kaufklagen.....	155
	IV. Gefahrtragung.....	156
<b>§ 45</b>	<b>Kauf: Rechtsmängelhaftung</b> .....	<b>159</b>
	I. Allgemeines.....	159
	II. Geschichtliche Entwicklung .....	160
	III. Rechtliche Ausgestaltung .....	160
	IV. Kauf von Rechten .....	161
<b>§ 46</b>	<b>Kauf: Sachmängelhaftung</b> .....	<b>162</b>
	I. Allgemeines. Ädilizische Haftung .....	162
	II. <i>Actio empti</i> .....	167
<b>§ 47</b>	<b>Nebenabreden beim Kauf</b> .....	<b>168</b>
	I. Rücktrittsvorbehalte.....	168
	II. Sonstige Nebenabreden.....	170
<b>§ 48</b>	<b>Miete, Pacht, Werk- und Dienstvertrag (<i>locatio conductio</i>)</b> .....	<b>171</b>
<b>§ 49</b>	<b>Miete und Pacht (<i>locatio conductio rei</i>)</b> .....	<b>172</b>
	I. Begriff.....	172
	II. Vertragsgegenstand.....	172
	III. Ansprüche aus Miete und Pacht.....	173
	IV. Vertragsdauer.....	175
	V. «Kauf bricht Miete».....	175
<b>§ 50</b>	<b>Dienstvertrag (<i>locatio conductio operarum</i>)</b> .....	<b>176</b>
	I. Allgemeines .....	176
	II. Ansprüche aus dem Dienstvertrag .....	176
<b>§ 51</b>	<b>Werkvertrag (<i>locatio conductio operis</i>)</b> .....	<b>177</b>
	I. Allgemeines .....	177
	II. Ansprüche aus dem Werkvertrag .....	177
<b>§ 52</b>	<b>Gesellschaft (<i>societas</i>)</b> .....	<b>179</b>
	I. Begriff. Geschichtlicher Überblick .....	179
	II. <i>Societas</i> .....	180

§ 53	<b>Auftrag (<i>mandatum</i>)</b> .....	<b>183</b>
	I. Begriff.....	183
	II. Das <i>mandatum</i> im klassischen Recht .....	184
	III. Ansprüche aus dem Auftrag.....	185
	<i>Innominatkontrakte. Schenkung</i> .....	187
§ 54	<b>Die Innominatkontrakte</b> .....	<b>187</b>
	I. Typenzwang im römischen Vertragsrecht. <i>Datio ob rem</i> .....	187
	II. Subsumtionsprobleme.....	188
	III. Innominatkontrakte .....	188
§ 55	<b>Schenkungen</b> .....	<b>190</b>
	I. Begriff.....	190
	II. Schenkungsverbote .....	191
§ 56	<b>Geschäftsführung ohne Auftrag (<i>negotiorum gestio</i>)</b> .....	<b>192</b>
§ 57	<b>Bereicherungsansprüche (Kondiktionen)</b> .....	<b>193</b>
	I. Geschichtliche Entwicklung .....	193
	II. <i>Condictio sine causa</i> .....	194
	III. Kondiktionstypen des klassischen Rechts.....	195
	<i>Delikte</i> .....	199
§ 58	<b>Allgemeine Grundsätze der Deliktshaftung</b> .....	<b>199</b>
§ 59	<b>Diebstahl (<i>furtum</i>)</b> .....	<b>200</b>
	I. Begriff.....	200
	II. Geschichtliche Entwicklung .....	201
	III. Anwendungsbereich der <i>actio furti</i> .....	202
	IV. Raub.....	203
§ 60	<b>Sachbeschädigung (<i>damnum iniuria datum</i> – widerrechtlich zugefügter Schaden)</b> .....	<b>204</b>
	I. Geschichtlicher Überblick .....	204
	II. <i>Lex Aquilia</i> .....	204
§ 61	<b>Verletzung der Persönlichkeit (<i>iniuria</i>)</b> .....	<b>212</b>
§ 62	<b>Arglistige Schädigung (<i>dolus malus</i>) und Zwang (<i>metus</i>), Gläubigerbenachteiligung</b> .....	<b>213</b>
	I. <i>Actio de dolo</i> .....	213
	II. <i>Exceptio doli</i> .....	213
	III. <i>Metus</i> (Zwang).....	215
	IV. Gläubigerbenachteiligung ( <i>alienatio in fraudem creditorum</i> ).....	215

## Grundzüge des Familienrechts

<i>Ehe</i> .....	217	
§ 63	<b>Die Ehe</b> .....	<b>217</b>
	I. Allgemeines.....	217
	II. Voraussetzungen der Ehe.....	217
	III. Die Ehegesetzgebung des Augustus .....	218

