

**Grundzüge**  
des  
**Römischen Privatrechts**

Von  
**Dr. Carl Crome**  
Geheimem Justizrat,  
o. Professor der Rechte an der Universität Bonn.

Zweite,  
neu durchgearbeitete Auflage.



**BONN**  
A. Marcus & E. Webers Verlag (Dr. jur. Albert Ahn)  
1922

Alle Rechte, besonders das der Übersetzung in fremde Sprachen, bleibt vorbehalten.  
Copyright 1922 by A. Marcus & E. Webers Verlag in Bonn.

## Vorwort zur ersten Auflage.

Das Buch ist als Seitenstück zu der bekannten deutsch-rechtlichen Einführung in das Recht unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs zu denken, die den Titel „Grundzüge des deutschen Privatrechts“ führt. Ein entsprechendes romanistisches Werk fehlt bis jetzt.

Diesen Hauptzweck verfolgend, tritt das Buch in einen gewissen Gegensatz zu den vortrefflichen Arbeiten über das klassische römische Recht, die uns die neue Zeit beschert hat und die jedem unentbehrlich sind, der den Entwicklungsgang der einzelnen Institute von ihrem Ursprung an verfolgen will. Dies konnte hier nur, soweit das Verständnis es erfordert, und oft nur andeutungsweise geschehen. Wenn das vorliegende Buch den historischen Werken des klassischen Rechts zur Seite treten soll, so schöpft es die Berechtigung dazu einzig aus dem Umstand, daß es meiner Ansicht nach für uns auch von erheblicher Bedeutung ist, zu wissen, wie die Institute sich von der justinianischen Kompilation bis zu uns fortgebildet haben, also den späteren Generationen zum Bewußtsein gekommen sind. M. a. W. es muß ein Werk geben, das sich hauptsächlich mit der für uns maßgebend gewordenen Quelle, also dem Corpus juris befaßt und danach den weiteren Entwicklungsgang der einzelnen Institute bestimmt, so daß der Jünger der Rechtswissenschaft den Geist spürt, der von hier zu den heutigen Quellen führt. Trotzdem konnte nicht der Schwerpunkt auf die nachrömische Entwicklung gelegt, letztere vielmehr nur in Anmerkungen und kleineren Anhängen zu den Abschnitten des Textes aufgezeigt werden. Der Grund hierfür liegt einmal darin, daß es unerwünscht wäre, die Eigenart der römischen Systematik durch die späterer Zeiten zu ersetzen, zum Teil auch darin, daß in der bisherigen Literatur die für uns so wichtige Geschichte der römischen Rechtsinstitute seit den Tagen Justinians in ihren Einzelheiten leider noch wenig erforscht ist, eine Gesamtdarstellung aber ohne eingehende monographische Vorarbeiten schlechterdings unmöglich ist.

Hieraus ergibt sich, daß keineswegs ein Rückfall in die alte Pandektenlehre beabsichtigt ist. Diese behandelte ein

modifiziertes römisches Recht. Sie war Darstellung eines lebenden Rechts und mußte auf praktische Bedürfnisse Rücksicht nehmen. In Verfolg dessen ist ihr eine Ausbildung der Begriffe gelungen, die weit über das römische Recht hinausgeht. Die Darstellung dieser Errungenschaften ist nicht Aufgabe dieses Buchs: sie gehört dem System des geltenden Rechtes an. Im vorliegenden Zusammenhang würde sie nur falsche Vorstellungen erwecken und den römischen Geist fälschen, durch Hineintragung von Dingen, die erst die Folgezeit in harter Geistesarbeit geschaffen hat. Gerade durch den Kontrast ist hier didaktisch zu wirken.

Daß trotz dieser Beschränkungen das Buch den jungen Juristen vorzugsweise in das systematische Denken einführen soll, halte ich für selbstverständlich. Das römische Recht ist gerade dazu die beste Schule, und ich habe in den Einzelheiten hier lieber nicht zu wenig gegeben. Zur Entlastung in anderer Richtung verweise ich auf zwei Hilfsbücher, in Format und Umfang dem vorliegenden entsprechend, die zweckmäßig als Ergänzung herangezogen werden können: Kipps Geschichte der Quellen des römischen Rechts und Küblers Lesebuch. Letzteres entloh mich des wörtlichen Abdrucks von Quellenstellen, der viel Raum erfordert hätte.

Ich bin mir bewußt, daß manche andere Anforderungen an eine Schrift über römisches Recht stellen werden. Trotzdem komme ich nicht darüber hinweg, daß auch ein Buch mit den hier dargelegten Zielen ein Bedürfnis ist, wenn das Interesse der heutigen Jugend am römischen Rechte wachgehalten werden soll.

Bonn, im November 1919.

### Vorwort zur zweiten Auflage.

Die nach verhältnismäßig kurzer Zeit erforderliche Neuauflage hat gezeigt, daß Anlage und Ziel des Buches die richtigen waren. Sie sind geblieben. Zahlreiche Veränderungen der Darstellung im einzelnen suchen die Ergebnisse der neueren Forschung über das reine römische Recht besser zum Ausdruck zu bringen, als dies bei der ersten Niederschrift möglich war. Möge das Buch der juristischen Jugend weiter förderlich sein.

Bonn, im März 1922.

**Carl Crome.**

# Inhaltsverzeichnis.

## Einleitung.

### Geschichtliche und prozessuale Grundlagen.

	Seite
§ 1. Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht . . . . .	I
§ 2. Entwicklung des römischen Rechts beim römischen Volk . . . . .	3
§ 3. Das römische Recht in Deutschland. — Gemeines und partikuläres Recht . . . . .	18
§ 4. Die Aufgabe der gegenwärtigen Darstellung des römischen Privatrechts . . . . .	25
§ 5. Formales und billiges Recht. Aktionensystem. Klagverjährung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . . . . .	27

## I. Buch.

### Sachenrecht.

§ 6. I. Von den Sachen . . . . .	36	
§ 7. II. Die Rechte an Sachen. Eigentum und andere dingliche Rechte	44	
III. Besitz und Eigentum.		
1. Der Besitz.		
§ 8. a) Begriff und Arten des Besitzes . . . . .	47	
§ 9. b) Erwerb und Verlust des Besitzes . . . . .	52	
§ 10. c) Schutz des Besitzes. Die Besitzklagen . . . . .	56	
Anhang. Entwicklung der Besitzlehre in Deutschland . . . . .		60
2. Das Eigentum.		
§ 11. a) Begriff. Beschränkungen. Dauer. Miteigentum	61	
b) Erwerb des Eigentums.		
§ 12. α) Übertragung. Geschichtliches. — Tradition . . . . .	66	
§ 13. β) Aneignung, Schatzfund, Verarbeitung . . . . .	71	
§ 14. γ) Verbindung (accessio). Fruchterwerb . . . . .	72	
§ 15. δ) Ersitzung . . . . .	75	
§ 16. c) Schutz des Eigentums. — Rei vindicatio. — Actiones negatoriae . . . . .	80	
§ 17. 3. Schutz des Ersitzungsbesitzes. Actio Publiciana . . . . .	86	

		Seite
§ 18.	4. Obligatorische Klagen wegen Besitzentziehung und anderer Störung tatsächlicher Zustände . . . . .	88
§ 19.	5. Teilungsklagen. Adjudikation . . . . .	92
<b>IV. Rechte an fremder Sache.</b>		
1. Servituten.		
§ 20.	a) Begriff und Allgemeines . . . . .	93
§ 21.	b) Die einzelnen Arten . . . . .	95
§ 22.	c) Erwerb und Endigung der Servituten . . . . .	99
§ 23.	d) Schutz . . . . .	102
§ 24.	2. Superficies und Emphyteuse . . . . .	103
3. Pfandrecht.		
§ 25.	a) Begriff und Inhalt . . . . .	107
§ 26.	b) Erwerb und Verlust des Pfandrechts . . . . .	116
§ 27.	c) Schutzmittel . . . . .	119
§ 28.	d) Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte . . . . .	121

## II. Buch.

### Schuldrecht.

<b>I. Begriff und Inhalt des Schuldverhältnisses.</b>		
§ 29.	1. Schuld und Haftung. Erfordernisse und Arten der Leistung . . . . .	124
§ 30.	2. Schutz des Forderungsrechts durch Klage. — Naturalobligationen . . . . .	130
§ 31.	3. Näheres über den Schadensersatz. Verursachung und Verschuldung. Ort und Zeit der Leistung. Verzug . . . . .	132
§ 32.	4. Einseitige und gegenseitige Verpflichtungen . . . . .	141
<b>II. Entstehung der Schuldverhältnisse.</b>		
§ 33.	1. Übersicht . . . . .	145
2. Kontrakte und Quasikontrakte.		
a) Der Verbalkontrakt (stipulatio).		
§ 34.	α) Die Stipulation als selbständiges Schuldversprechen . . . . .	148
§ 35.	β) Akzessorische Stipulationen . . . . .	152
§ 36.	γ) Novatorische Stipulationen . . . . .	155
§ 37.	b) Der Literalkontrakt . . . . .	159
§ 38.	c) Die Konsensualkontrakte . . . . .	160
§ 39.	d) Die Realkontrakte . . . . .	174
§ 40.	e) Erweiterungen . . . . .	178
§ 41.	f) Bedingungen und Zeitbestimmungen . . . . .	186
§ 42.	g) Willensmängel . . . . .	191
§ 43.	h) Die Quasikontrakte . . . . .	195
§ 44.	3. Delikte und Quasidelikte . . . . .	200
§ 45.	<b>III. Erlöschen der Schuldverhältnisse . . . . .</b>	<b>207</b>

	Seite
<b>IV. Subjekte des Schuldverhältnisses.</b>	
	1. Mehrheit der Schuldner oder Gläubiger.
§ 46.	a) Selbständige Beteiligung. Solidarität . . . . . 216
§ 47.	b) Akzessorische Beteiligung. Bürgschaft. Interzessionen . . . . . 221
§ 48.	2. Subjektwechsel. Zession . . . . . 224
§ 49.	3. Verträge zugunsten und zu Lasten Dritter. Stellvertretung. Actiones adjecticiae qualitatis . . . . . 227

## III. Buch.

## Personen- und Familienrecht.

§ 50.	I. Rechtsfähigkeit. Jura status. — Ehrenminderung . . . . . 235
§ 51.	II. Juristische Personen . . . . . 241
	III. Die römische Hausgewalt.
§ 52.	1. Übersicht. — Agnatenverband . . . . . 245
§ 53.	2. Die Gewalt über Sklaven . . . . . 247
	3. Die väterliche Gewalt (patria potestas).
§ 54.	a) Inhalt. — Die Pekulien . . . . . 252
§ 55.	b) Entstehung der väterlichen Gewalt. — Legitimation. Adoption . . . . . 255
§ 56.	c) Endigung der väterlichen Gewalt. — Emanzipation . . . . . 258
§ 57.	IV. Die kognatische Familie . . . . . 260
	V. Die Ehe.
§ 58.	1. Begriff und Wirkungen. — Eheschließung und Auflösung, insbes. Scheidung . . . . . 261
§ 59.	2. Von der Mitgift (dos) und der donatio propter nuptias . . . . . 267
	VI. Vormundschaft und Pflegschaft (tutela und cura).
§ 60.	1. Die Tutel . . . . . 274
§ 61.	2. Die Cura . . . . . 281
	Anhang. Entwicklung der Vormundschaft in Deutschland . . . . . 285

## IV. Buch.

## Erbrecht.

§ 62.	I. Begriff und Berufung zur Erbfolge. — Erwerb durch Hausangehörige und Fremde . . . . . 286
§ 63.	II. Bonorum possessio . . . . . 293
	Anhang zur Hereditas und Bonorum possessio . . . . . 295

	Seite
<b>III. Die Berufung zur Erbfolge.</b>	
§ 64. 1. Intestaterbfolge . . . . .	297
	2. Testamentarische Erbfolge.
§ 65. a) Testamentserrichtung . . . . .	302
§ 66. b) Inhalt des Testaments . . . . .	309
§ 67. 3. Noterbfolge . . . . .	314
<b>IV. Erwerb der Erbschaft.</b>	
§ 68. 1. Voraussetzungen des Erwerbs. — Hereditas jacens. Transmission . . . . .	320
	2. Wirkungen des Erwerbs.
§ 69. a) Erbschaftsschutz. Hereditatis petitio usw. — Schulden des Nachlasses . . . . .	326
§ 70. b) Miterben. Teilungsklage. Kollation. Anwachsung . . . . .	332
<b>V. Vermächtnisse.</b>	
	1. Singularvermächtnisse.
§ 71. a) Legate und Fideikommiss. — Errichtung und Erwerb des Vermächtnisses . . . . .	337
§ 72. b) Inhalt und Wirkungen des Vermächtnisses . . . . .	343
§ 73. c) Nachträgliche Ungültigkeit und Höchstgrenze . . . . .	347
§ 74. 2. Universalvermächtnis . . . . .	349
§ 75. VI. Donatio mortis causa . . . . .	352
§ 76. VII. Vakanz des Nachlasses und Ereption . . . . .	353

## Literatur.

### Gesamtwerke.

- P. Krüger, Geschichte der Quellen u. Literatur des röm. Rechts. 2. A. 1912.
- Kipp, Geschichte der Quellen des röm. Rechts. 3. A. 1909.
- Karlowa, Römische Rechtsgeschichte I 1885, II (Privatrecht) 1901.
- Bruns-Lenel, Geschichte u. Quellen des röm. Rechts i. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 7. A. I 303 ff.
- Puchta, Institutionen. 2 Bde. 10. A. v. Krüger 1893.
- Kuntze, Institutionen u. Geschichte d. röm. Rechts. 2 Bde. 2. A. 1879/80.
- Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen. 11./12. A. 1911.
- Girard, Manuel élémentaire de droit romain. 6. A. 1918 (übers. nach d. 4. A. v. Mayr 1908).
- Cuq, Les institutions juridiques des Romains I. 2. A. 1904, II 1902. — Manuel des instit. jurid. de Rome 1917.
- Costa, Storia del diritto romano privato. 1911.
- Ferrini (Baviera), Manuale di pandette. 3. A. 1908.
- Perozzi, Istituzioni. 2 Bde. 1906.
- Bonfante, Istituzioni. 5. A. 1912.
- Pacchioni, Corso di diritto romano. 2 Bde. 1910.
- Brugi, Istituzioni di diritto privato giustiniano. 1910 ff.
- Sohm, Institutionen. 15. A. 1917.
- Pernice, Marcus Antistius Labeo I—III 1873 ff. 2. A. II. 1. 1895, II. 2. 1. 1900.
- Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. I 1908.
- Rabel, Grundzüge des röm. Privatrechts i. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswiss. 7. A. I 399 ff.
- 
- Windscheid-Kipp, Pandekten. 9. A. 1906 (mit umfassender Aufzählung der bisherigen Schriften).
- Dernburg, Pandekten. 7. A. 1902 ff., 8. A. v. Sokolowski 1911 ff.
- Jhering, Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. B. 1—3 a. 4. A. 1881 ff.

### Zeitschriften.

- Ztschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft (begr. v. Savigny, Eichhorn u. Göschen) 1815—1850.
- Ztschr. f. Rechtsgeschichte (Rudorff, Bruns, Roth, Merkel, Böhlau). 13 Bde. 1861—1878. Fortsetzung (seit 1880) für unser Gebiet ist Ztschr. der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (Bruns, Bekker, Pernice, Mitteis, Gradenwitz, Seckel).
- Romanistische Beiträge zur Rechtsgeschichte (herausgeg. v. Mitteis, Partsch, Rabel) seit 1916.
- Archivio giuridico (Ellero, Filippo Serafini) seit 1868.
- Rivista italiana per le scienze giuridiche (Schupfer & Fusinato).
- Bullettino dell' Istituto di Diritto romano (Vitt. Scialoja) seit 1888.
- Nouvelle revue historique de droit français et étranger seit 1877.
- Archiv für Papyrusforschung (Wilcken) seit 1900.
- Archiv für die zivilistische Praxis.
- Jahrbücher für Dogmatik (begr. v. Jhering).
- Ztschr. für das Privat- u. öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhut).
- Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft. Festschriften, Mélanges, Studi.

### Hilfsmittel.

- Vocabularium jurisprud. romanae jussu instit. Savigniani compositum (seit 1894) unter Leitung von Kübler.
- Seckel, Handlexikon zu den Quellen d. röm. Rechts (Heumann). 9. A. 1914.
- Kübler, Lesebuch des röm. Rechts. 2. A. 1914.
- Fr. Schulz, Einführung in das Studium der Digesten. 1916.
- Pauly-Wissowa, Realencyklopädie d. klassisch. Altertumskunde.

# Einleitung.

## Geschichtliche und prozessuale Grundlagen.

---

### § 1.

#### Gesetzes- und Gewohnheitsrecht.

Seit Aufdeckung der Irrlehren des Naturrechts wissen wir, daß die Rechtsordnung nicht etwas vernunftgemäß Gemachtes, sondern ein Produkt langsamer geschichtlicher Entwicklung ist; — daß jede Generation die Einrichtungen, die bei ihr Rechtens sind, von ihren Vorfahren empfängt und sie dann zweckmäßig umbildet, wie es ihren Bedürfnissen entspricht. So befindet sich die Rechtsordnung jedes Volkes in beständigem Werden. Und zwar entwickelt sich ihr Inhalt regelmäßig aus unscheinbaren Anfängen zu immer reicherer Blüte, was nicht ausschließt, daß danach auch stellenweise wieder starke Rückschläge kommen.