IV. Eheschliessung.....	219
V. Persönliche Wirkungen der Ehe.....	220
VI. Ehescheidung ( <i>divortium</i> ).....	220
<b>§ 64 Ehegüterrecht.....</b>	<b>222</b>
I. Güterstand.....	222
II. Die Mitgift ( <i>dos</i> ).....	222
<i>Väterliche Gewalt</i> .....	224
<b>§ 65 Väterliche Gewalt (<i>patria potestas</i>).....</b>	<b>224</b>
<b>§ 66 Entstehung und Beendigung der väterlichen Gewalt. Adoption.....</b>	<b>225</b>
I. Beginn und Ende der <i>patria potestas</i> .....	225
II. Arrogation und Adoption.....	225
III. Emanzipation.....	226
<i>Vormundschaft und Pflegschaft</i> .....	227
<b>§ 67 Vormundschaft (<i>tutela</i>).....</b>	<b>227</b>
I. Begriff und Arten.....	227
II. Rechtsbehelfe.....	228
III. <i>Tutela mulierum</i> .....	229
<b>§ 68 Pflegschaft (<i>cura</i>).....</b>	<b>229</b>

## Grundzüge des Erbrechts

<i>Erbrecht</i> .....	231
<b>§ 69 Die Erbfolge. Ziviles und prätorisches Erbrecht.....</b>	<b>231</b>
I. Begriff der Erbfolge.....	231
II. Ziviles und prätorisches Erbrecht.....	232
<b>§ 70 Intestaterbfolge und testamentarische Erbfolge.....</b>	<b>233</b>
I. Begriffliche Grundlagen.....	233
II. Intestaterbfolge.....	234
III. <i>Bonorum possessio intestati</i> .....	234
IV. Testament.....	235
V. <i>Bonorum possessio secundum tabulas</i> (prätorische Testamentserbfolge)...	237
VI. Der Widerruf des Testaments.....	237
VII. Kodizill.....	237
<b>§ 71 Der Inhalt des Testaments, insbesondere die Erbeinsetzung.....</b>	<b>238</b>
I. Testierfähigkeit.....	238
II. Die Erbeinsetzung.....	238
III. Ersatzerbschaft.....	239
IV. Testamentsauslegung.....	240
<b>§ 72 Noterbrecht.....</b>	<b>242</b>
I. Formelles Noterbrecht.....	242
II. Materielles Noterbrecht (Pflichtteilsrecht).....	242

<b>§ 73</b>	<b>Der Erwerb der Erbschaft nach Zivilrecht und nach prätorischem Recht ...</b>	<b>243</b>
	I. Die Hauserben .....	243
	II. Die Aussenerben ( <i>extranei</i> ) .....	244
	III. Der Erbschaftserwerb nach Honorarrecht .....	244
<b>§ 74</b>	<b>Legat (Vermächtnis) .....</b>	<b>244</b>
	I. Begriff .....	244
	II. Der Erwerb des Legats .....	245
	III. Gesetzliche Legatsbeschränkungen .....	246
<b>§ 75</b>	<b>Das Fideikommiss .....</b>	<b>246</b>
 <b>Grundzüge des Zivilprozessrechts</b>		
<b>§ 76</b>	<b>Einführung .....</b>	<b>249</b>
<b>§ 77</b>	<b>Das Legisaktionenverfahren .....</b>	<b>249</b>
<b>§ 78</b>	<b>Der Prozess im klassischen Recht: das Formularverfahren .....</b>	<b>251</b>
	I. Entstehung .....	251
	II. Gestaltung der Klageformeln durch den Prätor .....	251
	III. Der Inhalt des Edikts .....	252
	IV. Das aktionenrechtliche Denken .....	253
	V. Der Ablauf .....	254
	VI. Der Aufbau der Klageformel .....	257
	VII. Die Gliederung der Klageformeln .....	259
	VIII. Die Interdikte .....	262
<b>§ 79</b>	<b>Der ausserordentliche Kognitionsprozess</b>	
	( <i>cognitio extra ordinem</i> ) .....	264
 <b>Glossar der wichtigsten lateinischen Termini technici .....</b>		
		<b>266</b>
<b>Lateinische Rechtsregeln .....</b>		
		<b>279</b>
<b>Sachverzeichnis .....</b>		
		<b>283</b>



---

# Abkürzungsverzeichnis

aaO.	am angeführten Ort
ABGB	(öst.) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
Afric.	Africanus
Alf.	Alfenus
ALR	Preussisches Allgemeines Landrecht
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bde.	Bände
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
Bull.	Bulletin
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus
Cass.	Cassius
CC	französischer code civil
CC esp.	Spanischer código civil
CC it.	italienischer codice civile
Cels.	Celsus
CIC	Corpus Iuris Civilis
D.	Digesta Iustiniani
ders.	derselbe (Autor)
d.h.	das heisst
d.i.	das ist
Diocl.	Diocletianus
E.	Erwägung

eod.	eodem
ep.	epistulae
FIRA	Fontes Iuris Romani Antejustiniani
Flor.	Florentinus
FN	Fussnote
FS	Festschrift
f./ff.	folgende
Gai.	Gaius
Gai. epit.	Gaius epitomae
GS	Gedenkschrift, Gedächtnisschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
Hlbs.	Halbsatz
Hrsg.	Herausgeber
I.	Institutiones Iustiniani
Iav.	Iavolenus
i.e.S.	im engeren Sinne
i.f.	in fine
itp.	interpoliert
Iul.	Iulianus
Iust.	Iustinianus
i.w.S.	im weiteren Sinne
Jh.	Jahrhundert
JuS	Juristische Schulung (München)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
Lab.	Labeo
Lit.	Literatur
LQR	The Law Quarterly Review (London)
Marc.	Marcianus
Marcell.	Marcellus
Max.	Maximinianus
mNw.	mit Nachweisen
Mod.	Modestinus
n. Chr.	nach Christus
Nr.	Nummer
Ner.	Neratius
Nov.	Novellae Iustiniani