Diese Entwicklung wird auch durch die gesetzliche Aufzeichnung des Rechtes, wie sie von Zeit zu Zeit im Staate vorkommt, nicht aufgehalten. Die hauptsächlichsten großen Gesetzesaufzeichnungen: die römischen XII Tafeln, Justinians Corpus juris und die großen deutschen Gesetzbücher (das Preuß. Allgemeine Landrecht, das Österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch usw.) liefern dafür den deutlichsten Beweis. Niemals ist durch sie die Weiterentwicklung des Rechts aufgehalten, wenn auch vielleicht zuweilen für kurze Zeit erschwert worden. Das Gesetzesrecht ist eben nur formelles Recht. Der Staat als Gesetzgeber übernimmt, durch von dem Träger der Staatsgewalt ausgeübte Tätigkeit, die zu seiner Zeit im Volke herrschende Rechtsüberzeugung, münzt sie zu positiven Vorschriften aus (Sanktion), und setzt

diese durch Verkündigung (Publikation) des Gesetzes, als seinen Willen in die Welt.

Aber daneben bleibt die Wirkung der unmittelbaren Rechtsüberzeugung des Volkes, wie sie sich in seinem Handel und Wandel kundgibt, ungehemmt, resp. setzt sich, wenn sie mit dem formalen Gesetzesinhalt in Widerspruch tritt, doch immer (oft auf längeren Umwegen) mit unerbittlicher Kraft durch. (Gewohnheitsrecht.) Diese unmittelbare Rechtsbildung des Volkes vollzieht sich, oft unbewußt, durch einfache Rechtsanwendung (die bloße Rechtsüberzeugung ohne tatsächliche Anwendung genügt nicht). Sie kann ein vorhandenes Gesetz ergänzen, aber auch seine Bestimmungen abändern oder aufheben. Kurzsichtige Gesetzgeber haben der abändernden (derogatorischen) Kraft des Gewohnheitsrechts bisweilen durch ein Verbot zu begegnen gesucht, aber stets ohne Erfolg. Im späteren römischen Recht ist diese Kraft dagegen ausdrücklich anerkannt<sup>1</sup>.

In dieser Weise erwächst also die Rechtsordnung eines bestimmten Volkes stets aus den in seiner Vorgeschichte liegenden Keimen, und für die Kenntnis des gegenwärtigen Rechts ist daher stets eine Kenntnis seiner Vorgeschichte erforderlich. Erst diese gibt uns den Schlüssel zum Verständnis des gegenwärtigen Rechts und zeigt uns zugleich die Richtung, in der die Weiterentwicklung desselben, ohne Wiederholung bereits überwundener Irrtümer, zu erfolgen hat.

Unser heutiges Recht reicht nach zwei Seiten in die Vergangenheit zurück, und nach beiden Seiten ist es daher zur Erschließung des Verständnisses zu verfolgen: nach der Seite unserer altgermanischen Vorzeit hin, und nach der Seite des klassischen Altertums.

Das klassische Altertum ist, wie in so vielen anderen Wissenschaften, auch in der Rechtslehre seit dem Ende des

<sup>1</sup> Vgl. Julian D. I, 3, 32, 1. Ferner Ulpian Fragm. I, 4, Hermogenian D. I, 3, 35; Cod. Theodosianus 5, 12; Cod. Justinianus 8, 52. Entsprechend heutzutage Art. 2 EG. BGB. Vgl. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I (1899) u. i. d. Festgabe f. F. Dahn (1905) u. das grundlegende Werk von Puchta, Gewohnheitsrecht I, II (1828—1837).

Mittelalters eine Hauptgrundlage unserer späteren Kultur-entwicklung geworden, so daß unser jetziges Recht vielfach dem römischen noch heute näher steht als dem altdeutschen. Diese Erfahrung wiederholt sich in den meisten Kulturstaaten. Die Römer sind in der Ausbildung des Rechts auf manchen Gebieten unerreicht. Wie die Griechen für Kunst und Wissenschaft, so haben die Römer eine ganz besondere Begabung für die Ausbildung von Rechtsgrundsätzen an den Tag gelegt, was im Verlauf der Zeit das römische Recht zu einem Weltrecht gemacht hat, an das sich späterhin die meisten Völker in ihren Rechtseinrichtungen anlehnen konnten. Ganz besonders ist dies in Deutschland geschehen, wo nach der sog. Rezeption (§ 3) das römische Recht zeitweise das einheimische zu überwuchern drohte. Auf manchen Gebieten bildet es, wegen der Klarheit und Festigkeit seiner Grundgedanken, noch heute die Grundlage.

Nun hat aber das römische Recht selbst wieder eine Geschichte. Auch das römische Recht ist das Ergebnis einer jahrhundertelangen Kulturentwicklung bei dem römischen Volke selbst. Es ist aus unscheinbaren Anfängen seit der Zeit der Gründung Roms langsam emporgewachsen zu dem machtvollen Gebäude, als welches wir es aus der Kodifikation des Kaisers Justinian in seinem Corpus juris heute erkennen. Mit diesem Entwicklungsgang des römischen Rechtes selbst haben wir es hier soweit zu tun, als es zum Verständnis des ausgebildeten römischen Rechtes erforderlich ist. Was in diesem keine Nachwirkungen zurückgelassen hat, kann zurücktreten.

## § 2.

### **Entwicklung des römischen Rechts beim römischen Volk\*.**

#### I. Jus civile.

In der römischen Republik war das Volk der geborene Gesetzgeber. Die Gesetze waren Volksbeschlüsse: *leges*,

---

\* P. Krüger, Geschichte der Quellen u. Literatur des röm. Rechts (i. Bindings Handb.) 2. A. (1912); Kipp, Geschichte der Quellen des röm. Rechts 3. A. (1909); Bruns-Lenel, Geschichte u. Quellen des röm. Rechts i. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. A. (1913) I, 303 ff.

populi scita und plebiscita. Mit seiner Verkündung trat das Gesetz in Kraft, soweit es sich nicht selbst einen anderen Anfangstermin bestimmte. Das wichtigste Gesetz waren die XII Tafeln<sup>1</sup>. Sie waren *fons publici privatique juris* (Liv. III, 37). Aus ihnen entwickelte man — neben den Bargeschäften des täglichen Lebens, die natürlich schon immer in Gebrauch und Übung waren — die hauptsächlichsten Bestimmungen privatrechtlicher und strafrechtlicher Natur, die uns als älteste in die Erscheinung treten, sowie des Prozesses. Neben dem Kauf tritt uns das Darlehen entgegen. Diese beiden Hauptgeschäfte (*mancipatio*, *nexum*) werden *per aes et libram* geschlossen, d. h. durch Abwägen des noch nicht gemünzten Geldes seitens eines unparteiischen Dritten (des *Wagehalters*, *libripens*). Neben diesen Geschäften standen andere, die vielleicht noch älter waren und auf prozessualer Grundlage erwachsen. Noch heute wird nicht selten ein „freiwilliges Urteil“ genommen, d. h. der Übertragende läßt sich auf den versprochenen Gegenstand verklagen und gesteht dann vor dem Richter die Klage zu. Aus solchem Zugeständnis (*confessio in iure*) stammt die gerichtliche Übertragungsform der sog. *in iure cessio*, und hielt sich in Übung, auch nachdem ihr die *mancipatio* (s. o.) zur Seite getreten war.

Seit den XII Tafeln hat die Gesetzgebung seltener in das Privatrecht eingegriffen. Die ersten Jahrhunderte beschäftigen sich mit der vollen Entwicklung des Inhalts der XII Tafeln. Dann kommt die Zeit der Fortbildung über den Inhalt hinaus. Dies vollzieht sich wiederum durch die *Gewohnheit*, also durch die unmittelbare Rechtsübung (§ 1). Aber bei der Achtung vor dem geschriebenen Gesetz nimmt sie die Form einer *interpretatio* an, welche den Sinn umwandelt, den Buchstaben des Gesetzes dagegen unberührt läßt. Z. B. entwickelt man die *Emanzipation* (§ 56) aus den

<sup>1</sup> Die Hypothese der Unechtheit ist überwiegend abgelehnt. S. Lambert, *L'histoire trad. des XII. Tables* (S. A. 1903); Girard, *Nouv. Revue* 1902; Erman, *Ztschr. d. Sav.-Stift.* 23, 450; Lenel, *das.* 26, 498; Binder, *Die Plebs* (1909) 488. Auf uns sind nur vereinzelte Zitate gekommen. Zusammenstellungen v. Schoell (1866) u. i. Bruns, *Fontes* I, 15 ff.

Strafbestimmungen des XII Tafelgesetzes über den Verkauf der Kinder. Es bilden sich feste Formeln, sowohl für die verschiedenen Geschäfte (*negotium per aes et libram*; Stipulation, Erbeseinsetzung, Legat), als auch für die gerichtlichen Klagen (*legis actiones*).

Vollzogen wurde diese Interpretation ursprünglich von der Priesterschaft. Die *pontifices* bildeten die sachverständigen Beiräte der mit der Rechtspflege betrauten jährlich wechselnden Magistrate. Eine weltliche Rechtskunde entsteht erst mit dem Emporkommen der Plebejer<sup>2</sup>. Der erste plebejische *pontifex maximus* (Tiberius Coruncanius) erteilt seine Rechtsgutachten öffentlich. Von da ab entsteht eine weltliche Rechtskunde, ein öffentlicher Rechtsunterricht und eine Rechtsliteratur. Die weltlichen *juris consulti* sind es jetzt, die der *interpretatio* des Gesetzes die Richtung geben; sie bringen das Neue, das sie lehren, auch in die Rechtsanwendung hinein: durch Gutachten (*responsa*) und indem sie im Prozesse als Geschworene tätig sind. Darum zählt Cicero die gerichtlichen Urteile (*res judicatae*) geradezu unter die Rechtsquellen (in Wahrheit handelt es sich nur um ein durch die Rechtssprechung vermitteltes Gewohnheitsrecht). Berühmte Juristen dieser älteren Zeit sind Sextus A e l i u s Paetus (Konsul 198 v. Chr.): er verfaßte schon ein Werk, das über eine Formelsammlung hinausging<sup>3</sup>; der jüngere M. Porcius C a t o (gest. 152 v. Chr.) erfand *regulae juris*, von denen die *regula Catoniana* (§ 72 I) seinen Namen bewahrt hat; besonders aber Q. Mucius S c a e v o l a, der um 100 v. Chr. sein großes Werk über das *ius civile* in 18 Büchern schrieb, in welchem schon die einzelnen Rechtslehren und die Arten (*genera*) der einzelnen Rechtsinstitute hervortreten, z. B. *furtum manifestum* und *nec manifestum*, die *tutela impuberum* und *mulierum* und die *possessio* nach den einzelnen *causae*, in Gegensatz zu dem bisherigen Chaos bloßer Geschäfts- und Klagformeln (D. 1, 2, 2, 41).

<sup>2</sup> Vgl. J ö r s, Röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik (1888).

<sup>3</sup> *Tripertita*: wahrscheinlich Text (XII Tafeln), *interpretatio* und Klagformeln, ähnlich den späteren Ediktskommentaren. — Über ein (anderes?) *ius Aelianum* s. Pomponius D. 1, 2, 2, 38.

Die *cautio Muciana* (§ 66 IV), die *praesumptio Muciana* (§ 59 I) tragen seinen Namen.

## II. *Jus honorarium*.

Die Interpretation des *jus civile* mußte notwendig eine Grenze finden. Auf die Dauer reichte diese Art der Rechtsentwicklung für die fortschreitenden Kulturbedürfnisse nicht aus. Da die Volksgesetzgebung kaum in das Privatrecht eingriff, fiel die Fortbildung des Rechts der Fürsorge der mit der Rechtspflege befaßten Magistrate insbesondere den Prätores zu<sup>4</sup>. Sie hatten schon im Verkehr der römischen Bürger mit den Fremden (für die natürlich das *jus civile* nicht galt) die Grundsätze des allgemeinen Fremdenrechts in einem freien Prozeßverfahren zur Anwendung gebracht, also formlose Geschäfte (die formlose Tradition, den formlosen Kauf usw.) geschützt. Maßgebend war hier nicht der formell bindende Abschluß, sondern der Grundsatz von *Treu und Glauben* im Verkehr (auf Familien- und Erbrecht bezog sich das Fremdenrecht natürlich nicht). Dieselbe Aufgabe erwuchs dem Rechtspflegemagistrat nun auch unter römischen Bürgern, bei Rechtsverhältnissen, denen das frühere Recht (auch im Wege der *interpretatio*) nicht beizukommen vermochte und die dennoch gebieterisch Schutz verlangten. Zur Vermittelung dieses Schutzes ward (durch die *Lex Aebutia* im 2. Jahrh. v. Chr.) das freie Prozeßverfahren (*per concepta verba* oder *per formulam*) dem bisherigen strengen Verfahren zur Seite gestellt, wodurch der Magistrat in die Lage kommt, für alle Fälle, die ihm schutzwürdig erscheinen — also sowohl für die alten zivilrechtlichen, als für die ihm geeignet scheinenden neuen — durch Aufstellung neuer Schriftformeln dem Verletzten Schutz zu gewähren. D. h. er gibt ihm eine Klage und beauftragt den Geschworenen durch die *formula*, den Beklagten dementsprechend zu verurteilen oder freizusprechen. Der Bildung und Anerkennung neuer Klagen und Einreden (*actiones* und *exceptiones*), die vom Magistrat beim

<sup>4</sup> Dazu trat in Sachen des Marktverkehrs die Rechtshandhabung der kurulischen Ädilen. S. bes. u. § 38, I Ziff. 3 b. — Über die röm. Provinzialedikte E. Weiß, Studien z. d. r. Rechtsquellen (1914).

Amtsantritt<sup>5</sup> in seinem Edikt verheißen wurden, war dadurch freie Bahn gegeben. Gesetz waren diese prätorischen Anordnungen nicht: ein Gesetz konnte der Magistrat nicht geben. Aber sie wirkten gesetzgleich, weil die Anordnung die Kraft hatte, sich im Prozeß durchzusetzen. So entstand neues Recht durch das Mittel des Prozesses. S. u. § 5. Das neue Recht entwickelte sich in der Form von Aktionen und Exzeptionen<sup>6</sup>. Es ist ein Gerichtsrecht (Aktionensystem), — ein *jus honorarium* oder Amtsrecht. Nach Ablauf der Amtszeit erlosch das Edikt des Magistrats, der es erlassen hatte, aber der Nachfolger konnte die einzelnen Anordnungen (verändert oder unverändert) wiederholen, wie es ihm gut schien. Jede Neuerung ließ sich auf diese Art zunächst auf ihre Zweckmäßigkeit erproben, bis man sie dauernd festhielt. Ein großer Teil des Edikts gewann im Laufe der Zeit festen Bestand (*edictum tralaticium*). — Vielfach dienten die Bestimmungen nur zur besseren Sicherung des Zivilrechts; vielfach auch zu dessen Ergänzung und Weiterführung, Ausfüllung von Lücken; schließlich aber auch zur Hilfe gegen den formellen Rigorismus des Zivilrechts (man sagt, das prätorische Recht sei *juris civilis adjuvandi, supplendi und corrigendi gratia* eingeführt). Zahlreiche Bestimmungen drangen gewohnheitsmäßig so sehr in das allgemeine Rechtsbewußtsein ein, daß sie selbst zu zivilrechtlichen wurden, so das allgemeine Kaufrecht, Mietrecht, das Recht des Auftrags, der Gesellschaft (§ 38). Das übrige stand fortan als ein zweites Recht neben dem Zivilrecht, so daß eine doppelte Rechtsordnung entstand: nicht nur ein doppelter Prozeß (*Legisaktionenverfahren* und *Formularverfahren*), sondern auch ein doppeltes Eigentum (*dominium ex jure Quiritium* und *ein in bonis esse*), ein doppeltes Erbrecht (*hereditas* und *bonorum possessio*) usw. Zusammenfassend läßt sich sagen: das Zivilrecht war das ungelenkte formelle Stadtrecht der alten

<sup>5</sup> Das beim Amtsantritt und für die Amtszeit erlassene Edikt heißt *edictum perpetuum*. Daneben kamen auch Edikte bei besonderen Anlässen vor. Seit der *lex Cornelia* v. J. 67 v. Chr. ist der Magistrat an sein Edikt gebunden.

<sup>6</sup> Und im Wege der *in integrum restitutio* § 5 Ziff. IV.

Bürgergemeinde, das prätorische Recht wurde das Weltrecht des neuen Reiches.

III. In der Kaiserzeit wurde der Staat zwischen dem princeps und den republikanischen Magistraten geteilt (es gab Senatsprovinzen, kaiserliche Provinzen; neben dem alten Volksvermögen, aerarium, das dem Senate untersteht, erhebt sich der fiscus Caesaris usw.). Aber auf die Dauer zeigt sich, daß die kaiserliche Macht keine andere mehr als selbständige neben sich duldet. Auch das prätorische Edikt kann daher nicht mehr nach Belieben bestimmen<sup>7</sup>: der Inhalt wird ihm vorge-schrieben. Der größte Teil war freilich so wie so schon tralatizisch festgelegt (s. o.), seine Aufgabe war im wesentlichen erfüllt. Den Abschluß bildet die Revision und Aufzeichnung, zuzüglich einiger letzten Neuerungen. Diese Arbeit läßt Hadrian um 130 n. Chr. durch den Juristen Salvius Julianus vollziehen<sup>8</sup>. Das Edikt wurde unveränderlich (in diesem Sinne spricht man jetzt vom edictum perpetuum). Die weitere Fortentwicklung geschieht durch das Kaiserrecht.

Und ähnlich wie der rechtsbildenden Macht der Prätores ging es auch der des Volks und des Senats beim jus civile. Zur Zeit der Republik hatte der Senat kein Recht der Gesetzgebung gehabt (nur das Recht autoritativer Auslegung bei der Ausführung von Gesetzen)<sup>9</sup>. In der Kaiserzeit erhielt er es aus politischen Gründen als formeller Souverän<sup>10</sup>, ohne jedoch lange im Besitze der Macht zu bleiben. Denn den Antrag (oratio) zu den senatusconsulta stellte nach Hadrian allein der princeps, und die Zustimmung wurde bald Form-

<sup>7</sup> Auch der Senat hatte schon zur Zeit der Republik (vgl. Liv. 41, 9) und besonders in der ersten Kaiserzeit gelegentlich dem Prätor Anweisungen über die Erteilung oder Verweigerung von Aktionen gegeben, so z. B. im SC. Velleianum (§ 47 Ziff. II), Trebellianum (§ 74) u. Macedonianum (§ 39 I i. f.). Krüger 93.