OR	Schweizerisches Obligationenrecht
öJBl	österreichische Juristische Blätter (Wien)
öJZ	österreichische Juristenzeitung (Wien)
Pap.	Papinian
Paul.	Paulus
Pomp.	Pomponius
pr.	Principium (Anfang)
Pra., Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
Proc.	Proculus
RE	Paulys Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, neu bearbeitet von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, K. Ziegler (Stuttgart)
RGZ	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig)
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité (Brüssel)
RP	Römisches Privatrecht
RR	Römische Rechtsgeschichte
RZ	Römisches Zivilprozessrecht
S.	Satz
s.(a.)	siehe (auch)
Sab.	Massurius Sabinus
sc.	scilicet = das heisst, nämlich
SC	Senatus consultum
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris (Roma)
sent.	sententiae
s.h.v.	sub hac voce
sog.	sogenannt
(ch, d, ö) StGB	(deutsches bzw. österreichisches) Strafgesetzbuch
str.	strittig
s.v.	sub voce
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung (germ. Abt. = germanistische Abteilung)
tab.	tabulae
Tryph.	Tryphoninus
TS	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'histoire de droit (Haarlem, seit 1950 Groningen)

u.	und
u. a.	und andere(s)
Ulp.	Ulpian
v.	von
Val. Max.	Valerius Maximus
v. Chr.	vor Christus
vgl.	vergleiche
Z.	Zeile
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch (ohne weitere Hinweise: Schweizerisches)

---

# Literatur

## Lehrbücher, Monographien

- BENKE/MEISSEL, Übungsbuch zum Römischen Sachenrecht, 10. Aufl. 2012
- BENKE/MEISSEL, Übungsbuch zum Römischen Schuldrecht, 7. Aufl. 2006
- BRETONE, Geschichte des Römischen Rechts, 2. Aufl. 1998
- BÜRGE, Römisches Privatrecht. Eine Einführung, 1999
- HARKE, Römisches Recht, 2. Aufl. 2016
- HAUSMANINGER/SELB, Römisches Privatrecht, 9. Aufl. 2001
- HAUSMANINGER/GAMAUF, Casebook zum Römischen Vertragsrecht, 7. Aufl. 2012
- HAUSMANINGER/GAMAUF, Casebook zum Römischen Sachenrecht, 11. Aufl. 2012
- HAUSMANINGER, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 5. Aufl. 1996
- HUWILER, Textbuch zum Römischen Privatrecht, 2. Aufl. 2000
- V. JHERING, Der Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3 Bde., 6. Aufl. 1907
- KASER, Das Römische Privatrecht, 2 Bde., 2. Aufl. 1971/1975
- KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch), 22. Aufl. 2020
- KASER/HACKL, Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996
- KUNKEL/HONSELL/MAYER-MALY/SELB, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987
- KUNKEL, Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik, bearbeitet v. Wittmann, 1992
- KUNKEL/SCHERMEIER, Römische Rechtsgeschichte, 14. Aufl. 2008
- LIEBS, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004
- LIEBS, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl. 2007
- LOTMAR, Das römische Recht vom Error, hrsg. v. I. Fagnoli, I-II, 2019
- MANTHE, Geschichte des Römischen Rechts, 4. Aufl. 2011
- MEINCKE, Römisches Privatrecht, 2. Aufl. 2017
- MAYER-MALY, Römisches Recht, 2. Aufl. 1999
- RABEL, Grundzüge des Römischen Privatrechts, 2. Aufl. 1955
- SCHULZ, Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft, 1961

SÖLLNER, Einführung in die Römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 1996

WALDSTEIN/RAINER, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl. 2014

WIEACKER, Vom Römischen Recht, 2. Aufl. 1961

WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte I, 1988

WIMMER, Digestenexegeese, 2004

## **Fremdsprachige Lehrbücher**

BONFANTE, Istituzioni di diritto romano, 10. Aufl. 1987

GAUDEMET/CHEVREAU, Droit privé romain, 3. Aufl. 2009

GNOLI/FARGNOLI, Institutiones iuris romani, 1. Aufl. 2018

MOUSOURAKIS, Fundamentals of Roman Private Law, 2012

PICHONNAZ, Les fondements romains du droit privé, 2. Aufl. 2020

SCHMIDLIN, Droit privé romain I, 1. Aufl. 2008

SCHMIDLIN/DUNAND/WINIGER, Droit privé romain II, 1. Aufl. 2010

TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano, 1990

ZIMMERMANN, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996

## **Quellen, Hilfsmittel**

BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER u. a., Corpus iuris civilis I, Institutionen, 1990, II – V, Digesten 1 – 34, 1995 – 2013, lateinisch und deutsch