<sup>8</sup> Rekonstruktion von Lenel: Edictum perpetuum (2. A. 1907). S. auch Lenel in Bruns-Gradenwitz Fontes 211 ff.

<sup>9</sup> Dazu das o. Note 7 besprochene Recht der Anweisung an die Magistrate.

<sup>10</sup> S. Krüger 89, 90 ff.; Kipp 60 ff.

sache, so daß das Gesetz oft nur nach der Oratio benannt wird<sup>11</sup>.

Auch in der Tätigkeit der *Rechtsgelahrten* (Ziff. I) trat eine entscheidende Änderung ein. Ihrer Wissenschaft war durch die Ausbildung des prätorischen Edikts eine ungeahnte Fülle des Stoffes zugewachsen. Es galt jetzt dessen Inhalt zu erfassen, im einzelnen auszubilden, — vor allem aber, es mit dem *jus civile* in Einklang zu setzen und die Differenzen auszugleichen. Freilich ging das nur langsam und schrittweise; und ohne die Hilfe der Senatuskonsulte und der kaiserlichen Erlasse (die ihrerseits wieder durch die Kraft der Wissenschaft befruchtet wurden) hätte es kaum gelingen können (ganz ist es überhaupt niemals gelungen). Im Interesse der Rechtsentwicklung, und zur Erhöhung der eigenen Macht verliehen nun Augustus und seine Nachfolger einzelnen besonders angesehenen Juristen das Recht, ihre Gutachten (*responsa*) unter kaiserlicher Autorität zu erteilen (*jus respondendi*): so daß der Ausspruch, formell, versiegelt abgegeben, für Magistrat und Geschworene des Prozesses *bindend* war, falls nicht das Gegengutachten eines anderen ebenso mit *jus respondendi* versehenen Juristen vorlag. In dieser Form schaffen die *responsa prudentium* (in Abhängigkeit von der Kaisergewalt) nunmehr auch *neues Recht*. Die *responsa* werden in anderen Prozessen und in der Literatur aufs eifrigste nachgeachtet. Sie werden Rechtsquelle, wie die ganzen Schriften dieser Juristen. Zugleich erklärt sich, daß diese Schriften zum größten Teil durchaus kasuistisch sind, und daß in dem Detail ihre Stärke liegt<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Beispiele in D. 42, 2, 6, 2 (oratio Divi Marci); D. 24, 1, 32, 2; D. 27, 9, 1 (oratio imperatoris Severi über das Mündelgut). — Neueste Forschungen über die Entwicklung des Prinzipats von E. Meyer, *Caesars Monarchie u. das Prinzipat des Pompejus* (2. A. 1919), Kl. Schriften (1910) 441 ff. (Augustus); O. Th. Schulz, *Wesen d. röm. Kaisertums der ersten zwei Jahrhunderte* i. Bd. 8, u. *Vom Prinzipat zum Dominat* i. Bd. 9 von Drerups *Stud. z. Gesch. u. Kult. d. Altert.* (1919). S. auch Kreller, *Ztschr. d. Sav.-Stift.* 41, 262, 297; Bruns-Lenei §§ 31 ff., 55 ff.

<sup>12</sup> Im Gegensatz zu den philosophischen Theorien, die sich nicht selten auch bei ihnen geltend machen. Vgl. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht*, 2 Bde. (1902, 1907).

Gleichzeitig, und mit Hilfe dieser Juristen, die er an seinen Hof zieht, greift der Kaiser auch selbst in die Rechtsentwicklung ein (*constitutiones principum*). Zunächst in seiner Eigenschaft als oberster Magistrat durch *edicta* (Bekanntmachungen über die Handhabung seiner Gewalt) oder durch *mandata* (Generalinstruktionen an seine Beamten). Diese Erlasse galten nur während seiner Lebenszeit, vorbehaltlich der Wiederholung durch den Nachfolger. Wichtiger für das Privatrecht sind seine *Prozeßentscheidungen*, die ähnlich den der Juristen wirkten, und mindestens als authentische Interpretation *gesetzesgleiche* Kraft hatten. Sie sind entweder direkte Entscheidungen (*decreta*) oder Gutachten (*rescripta*), letztere besonders seit Hadrian<sup>13</sup>. Die Antwort auf die Anfrage ergeht auf briefliche Anfrage selbständig (durch *epistula*), auf einen *libellus* hin in Form einer Notiz auf dem Gesuch (*subscriptio*). Die Juristen, welche die Antwort regelmäßig verfaßten, sorgten in ihren Schriften auch für Festhaltung und Verbreitung des Grundsatzes.

Aus allem dem erwächst die Blüte der römischen Jurisprudenz, die in der ersten Zeit noch einen Schulstreit zu überwinden hat. Der noch nicht aufgeklärte Grund des Gegensatzes war wohl ursprünglich ein persönlicher. M. Antistius Labeo und C. Atejus Capito waren die hervorragendsten Juristen unter Augustus: Labeo, wohl der bedeutendere, aus alter plebejischer Familie und Republikaner, Capito sich, etwas würdelos, der neuen Ordnung fügend. Die Kontroversen der beiden Juristen pflanzten sich auf ihre Anhänger fort. Erst von den Nachfolgern (des Labeo) Proculus und (des Capito) Massurius Sabinus scheinen die eigentlichen Rechtsschulen der Proculianer und Sabinianer gegründet zu sein, die sich durch Verschiedenheit des philosophischen Standpunkts und den Stolz auf ihre großen Vorgänger unterschieden. Jedenfalls kann man nicht sagen, daß die einen auch in der Fortbildung des Rechts einen vorge-

<sup>13</sup> Krüger 102 ff.; Kipp 67 ff. Die kaiserliche Rechtsprechung hat z. B. die Fideikommiss (§ 71) geschaffen, das Recht der Kompensation (§ 45 II Ziff. 2) und die Testamente (§ 65) wesentlich beeinflusst.

schritteneren Standpunkt als die anderen eingenommen hätten<sup>14</sup>. Dann beginnt die Zeit der klassischen Jurisprudenz<sup>15</sup>, die, unter Überwindung der verschiedenen Richtungen, die gesamten Rechtsquellen (*jus civile* und *honorarium*, samt den neuen Kaisererlassen) zum Gegenstand einheitlicher Erörterung macht. Der Prokulianer P. Juventius Celsus der jüngere (unter Hadrian) schrieb Digesten in 39 Büchern, welche *jus civile* und prätorisches Recht gleichmäßig umfaßten, dieser erste Teil nach Ordnung des Edikts. Der Sabinianer Salvius Julianus (Redaktor des Edikts) schrieb 90 Bücher Digesten nach derselben Ordnung, ebenfalls das gesamte Recht umfassend, von unerschöpflichem Gedankenreichtum in knappster Form<sup>16</sup> (viele Stellen im *Corp. juris* und noch öfter zitiert). Weniger selbständig, aber sehr belesen und geschichtskundig ist Sex. Pomponius mit seinen Kommentaren — und (ohne *jus respondendi*) Gaius, der elegante systematisch und historisch gerichtete Verfasser der Institutionen, der freilich hinter den anderen zurücktritt<sup>17</sup>. Sehr bedeutend und zu ihrer Zeit angesehen waren Sex. Ceacilius Africanus, der Schüler Julians, und L. Ulpius Marcellus, welcher der Überkühnheit des Meisters manchmal entgegtritt. Den Höhepunkt erreicht die Rechtswissenschaft mit Aemilius Papinianus (unter Septimius Severus und Caracalla). Hauptsächlich kasuistisch veranlagt, schrieb er bes. *responsa*

<sup>14</sup> Vgl. Bremer, Rechtslehrer u. Rechtsschulen i. d. röm. Kaiserzeit (1868); A. Pernice, M. Antistius Labeo I (1873), 14 ff., 81 ff.; Baviera, Le due scuole dei giurecons. rom. (1898); Krüger 151 ff., 154 ff., 160 ff.; Kipp 115 ff.; Jörs i. Pauly-Wissowa s. v. Cassiani. Die Sabinianer werden auch Cassianer genannt von C. Cassius-Longinus, der dem Sabinus folgte.

<sup>15</sup> Krüger 163 ff.; Kipp 117 ff. u. Zit.

<sup>16</sup> Buhl, Salvius Julianus I 1886. — Vgl. zum Folg. noch Fitting, Alter u. Folge der Schriften röm. Juristen (2. A. 1908).

<sup>17</sup> Die verschiedenen Ansichten über ihn s. bei Mommsen, Jur. Schriften II, 26 ff.; Kuntze, Der Provinzialjurist Gaius (1883); Kniep, Der Rechtsgelehrte Gaius u. die Ediktcommentare (1910); Kübler in Pauly-Wissowa s. v. Gaius; Krüger 201; Kipp 128. Erst durch den Gerichtsgebrauch im 4. Jahrhundert ward ihm die gleiche Autorität wie den anderen großen Juristen beigelegt, was das Zitiergesetz Valentinians III v. J. 426 (s. u.) bestätigte. Seine Institutionen wurden 1816 in Verona von Niebuhr entdeckt. Dazu Kniep Gai Instit. commentar. I, II, III (seit 1911).