BONFANTE/FADDA/FERRINI/RICCOBONO/SCIALOJA, Digesta Iustiniani Augusti, 2. Aufl. 1960

HEUMANN/SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, II. Aufl. 1971

KRÜGER, Geschichte der Quellen und Literatur des röm. Rechts, 2. Aufl. 1912

MOMMSEN/KRÜGER, Corpus iuris civilis, 1954

RICCOBONO u. a., Fontes iuris Romani anteiustiniani (FIRA), 3 Bde., 1943

SCHILLING/SINTENIS u. a., Das Corpus iuris civilis in's Deutsche übersetzt, 1832

## **Römisches Recht und Europa, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit**

COING, Europäisches Privatrecht I, 1985

FARGNOLI/REBENICH (Hrsg.), Das Vermächtnis der Römer, 2012

HONSELL/MAYER-MALY, Rechtswissenschaft – Die Grundlagen des Rechts,  
7. Aufl. 2017

KOSCHAKER, Europa und das Römische Recht, 4. Aufl. 1966

RAINER, Das Römische Recht in Europa, 2012

WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967

WESEL, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014

WESEL, Geschichte des Rechts in Europa, 2010



---

# Die Geschichte des römischen Rechts

---

## § 1 Die Bedeutung des römischen Rechts

Dem Laien, aber auch dem Juristen sind die römischen Einflüsse auf unsere heutige Zivilrechtsordnung weniger geläufig als andere lateinische Stilelemente der europäischen Kultur. Die gesamte abendländische Kultur – Sprache, Philosophie, Kunst, Architektur, Geldwesen, Handel und Verkehr, ja überhaupt die ganze urbane Zivilisation – begann in der griechisch-römischen Antike.<sup>1</sup>

Unter allen lateinischen Elementen unserer Kultur nimmt die römische Jurisprudenz neben der lateinischen Syntax vielleicht den wichtigsten Platz ein. Sie zählt neben der griechischen Philosophie und der christlichen Religion zu den tragenden Säulen der abendländischen Kultur.<sup>2</sup>

Das römische Zivilrecht in der Gestalt, die es in der Gesetzgebung des ost-römischen Kaisers Justinian (§ 3 III) gefunden hatte, wurde nach seiner Wiederentdeckung im Westen an den aufblühenden Universitäten des Mittelalters schon bald Gegenstand von Forschung und Lehre. Unter den vier klassischen Fakultäten fand sich neben Philosophie, Theologie und Medizin auch die Jurisprudenz. Einen hervorragenden Ruf – ähnlich dem der Sorbonne für Theologie – genoss die Universität Bologna für Jurisprudenz.<sup>3</sup>

Für Deutschland unterscheidet man eine theoretische und eine praktische Rezeption des römischen Rechts.<sup>4</sup> Die theoretische Rezeption beruhte auf dem Gedanken der *translatio imperii*, also auf der Vorstellung, dass die Kaiser des Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation die Nachfolger der römischen Kaiser seien. Die praktische Rezeption ergab sich in der Folge namentlich daraus, dass die Juristen das gelehrte (römische) Recht, das sie in Bologna studiert hatten, als subsidiäres Recht anwandten (gemeines Recht). Im Jahre 1495 wurde das Reichskammergericht gegründet, das nach römisch-gemeinem Recht entschieden hat.

Aus der humanistischen Jurisprudenz entwickelte sich im 17. und 18. Jh. das Vernunftrecht der Aufklärung,<sup>5</sup> welches mit den grossen Naturrechtskodifikationen in Frankreich, Preussen und Österreich seinen Höhepunkt und Ab-

---

<sup>1</sup> Zum Folgenden HONSELL, recht 1987, 33 ff.

<sup>2</sup> Vgl. KOSCHAKER.

<sup>3</sup> S. dazu WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, vgl. 45 ff., 52 ff.

<sup>4</sup> WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, 97 ff.

<sup>5</sup> WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, 97 ff.

schluss erlangt hat. Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch und der französische code civil sind noch heute in Geltung.

Die Aufklärung hat zu einer Emanzipation der Rechtswissenschaft aus der zeitweiligen Bevormundung durch die Theologie geführt. Ein grosser humanitärer Fortschritt war die Abschaffung der Folter und der Hexenprozesse.

In methodischer Hinsicht war für das Naturrecht<sup>6</sup> kennzeichnend das Streben nach einem geschlossenen System, nach einer Begriffsbildung von mathematischer Exaktheit und einer juristischen Beweisführung von logischer Stringenz. Die *demonstratio more geometrico*<sup>7</sup>, die wertungsfreie, rein logische Deduktion aus Obersätzen, war indes für eine Sozialwissenschaft nicht das geeignete Erkenntnisverfahren, und so schlug das Pendel alsbald zurück zu einer geschichtlichen Rechtswissenschaft. Goethe<sup>8</sup>, der Zeitgenosse dieser Entwicklung war, hat das römische Recht mit einer Ente verglichen, die zwar von Zeit zu Zeit untertaucht, aber immer wieder an die Oberfläche kommt. Einer der grossen Protagonisten der historischen Rechtsschule war Friedrich Carl v. Savigny, der den Zivilrechtsgesetzbüchern der Aufklärung sehr reserviert gegenüberstand und seiner Zeit die Befähigung zu einer Zivilrechtskodifikation überhaupt abgesprochen hat.<sup>9</sup>