(19) und quaestiones (37 Bücher). Dann geht die Kurve abwärts. Man faßt das Erreichte zusammen und ist auf die praktische Anwendung bedacht: Domitius Ulpianus bearbeitet in vielen Schriften (83 libri ad edictum, 51 libri ad Sabinum etc., aus denen ein Drittel der Justinianischen Pandekten besteht) den ganzen Rechtsstoff unter Ausnutzung der Schriften seiner Vorgänger<sup>18</sup>, Julius Paulus schrieb ähnlich umfangreiche Werke. Hauptsächlich durch diese beiden ist der Stoff (der leichten Form wegen) der Nachwelt überliefert worden<sup>19</sup>.

Bald erlahmt die Kraft der Jurisprudenz, das jus respondendi verschwindet, der Kaiser allein übt es in seinen Reskripten. Oder er entscheidet den ganzen Prozeß in seinem Verwaltungsverfahren (extraordinaria cognitio), ohne Abgabe der Sache an Geschworene, — persönlich oder durch seine Beamten, ohne vor Rechtsneuerungen zurückzuschrecken. Auf den Ursprung des bisherigen Rechts (jus civile — honorarium) wird dabei keine Rücksicht mehr genommen. In der kaiserlichen Rechtsprechung verschwindet der Gegensatz.

Dieses Recht wurde durch eine Entwicklung, welche anfängt mit der Verleihung des Bürgerrechts an die städtischen Provinzialen unter Caracalla (212), in die fernsten Gegenden eingeführt und verdrängte der Form nach die dortigen Rechte. Aber in Wirklichkeit ward es dem dortigen Einfluß ausgesetzt, besonders dem griechischen<sup>19a</sup> und orientalischen. Aus den ägyptischen Papyrusurkunden erkennen wir heute dieses Volksrecht der östlichen Reichsprovinzen<sup>20</sup>, dessen Einfluß namentlich nach der Teilung

<sup>18</sup> Wohl zu gering beurteilt ihn Pernice, Sitzungsber. d. Berl. Akad. 1885, 443 ff. Vgl. Jörs, Pauly-Wiss. s. v. Domitius Ulpianus.

<sup>19</sup> Wiederherstellung der röm. Juristschriften durch Lenel, Palingenesia juris civilis (2 Bde. 1889). Die vorhadrianischen s. bei Bremer, Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt (1896, 1898, 1901).

<sup>19a</sup> Vgl. hierüber ausführlich Collinet, Études hist. sur le Droit de Justinien I (1912).

<sup>20</sup> S. Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht i. d. östl. Provinzen des röm. Kaiserreichs (1891); Aus den griechischen Papyruskunden (Votr. 1900); Gradenwitz, Einführung in die Papyruskunde (1900); Schubart, desgl. (1918); Wenger, Papyrusforschung

des Reichs und der Verlegung des Schwerpunktes nach Konstantinopel naturgemäß sich verstärken mußte.

IV. Mit Diokletian entsteht die absolute Monarchie. Der Kaiser wird der alleinige Gesetzgeber. Die Gesetze ergehen in Form allgemeiner Anordnungen, welche sich im Text als *lex generalis* oder als *edictum* bezeichnen. Nach Diokletian wird ihre Sprache weitschweifig, die juristische Korrektheit schwindet. Man bemüht sich weiter an der Vereinheitlichung des Rechts, aber man hat nicht mehr die Kraft, das Neue mit dem Alten (*jus vetus*) zu vereinigen.

Der Rechtsstoff zerfiel somit jetzt wieder in zwei Teile, die keine Zusammenfassung mehr erfuhren: in das alte Juristenrecht (*jus*), das in den Schriften der klassischen Juristen den gesamten Stoff der Volksgesetze, Senatsbeschlüsse, des prätorischen Edikts und der älteren Kaisergesetzgebung vereinigte<sup>21</sup>, und in die neuen kaiserlichen Erlasse (*leges*). Auf die Schriften der alten Zeit berief man sich wie auf geschriebenes Recht, bis Theodosius II. und Valentinian III. in ihrem Zitiergesetz vom Jahre 426 hierin eine gewisse Ordnung einführten. Diesem alten Rechte (das somit erstarrt) stehen die *leges fortan* wie Novellen einer großen Kodifikation gegenüber. Sie werden gesammelt (im Anschluß an die Erlasse seit Hadrian in den Privatarbeiten des Codex Gregorianus und Hermogenianus) durch den i. J. 438 von Theodosius und Valentinian publizierte Codex Theodosianus<sup>22</sup>, der die seit Konstantin erlassenen Kaisergesetze enthält, und dem dann weitere Novellen folgten. Diese Konstitutionen sind das einzige Element, wodurch die Rechtsordnung noch weiter fortgebildet wurde. Sie erfüllen sie mit dem neuen christlichen Geiste, suchen die hervortretenden sozialen und wirtschaftlichen Schäden

u. Rechtswissenschaft (1903); Mitteis u. Wilcken, Grundzüge u. Chrestomatie der Papyruskunde (4 Bde. 1912); Paul M. Meyer, Jur. Papyri (1920). S. auch Krüger 259, 272 ff.; Kipp 178 ff.

<sup>21</sup> Zum *jus* wurde auch der Codex Gregorianus und Hermogenianus gerechnet, — zwei Privatsammlungen, die zwar nur Kaisererlasse enthielten, aber wohl meist solche, die in den Schriften der klassischen Juristen nicht mehr bearbeitet waren.

<sup>22</sup> Vgl. Krüger 316 ff., 324 ff.; Kipp 87 ff., 89 ff., auch über die vorhandenen Ausgaben.

auszugleichen (freilich oft mit sehr fragwürdigen Mitteln), und beginnen die aus der früheren Duplizität der Rechtsquellen hervorgegangenen Doppelinstitute zu beseitigen resp. zu verschmelzen. Aber zum vollen Abschluß ist die Entwicklung nicht gelangt, auch nicht durch Justinian. Z. B. stehen im Corpus juris noch die beiden Erbrechtsordnungen des alten Zivilrechts (*hereditas*) und des prätorischen Rechts (*bonorum possessio*), und manches andere nebeneinander. Ja selbst das, was Justinian in seinem Corpus juris wirklich reformiert hat, steht uns nicht in geschlossener Gestalt gegenüber, weil seine Zeit gar nicht imstande war, ihm eine einheitliche Gestalt zu geben. Die Scheidung von *jus* und *lex* ist auch in seinem Gesetzeswerk nicht überwunden. In seinen Digesten oder Pandekten (533) ist nur das alte Recht der juristischen Schriftsteller gesammelt<sup>23</sup>: es ist im Grunde nur das tatsächlich ausgeführt, was das Zitiergesetz mit einem Federstrich hatte erreichen wollen. Es wurde (nach der Auffassung der dafür eingesetzten Gesetzeskommission) das aus den alten Schriften noch Brauchbare zusammengestellt<sup>24</sup>, wobei man, da es sich um ein neues Gesetz handeln sollte, nicht vor gewaltsamen Abänderungen der alten

<sup>23</sup> Krüger 370 ff.; Kipp 159 ff. u. Zit. Über das Einführungspatent Ebrard, Ztschr. d. Sav.-Stift. 40, 113.

<sup>24</sup> Die einzelnen Fragmente aus den alten Schriftstellern werden als *leges* (im neueren Sinne) bezeichnet, weil sie von Justinian mit Gesetzeskraft versehen sind. Sie sind nummernweise in einzelnen Titeln zusammengestellt, die Titel zu Büchern. Die Digesten enthalten 50 Bücher. Die einzelnen *leges* zerfallen in Paragraphen. Der erste Absatz heißt *principium*, dann folgt § 1, § 2 usw. Zitiermethode: *l(ex) 11 pr.* oder § 1 *D(igestorum)* 19 (Buch), 1 (Titel). — Nur Buch 30—32 zerfallen nicht in Titel, sondern haben einen einzigen Gegenstand: *de legatis*. — Ist Buch und Titel kurz vorher zitiert, so begnügt man sich bei Angabe einer neuen Belegstelle mit Angabe von *lex* und Paragraph unter dem Zusatz *h. t. = hoc titulo* (d. i. in demselben Buch und in demselben Titel).

Die neuere philologische Zitierweise für die obige Stelle ist: *D 19, 1, 11 pr.* oder 1 (also durch einfache Aneinanderreihung der Ziffern von Buch, Titel, *lex* und Paragraph).

Nach dem byzantinischen Schulunterricht wurden die Digesten in 7 partes zerlegt. I (*πρωτα*) Buch 1—4; II (*de iudiciis*) Buch 5—11: hauptsächlich *actiones in rem*; III (*de rebus creditis*) Buch 12—19: *actiones in personam*; IV (*umbilicus*) Buch 20—27: Pfandrecht, Nutzungen, Beweis, Ehe und Vormundschaft; V Buch 28—36: Testamente, Vermächtnisse; VI Buch 37—44: *Bonorum possessio*, Intestaterbrecht usw.; VII Buch 38—50.