Die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts blieb zwar bei ihrem Gegenstand, den Pandekten Justinians, übertrug aber auf ihn die System- und Begriffsbildung des Naturrechts und führte so zu einem rechtswissenschaftlichen Positivismus, der ausserrechtliche Wertungen bewusst ausgeklammert hat. «Ethische, politische oder volkswirtschaftliche Erwägungen» – so formulierte Bernhard Windscheid<sup>10</sup>, eine der herausragenden Gestalten der Pandektistik – «sind nicht Sache des Juristen als solchen». Die Pandektistik hat eine abstrakte, von historischen Eigentümlichkeiten befreite Zivilrechtsdogmatik hervorgebracht und insofern das Werk der Aufklärung fortgeführt. Auf dieser Grundlage entstand das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, welches man wegen seiner technischen Sprache und abstrakten Begrifflichkeit auch als Pandektengesetzbuch bezeichnet hat. Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes endete die unmittelbare Geltung des römi-

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu VOPPEL, Der Einfluss des Naturrechts auf den Usus modernus (1996).

<sup>7</sup> Vgl. z.B. CHRISTIAN WOLFF, dessen Hauptwerk den Titel trägt: Jus naturae methodo scientifica pertractatum. Baruch Spinoza hat sogar eine Ethica more geometrico demonstrata verfasst; Näheres bei WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, 319 f.

<sup>8</sup> Gespräche mit Eckermann 6. April 1829.

<sup>9</sup> Vgl. die berühmte Streitschrift, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814); sie war gerichtet gegen THIBAUT, Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland (1814); vgl. dazu WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, 390 f.

<sup>10</sup> Gesammelte Reden und Abhandlungen (1904), 101.

schen Rechts. Erst jetzt war das lateinische Gesetzbuch, das *Corpus iuris civilis*, endgültig ausser Kraft getreten. Nun wurden auch im Universitätsunterricht und in der Wissenschaft Zivilrecht und römisches Recht getrennt. Die moderne Romanistik wandte sich der geschichtlichen Erforschung des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung zu. Hierbei spielten die Veränderungen, welche die Gesetzgebungskommission Justinians an den Klassikertexten vorgenommen hatte (Interpolationen), eine besondere Rolle. Diese Interpolationenforschung wurde stark übertrieben und blieb in weiten Bereichen sehr hypothetisch. Für den Studenten spielt sie praktisch keine Rolle. Vernachlässigt wurde im Unterricht hingegen die Bedeutung des römischen Rechts als historische Grundlage des geltenden Rechts in Europa, wobei hier vor allem die deutschsprachigen Länder interessieren. Die deutlichste Anlehnung an das römische Recht und seine Systematik zeigten die Aufklärungsgesetzbücher der ersten Kodifikationswelle, namentlich das österreichische ABGB (1812) und der französische code civil (1804). Die zweite Kodifikationswelle brachte 200 Jahre später die sog. Pandektengesetzbücher hervor, nämlich das Schweizer OR (1883), das deutsche BGB (1900) und die gesamte Schweizer Kodifikation (ZGB und OR), die in Kraft tritt. Auch diese Gesetzbücher verraten nahezu in jedem Artikel oder Paragraphen ihre römische Herkunft.

Ihre gemeinsame Grundlage war für den zentralen Bereich des Obligationenrechts der Dresdner Entwurf eines Obligationenrechts für den Deutschen Bund (1864), der allerdings wegen der politischen Verhältnisse nicht Gesetz wurde und dessen Anlehnung an das römische Recht in Gestalt der Pandektistik besonders deutlich ist. Daher rühren auch die grossen Gemeinsamkeiten zwischen deutschem und schweizerischem Recht. Auch ins ABGB wurden zahlreiche Elemente des pandektistischen BGB durch die Dritte Teilnovelle 1916 übernommen. Aber auch im Sachen-, Familien- und Erbrecht ist der römische Anteil unverkennbar und noch heute kann man viele Regelungen ohne Kenntnis ihrer geschichtlichen Herkunft kaum richtig verstehen.<sup>11</sup>

Die Bedeutung des römischen Rechts liegt in seinem Bildungswert. Wegen der klaren Begriffe<sup>12</sup> und der hohen Sachgerechtigkeit der römischen Zivilrechtsdogmatik dient das Studium des römischen Rechts noch heute als ideales Propädeutikum des modernen Zivilrechts. Auch bewahrt die Kenntnis der historischen Dimensionen des Rechts den Studenten vor einem unkritischen und

---

<sup>11</sup> Näher HONSELL/MAYER-MALY, Rechtswissenschaft<sup>7</sup> (2017), 261 ff., 288 ff.

<sup>12</sup> SAVIGNY aaO. 29, der freilich gemeint hat, dass die Römer mit den Begriffen gerechnet hätten. Rechnen kann man nicht mit Begriffen, sondern nur mit Zahlen. Verfehlt war auch die Vorstellung eines deduktionsfähigen Systems von Begriffen in der Begriffsjurisprudenz; eine Ehrenrettung der Begriffsjurisprudenz versucht neuerdings RÜCKERT, Prinzipienjurisprudenz?!, recht 2017, 300–312, 300 ff.

bildungsfernen Dogmatismus,<sup>13</sup> wie er uns leider allenthalben begegnet. Die enge Verbindung zwischen geltendem Privatrecht und römischem Recht wird daher im Folgenden durchgehend herausgestellt.

Auch für die europäische Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung ist das Studium des römischen Rechtes unerlässlich. Eine Rechtsvergleichung gemeinsamer Tochterrechte bleibt ohne Kenntnis des Mutterrechts unvollständig. Zudem lässt es sich in der Dogmengeschichte nicht selten beobachten, dass die Rechtsentwicklung nach Umwegen wieder zum Ausgangspunkt und den ursprünglichen Rechtsfiguren und Lösungen zurückkehrt.<sup>14</sup>

## § 2 Römische Rechtsquellen

### I. Altrömisches Recht

Das altrömische Recht<sup>15</sup> war ganz überwiegend ungeschriebenes Recht. «Das Volk des Rechts ist nicht das Volk der Gesetze» (F. Schulz). Gesetze hatten in Rom nur marginale Bedeutung. Ganz anders in Griechenland.<sup>16</sup> Man denke nur an die Gesetze des Solon, die wegen ihrer Weisheit, aber auch an die des Dracon, die wegen ihrer Strenge sprichwörtlich geworden sind. Der *mos maiorum*, die Sitte der Väter, war den Römern heilig. Die lang dauernde Übung (*longa et inveterata consuetudo*), die auf allgemeinem Konsens beruht (*consensus omnium*), war für die Rechtsgenossen verbindlich (Gewohnheitsrecht).<sup>17</sup> Anerkannt war auch, dass veraltetes Gesetzesrecht durch dauernde Nichtanwendung (*desuetudo*) tatsächlich ausser Kraft gesetzt werden konnte (derogierendes Gewohnheitsrecht).

---

<sup>13</sup> Zur Bedeutung des römischen Rechts für die Gegenwart s. KOSCHAKER; MAYER-MALY, Die heutige Wirksamkeit des römischen Rechts (1986); WESENER, Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den alt-österreichischen Ländern in der Neuzeit (1989).

<sup>14</sup> Dazu MAYER-MALY, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, JZ 1971, 1 ff.; HONSELL, Lebendiges Römisches Recht, GS Mayer-Maly (2011), 225 ff.

<sup>15</sup> Zum Folgenden WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte I, 185 ff.; HONSELL, FS Coing II (1982), 129 ff.

<sup>16</sup> Dazu HONSELL, FS Coing II, 129 ff.

<sup>17</sup> Zum Gewohnheitsrecht immer noch instruktiv BRIE, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I (1899); ferner KUNKEL, Kl. Schriften (1974), 367 ff.; WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte I, 499 ff. Die Existenz eines Gewohnheitsrechtes wird von manchen zu Unrecht bestritten, so noch von FLUME, Gewohnheitsrecht und röm. Recht (1975); weitere Lit. bei WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte I, aaO.

Jul. D. 1. 3. 32: de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quod urbs Roma utitur, servari oportet. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quod sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? qua re rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacitu consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

In den Fällen, für die wir keine geschriebenen Gesetze haben, muss das befolgt werden, was durch Herkommen und Gewohnheit eingeführt worden ist. Fehlt eine solche Gewohnheit, so ist das zu beachten, was am nächsten liegt und in ähnlichen Fällen gilt. Lässt sich auch daraus nichts entnehmen, so muss das Recht der Stadt Rom befolgt werden. Die überlieferte Gewohnheit ist zu Recht wie ein Gesetz zu beachten, und was durch Herkommen begründet ist, das ist Recht. Denn wenn uns die Gesetze selbst aus keinem anderen Grunde binden, als dass sie durch den ausgesprochenen Willen des Volkes angenommen wurden, dann bindet auch dasjenige, was das Volk ungeschrieben gutgeheissen hat. Denn welchen Unterschied macht es, ob das Volk seinen Willen durch Abstimmung oder schon durch die Umstände und Fakten erklärt? Ganz zu Recht ist daher auch angenommen worden, dass Gesetze nicht nur durch den ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers, sondern auch durch übereinstimmenden, stillschweigenden Nichtgebrauch aufgehoben werden können.

Heute gilt das Prinzip der formal-gesetzlichen Derogation. Ein Gesetz bleibt danach so lange in Kraft, bis es durch ein neues Gesetz aufgehoben wird. Freilich gibt es auch heute obsolet gewordene Gesetze, bei deren Wiederentdeckung die Frage ihrer Fortgeltung aufgeworfen wird. In der Theorie verneint man eine gewohnheitsrechtliche Derogation, in der Praxis kommt sie dennoch vor. Wer wollte auch z.B. ein Strafgesetz anwenden, das jahrelang im Dornröschenschlaf gelegen hat? Gerade in unserer Zeit einer hektischen Gelegenheitsgesetzgebung geschieht es nicht selten, dass Gesetze in Vergessenheit geraten.<sup>18</sup> Dann ist es aber ein Gebot der Fairness, das Gesetz, das niemand mehr beachtet hat, nach seiner Neuentdeckung jedenfalls nicht ohne Wiederverlautbarung anzuwenden.