Texte zurückschreckte (Interpolationen)<sup>25</sup>. In seinem Codex (534) aber hat Justinian (wie früher schon Theodosius) die leges, also die kaiserlichen Erlasse, gesammelt<sup>26</sup>. Eine einheitliche Darstellung der damaligen ganzen Rechtsordnung enthält das vorgefügte kurze (nach dem Muster des Gaius gefertigte) Lehrbuch der Institutionen<sup>27</sup>. — Und schließlich stellt diese ganze Kodifikation in ihrer altgewohnten Dreiteilung (als einleitendes Lehrbuch und als Sammlung von jus und leges) nur den Stand der Rechtsentwicklung vom Jahre 534 n. Chr. dar, während Justinian danach in seinen Novellen bis zum Jahre 565 noch zahlreiche weitere Bestimmungen ergänzenden, abändernden und verschmelzenden Inhalts hat folgen lassen, die erst von Späteren gesammelt und als 4. Teil dem Corpus juris angefügt sind. Aber auch nur wieder in loser Anreihung, ohne daß eine Verarbeitung zu einem Ganzen stattgefunden hätte<sup>28</sup>.

Hieraus ergibt sich, daß die im Corpus juris enthaltene neueste Gestalt des römischen Rechts in großem Umfang in einem älteren Gewande erscheint, auf das

<sup>25</sup> Sie sind am Stil erkennbar. Die Erkenntnis eröffnet naturgemäß tiefe Einblicke in die Bedeutung der betr. Stelle. Erst in neuester Zeit wird dieses Auslegungsmittel im größten Umfang verwertet. Vgl. Eisele, Ztschr. d. Sav.-Stift. in den Bänden 7, 10, 11, 13, 18, 30; Gradenwitz, Interpolationen i. d. Pandekten (1887); Ebrard, Gr. d. mod. Interpolationenforschung i. d. Ztschr. f. vergleichende Rechtswiss. 36, 1. S. auch Lenel, Palingenesia juris civilis 2 Bde. (1889) in den Anm. In der Mommsenschen Corpus juris Ausgabe v. Krüger sind die Interpolationen durch „ und in den Anm. kenntlich gemacht. Ein Interpolationenindex ist von Mitteis vorbereitet.

<sup>26</sup> Eine schon 529 publizierte erste Ausgabe wurde nach Fertigstellung der Digesten umgearbeitet. Das Material war aus dem Codex Gregorianus und Hermogenianus (Nr. 21 ff.), die hier also den leges zugerechnet werden, dem Codex Theodosianus und späteren Kaisergesetzen gesammelt. Vgl. Krüger 387; Kipp 164 ff.

Die einzelnen leges (auch als c. = constitutiones bezeichnet) mit Paragrapheneinteilung sind in Titeln, wie oben, und 12 Büchern vereinigt. Also z. B. l. 3 pr. (C(odicis) 8 (Buch) 34 (Titel) — oder C. 8, 34, 3 pr.

<sup>27</sup> Vgl. Ebrard, Ztschr. d. Sav.-Stift. 38, 327; Krüger 385.

Die Institutionen zerfallen in 4 Bücher, diese in Titel, die Titel in Paragraphen (wie oben). Also z. B. pr. oder § 7 (institutionum), 4 (Buch), 6 (Titel). — Nach der anderen Zitierweise: I. 4, 6, 7 resp. I. 4, 6 pr.

<sup>28</sup> Zitierweise nach der Zahl der Novelle, Kapitel, z. B. Nov. 118 cap. 1 und eventuell dem Paragraphen des Kapitels.

neue Flicker gesetzt sind, so daß nicht möglich ist, das alte Gewand abzustreifen und aus den Fäden ein ganz neues zu weben, weil sie an Farbe, Haltbarkeit und Stärke oft ganz verschieden sind. Besonders ist der Inhalt der späteren Kaisererlasse oft so dürftig, daß trotz der dadurch bewirkten materiellen Änderung des älteren Rechtes, dessen festes systematisches Gefüge nicht gesprengt werden konnte. Insofern muß denn auch unsere Darstellung von der älteren Rechtseinrichtung ihren Ausgang nehmen.

### Überlieferung der Quellen.

I. Die vorjustinianischen Quellen sind uns außer einigen Überbleibseln alter Inschriften nur indirekt durch Angaben juristischer und nichtjuristischer Schriftsteller über Quellen der älteren Zeit erhalten. Die Kaisererlasse besitzen wir auf Grund der letzterwähnten kaiserlichen Sammlungen. Geschäfte und Geschäftsgebräuche erkennen wir aus zahlreichen uns erhaltenen Urkunden, bes. auf Wachs tafeln (aus Siebenbürgen und Pompeji) und den ägyptischen Papyri (siehe oben).

Am bedauerlichsten ist, daß wir die Schriften der großen Juristen nur unvollständig und im Corpus juris zerstückelt und durch Interpolation verändert besitzen. Über die heutige Rekonstruktion, soweit sie möglich ist, s. o. Was sonst noch an Bruchstücken auf uns gekommen ist (insbesondere die Institutionen des Gaius und einige Fragmente aus Ulpian und Paulus) ergibt sich aus: *Collectio librorum juris antejustiniani*. In usum schol. ed. P. Krüger, Th. Mommsen, G. Studemund: I Gai Institutiones ed. 6 1912; — II Ulpiani liber singularis regularum. — Pauli libri quinque sententiarum. — *Fragmenta minora* 1878; — III *Fragmenta Vaticana* etc. 1890. Ferner *Jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt* (Huschke). Ed. 6 E. Seckel et B. Kübler, 2. Bde. 1911.

II. Das Corpus juris ist in selbständigen Handschriften seiner verschiedenen Teile der Nachwelt überliefert worden. Von den Institutionen gab es wegen ihrer Kürze und leichten Faßlichkeit die meisten Abschriften. Besonders wichtig sind für uns eine Bamberger und eine unvollständige Turiner Handschrift (mit der sog. Turiner Institutionenglosse aus der Justinianischen Zeit). — Von den Pandekten gibt es die berühmte Florentiner Handschrift (früher in Pisa), noch aus der byzantinischen Zeit stammend, in der 2. Hälfte des 11. Jahrhunderts neu entdeckt. Die Glossatoren (§ 3) besaßen eine Abschrift der Florentina, worauf ihre Texte (die sog. littera Bononiensis oder vulgata) beruhten, die aber wohl nach einer anderen jetzt verloren gegangenen Pandektenhandschrift durchkorri-

giert sind, weil sie einige abweichende Lesarten enthalten. Die Vulgathandschriften, auf denen hauptsächlich die Weiterverbreitung beruhte, waren (wohl nur des Umfangs wegen) in 3 Teile zerlegt, die sich unter den Namen *Digestum vetus* (B. 1—24, 2), *Infortiatum* (B. 24, 3—B. 38); ein Schulstück von B. 35, 2 in l. 82—B. 38 auch noch als Unterteil mit den Anfangsworten *Tres partes* bezeichnet) und *Digestum novum* (39—50) durch das ganze Mittelalter erhalten haben. Erst später ist die Florentina wieder gebührend herangezogen worden (s. u.). — Vom *Kodex* gibt es eine (lückenhafte) Veroneser Handschrift aus byzantinischer Zeit und jüngere Handschriften, in denen die griechischen Konstitutionen und die 3 letzten Bücher, die das byzantinische öffentliche Recht behandeln, fehlten, was erst später ergänzt wurde. — Die *Novellen* waren zuerst nur in einem in Konstantinopel um 556 gefertigten Auszug des Julian (*epitome Juliani*), dann in einer 134 Novellen enthaltenden lateinischen Sammlung (im Gegensatz zum eben erwähnten Auszug das *Authenticum* genannt) den Glossatoren bekannt, welche sie in 9 Kollationen einteilten, auch Auszüge (*Authenticae*) an den entsprechenden Stellen im *Kodex* einfügten. Eine griechische Sammlung von 168 Novellen ist später bekannt geworden.

Die gedruckten Ausgaben waren zuerst glossierte nach Maßgabe der obigen Handschrifteneinteilung, also in 5 Bänden (*Pandekten* 3 Bde.). Dem *Authenticum* (Bd. 5) wurden noch die *libri feudorum* und einige deutsche Kaisergesetze, als *decima collatio*, sowie die *Institutionen* hinzugefügt. Letzte Ausgabe i. 6 Bdn. v. 1627. — *Dionysius Gothofredus* hat die Glossen beseitigt und das Ganze in der heutigen Einteilung unter dem Namen *Corpus juris civilis* zusammengefaßt (1583). Der erste, der die *Digesten* nach der Florentina herausgab, war *Torelli* (Florenz 1553). Das Höchste in der Erforschung dieser Handschrift leistete *Mommsen* in seiner *Digestenausgabe* (2 Bde. 1870). Im Gegensatz zum mittelalterlichen Text der Glossatoren stellte er die unmittelbare justinianische Lesart wieder her. — Heutige beste Ausgabe ist: *Corpus juris civilis*. Editio stereotypa tertiadecima: *Institutiones* rec. P. Krüger; *Digesta* rec. Th. Mommsen, retractavit P. Krüger 1920; *Codex Justinianus* rec. P. Krüger 1914. *Novellae* rec. R. Schöll, G. Kroll 1908.