---

<sup>18</sup> Im deutschen Bundestag ist es sogar passiert, dass ein Gesetz geändert wurde, das längst aufgehoben war. Vgl. dazu HONSELL, Vom heutigen Stil der Gesetzgebung (1978).

## II. Die Zwölftafelgesetzgebung

In der Zeit der frühen Republik, nach der Überlieferung im Jahre 451 v. Chr., entstand die einzige Kodifikation, die es in Rom jemals gegeben hat: die Zwölftafeln (*lex duodecim tabularum*, genannt nach den zwölf hölzernen Tafeln, auf denen das Gesetz geschrieben war).<sup>19</sup> Es enthielt zum Teil sehr urtümliche Regeln des Privatrechts, des Strafrechts und des öffentlichen Rechts und war ohne Frage griechisch beeinflusst. So ist z.B. *poena*, das Wort für Deliktsbusse, ein griechisches Lehnwort. Nach der Überlieferung ist eine Gesandtschaft zum Studium der Solonischen Gesetze nach Athen gereist. Die Originaltafeln sind schon im Gallierbrand (390 v. Chr.) verloren gegangen. Im Bewusstsein des Volkes hat das Zwölftafelgesetz lange fortgewirkt. Cicero berichtet, dass noch zu seiner Zeit die Kinder den Text in der Schule auswendig lernen mussten. Die spätere Gesetzgebung<sup>20</sup> war eine sporadische Gelegenheitsgesetzgebung; die Gesetze behandelten vielfach nur einzelne Fragen des politischen Alltags. Man unterschied die *lex publica populi Romani* (für das Gesamtvolk verbindlich) und das plebiscitum, das ursprünglich nur für die *plebs*, seit der *lex Hortensia* (um 287 v. Chr.) jedoch ebenfalls für das Gesamtvolk verbindlich war.

Von den späteren Volksgesetzen haben sich die Zwölftafeln in drei Punkten deutlich abgehoben, die wohl alle mit dem hellenistischen Einfluss zu erklären sind: Die Idee einer umfassenden Kodifikation, eine relative Abstraktionshöhe und eine schlichte, einfache Sprache. Man lobte Eleganz und Kürze, *elegantia* und *brevitas verborum*. Noch Justinian hebt die *simplicitas* (Einfachheit) hervor, die er als *amica legum* (Freundin der Gesetze) bezeichnet.

Die späteren Gesetze sind in Stil und Inhalt grundverschieden. Zumeist sind es Massnahmegesetze, die sich in der Durchführung einer einmaligen Anordnung erschöpften, oder Einzelfallgesetze, die überhaupt nur einen einzigen Bürger oder einen einzelnen Anlassfall betrafen (z.B. Kriegserklärungen, Friedensverträge, Gelübde, Begründung ausserordentlicher Kommandogewalten, Bewilligung von Triumphen, Erteilung von Dispensen). Auch die allgemein und auf Dauer erlassenen Gesetze hatten meist nur einen eng begrenzten Regelungsgegenstand. Sie dienten nicht der Begründung oder weiteren Ausbildung des Zivilrechts oder des Verfassungsrechts, sondern versuchten durch Errichtung von Schranken und Verboten eingetretene Missstände zu beheben. Daher hatten sie meist einen konkreten Anlassfall: so die *lex Poetelia*, die Grausamkeit eines Wucherers, die *lex Cincia*, von Anwälten und Patronen erpresste Schenkungen, und die bekannte Geschichte des *senatus consultum Macedonianum*, die erzählt, ein gewisser

---

<sup>19</sup> WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte, 287 ff.

<sup>20</sup> Zum Folgenden WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte I, 388 ff.; HONSELL, FS Coing II 129 ff.

Macedo habe, von seinen Gläubigern bedrängt, seinen Vater ermordet, um an das Erbe heranzukommen. Für das Privatrecht gibt es in der gesamten Republik knapp 30 Gesetze, die zum Teil ganz ähnliche Themen hatten oder nur ältere Regelungen wiederholten, wie z.B. die gegen übertriebenen Aufwand und Luxus gerichteten *leges sumptuariae* (Vorschriften über Kleider, Speisen, Feste usw.). Das grosse eigentliche Terrain des Privatrechts blieb von der Gesetzgebung praktisch völlig unberührt. Der Gesetzgeber beschränkte sich auf punktuelle, sozialreformerische Massnahmen, wie Einschränkung der Bürgschaften, Begrenzung des Zinssatzes oder Beschränkung der Testierfreiheit oder der Freilassungen.

Stil und Sprache<sup>21</sup> dieser Gesetze sind ausgesprochen schwerfällig, umständlich und pedantisch. Der Text sollte lückenlos und vollständig sein. Dies führte zu endlosen, ermüdenden Wiederholungen. Unverkennbar ist die Parallele zum Wortreichtum und zur Weitschweifigkeit der pontificalen Gebetsformeln. Hier wie dort stand das skrupulöse Bestreben im Vordergrund, keinen denkbaren Fall, keinen möglicherweise relevant werdenden Umstand auszulassen. Der Formalismus verbot jede nachträgliche korrigierende Interpretation. Eine Auslegung des Textes, der naheliegende Schluss von der *ratio legis* auf den ungeregelten Fall, kam nicht in Betracht. *In precibus nihil esse ambiguum debet*<sup>22</sup> (in den Gebeten darf nichts doppeldeutig sein). Ein amüsantes Beispiel übertriebener Gesetzespedanterie findet sich in der *lex Rubria*.<sup>23</sup> Das Gesetz enthielt Prozessformeln und verwendete hierfür Blankette. Der Kläger hiess Seius, der Beklagte Licinius; als Prozessort war Mutina, das heutige Modena, angegeben. Das Gesetz hielt den Hinweis für notwendig, dass die Blankette in der Prozessformel durch die richtigen Namen zu ersetzen seien, es sei denn, dass die Parteien ausnahmsweise wirklich so hiessen oder der Prozess tatsächlich in Mutina stattfände.

Obwohl es in Rom nur wenige Gesetze gab, die, wie gesagt, zumeist Einzelfälle betrafen, war die Klage über die Vielzahl der Gesetze gross. Berühmt ist der Satz des Tacitus<sup>24</sup>: *corruptissima res publica, plurimae leges* – je korrupter der Staat, umso mehr Gesetze. Die Klage über die Gesetzesflut und die Forderung nach wenigen und klaren Gesetzen finden wir auch in den Staatsutopien der Renaissance, etwa in Thomas Morus, Utopia<sup>25</sup>: *leges habent perquam paucas. ipsi vero censent iniquissimum ullos homines his obligari legibus, quae aut numerosiores sint, quam ut perlegi queant aut obscuriores, quam ut a quovis possint intellegi.* – Sie, die Bürger von Utopia, haben ganz wenige Gesetze. Sie halten es für

<sup>21</sup> Dazu WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte 425 f.; HONSELL, St. Guarino (1988), 1667 f.

<sup>22</sup> Servius Vergilkommentar zur Aeneis 7, 120.

<sup>23</sup> FIRA I 172 Z. 46 ff.; dazu HONSELL, St. Guarino, 1667 f.

<sup>24</sup> Annales 3, 27.

<sup>25</sup> Opera omnia latina (Nachdruck Frankfurt 1963), 216.

unbillig, jemanden durch Gesetze zu binden, die entweder zu zahlreich sind, als dass sie gelesen, oder zu dunkel, als dass sie von jedem verstanden werden könnten.

Griechisch beeinflusst ist der Gedanke der Gleichheit vor dem Gesetz (*aequabilitas – isonomia*). Die Gleichheit verlangt nicht nur ein Verbot von Privilegien, sondern auch Schutz vor der Willkür des Mächtigen. Dieser Gedanke findet sich in einem Hexameter Ovids<sup>26</sup>: *inde datae sunt leges ne firmior omnia posset* – die Gesetze sind gegeben worden, damit nicht der Stärkere sich alles erlauben kann.

Die Gleichheit wird freilich rein formal verstanden. In *de re publica*<sup>27</sup> lässt Cicero den Scipio ganz im Sinne der stoischen Lehre sagen, dass man die Vermögensgleichheit nicht herstellen wolle und die intellektuellen Fähigkeiten nicht die gleichen seien, aber die Rechte der Staatsbürger die gleichen sein müssten: *iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem civitate* – sicherlich muss für diejenigen, die Bürger desselben Staates sind, das gleiche Recht gelten. Diesen formalen Gleichheitsbegriff hat Anatol France mit dem berühmten Satz kritisiert: «Das Gesetz verbietet Armen und Reichen gleichermaßen, unter Brücken zu schlafen, zu betteln oder Brot zu stehlen.»

Auch eine Gleichberechtigung von Mann und Frau hat das römische Recht nicht gekannt:

Pap. D. 1, 5, 9: In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.

In vielen Vorschriften unseres Rechtes ist die Stellung der Frauen schlechter als die der Männer.

### III. Das Fallrecht der klassischen Epoche

Das römische Recht in der Zeit der späten Republik und des Prinzipats (klassische Periode) war ganz überwiegend Fallrecht.<sup>28</sup> Anders als heute bestand das Zivilrecht nicht aus einem grossen abstrakten Gesetzgebungswerk (Kodifikation). Vielmehr war es eine umfangreiche Kasuistik, die in wissenschaftlichen und praktischen Werken überliefert wurde. Diese stammten von privaten Juristen, die unentgeltlich tätig waren (Honoratiorenjurisprudenz<sup>29</sup>). Das Gesetz als antizi-

---

<sup>26</sup> Fasti 3, 279.

<sup>27</sup> 1, 49.

<sup>28</sup> Eingehend hierzu KASER, Ausgewählte Schriften I, 134 ff.

<sup>29</sup> Der Ausdruck stammt von MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* I, § 20; zur röm. Honoratiorenjurisprudenz s. statt aller SCHULZ, *Rechtswissenschaft*, 27 ff., 70 ff.