## § 3.

**Das römische Recht in Deutschland. —  
Gemeines und partikulares Recht\*.**

Im oströmischen Reich<sup>1</sup>, wo es geschaffen, ist das *Corpus juris* im 6. Jahrhundert auf Übersetzungen, erläuternde Umschreibungen (Paraphrasen), verkürzte Wiedergaben und erklärende Bemerkungen so namentlich der Rechtsschulen von Berytus und Konstantinopel) beschränkt geblieben. Dann erlosch die wissenschaftliche Tätigkeit. Eine gesetzliche Zusammenfassung der Justinianischen Sammlung zu einem Ganzen unter Weglassung des Veralteten und nicht mehr Verstandenen sind die Basiliken (unter Basilius Macedo u. Leo um 900)<sup>2</sup>, die wieder Kommentare nach sich zogen. Diese und kurze Handbücher, Übersichten und Auszüge befriedigten das Bedürfnis der Zeit bis zum 13. Jahrhundert. Ein letzter Auszug, der *Hexabiblos*<sup>3</sup> des Har-

\* Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter 2. A. 7 Bde. 1834 ff.; Stobbe, Gesch. d. deutschen Rechtsquellen (1860 ff.) I 609 ff., II 1; Stintzing, Gesch. der populären Literatur des röm.-kan. Rechts in Deutschland (1867); Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft (1880 ff.), fortgesetzt von Landsberg 4 Bde.; Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte I (1898); Brie, i. d. Festg. f. Dahn (1905) 159 ff.; v. Below, Die Ursachen der Rezeption d. röm. Rechts in Deutschland (1905); Stölzel, Die Entwicklung des gelehrten Richtertums i. d. deutschen Territorien 2 Bde. (1872) u. Die Entwicklung der gelehrten Rechtsprechung; Vinogradoff, Geschichte der mittelalterlichen Rechtsentwicklung (London 1909), trad. v. Riccobono (Palermo 1914).

<sup>1</sup> Vgl. E. Zachariae, Gesch. d. griechisch-röm. Rechts (3. A. 1892), Bruns-Lenela a. O. § 69, ferner auch Peters, Die oströmischen Digestenkommentare (1913). — Daneben wirkte das Volksrecht des Morgenlandes griechisch-römischen Einschlags fort (s. o. § 2 bei N. 20) und erhielt sich namentlich in den Gegenden, welche weil sie dem Reich entfremdet wurden, nicht der Herrschaft des *Corpus juris* unterfielen. Eine wichtige Erkenntnisquelle dieses Rechts ist das syrisch-römische Rechtsbuch, welches in syrischer (aramäischer, armenischer und arabischer) Übersetzung Reste eines klassisch-römischen Werkes aufweist, das, durch Zusätze auf Grund der Kaisergesetzgebung vermehrt, schon in der griechischen Darstellung, auf welche jene Übersetzungen zurückgehen, seiner ursprünglichen systematischen Ordnung beraubt worden war. S. Sachau, Syrische Rechtsbücher 1907 ff.; Ferrini, Ztschr. d. Sav.-Stift. 23, 101 ff.; Partsch, das. 30, 355 ff.; Manigk, Krit. Vierteljahrsschr. 53 (1916) 351 ff.

<sup>2</sup> *Basilicorum libri LX* v. E. Heimbach 6 Bde. 1833—1897. Supplementum i. Bd. 2. v. Zachariae 1846 u. Bd. 7 v. Ferrini, Mercati 1897.

<sup>3</sup> Ausg. v. Heimbach 1851.

menopulos (eines Richters in Thessalonich v. 1345) erlangte i. J. 1835 für Griechenland Gesetzeskraft. Hier ist das römische Recht verkümmert. Im Abendlande hat es sich die Welt noch einmal erobert.

Infolge der Wiedergewinnung Italiens durch Justinian erlangte das Corpus juris in Italien Gesetzeskraft. Doch erhielt es sich nach Unterwerfung des Landes durch die Langobarden nur im Verkehr der Römer untereinander und wohl auch in ihrem Familien- und Erbrecht. Erst nach der Unterwerfung der Langobarden durch Karl den Großen und den Papst wird es zum gleichberechtigten Personalrecht der römischen Bevölkerung. Erlöschen ist der Rechtsunterricht und die juristische Bildung; wichtigste Teile des Gesetzbuchs sind vergessen. Erst gegen Ausgang des 11. Jahrhunderts<sup>4</sup> wird (im Anschluß an die auf der Schule von Pavia an den altlangobardischen Königsedikten und fränkischen Kapitularien geübte exegetische Methode) auf der Rechtsschule zu Bologna auch das römische Recht der glossierenden Behandlung unterworfen. Es entsteht die Schule der Glossatoren<sup>5</sup>, die den ganzen ihr bekannten Rechtsstoff bearbeitet, dem Verständnis neu vermittelt, dem Wortlaut und Gehalte nach erklärt, Übereinstimmungen und Widersprüche hervorhebt. Den Höhepunkt der glossatorischen Behandlung erreicht Azo, den Abschluß bildet die zusammenfassende Tätigkeit (glossa ordinaria)<sup>6</sup> des Accursius († 1260). Dann kam es darauf an, den Schatz auch für das praktische Leben nutzbar zu machen. Dafür hat die sich über die italienischen Universitäten aus-

<sup>4</sup> S. Savigny II 122 ff.; Conrat, Geschichte der Quellen u. Literatur des röm. Rechts im frühen Mittelalter I (1891); Kantorowicz, Ztschr. d. Sav.-Stift. 30, 196 ff. Anders Fitting, Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna (1888).

<sup>5</sup> Gründer der Schule ist Irnerius (Guarnerius, Werner). Unter seinen Nachfolgern ragen die „quattuor doctores“ Martinus, Bulgarus, Jacobus und Hugo (de Porta Ravennate), Zeitgenossen und Berater des Kaisers Barbarossa hervor. — Vgl. Pescatore, Die Glossen des Irnerius (1888); Kantorowicz, Ztschr. d. Sav.-Stift. 30, 183 ff.; 31, 14 ff.

<sup>6</sup> Was die Glosse nicht behandelt hatte, wurde später auch in Deutschland für nicht brauchbar gehalten und kam nicht in Anwendung. Vgl. Landsberg, Über die Entstehung der Regel: Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit forum (1880), Landsberg, Die Glosse des Accursius (1883).

breitende Schule der Postglossatoren oder Kommentatoren (seit 1250 bis zum 16. Jahrhundert) die größten Verdienste errungen. Ist ihre unmittelbare Einsicht in die römischen Quellen auch geringer, kommentieren sie oft nur die Arbeiten ihrer Vorgänger mit großer Breite, so haben sie dafür einen lebendigen Blick für die Bedürfnisse ihrer Zeit. Sie verschmelzen die römischen Rechtsgedanken mit den langobardischen der verschiedenen Stadtrechte (Statuten) und damit deutschen Rechtsanschauungen, und haben für die spätere Verbreitung des römischen Rechts in Deutschland und anderen Ländern das meiste beigetragen. Bartolus (de Saxoferrato, 1314—1357) und Baldus (1327—1400) sind unmittelbare Quellen unserer deutschen Rechtswissenschaft geworden<sup>7</sup>. Auch das kanonische Recht haben sie mit berücksichtigt. Dieses, aus der Weltherrschaft der Kirche geboren, umfaßte ebenfalls Privatrecht, Strafrecht und Prozeß und war dem römischen Weltrecht zur Seite getreten, manche Bestimmungen des letzteren (z. B. betreffs der bona fides) im mittelalterlichen Geiste ummodellend und für die Folgezeit bestimmend<sup>8</sup>). Auch die Scholastik, und damit die Herrschaft der Begriffe, haben sie in die Rechtswissenschaft eingeführt, ohne doch die Bedürfnisse des Lebens zu verkennen. Dadurch hat ihr Schaffen etwas ganz Modernes, was den Grund zur Verbreitung ihrer Schriften in Deutschland legte.

Durch sie gelang es, was bei den früheren Zusammenstößen der Römer mit den germanischen Stämmen nicht gelungen war, das römische Recht nach Deutschland zu verpflanzen. Schon seit ungefähr tausend Jahren

<sup>7</sup> Savigny Bd. 6 schätzt sie zu gering ein. Richtig Stintzing I 111 ff. und die Neueren.

<sup>8</sup> Auch das Corpus juris canonici ist aus verschiedenen vorerst selbständigen Teilen zusammengefügt. Der älteste Teil: Decretum Gratiani (Privatarbeit des Bologneser Mönchs Gratian um 1140—1150) ist eine aus kirchlichen Satzungen (canones) mit harmonisierender Verarbeitung derselben bestehende Darstellung des kanonischen Rechts, wovon nur die canones Geltung erhielten. Dann folgte der Liber Extra (d. h. extra Decretum), eine Sammlung der neueren päpstlichen Dekretalen in 5 Büchern (1234), und als Fortsetzung der Liber Sextus (1298) ebenfalls in 5 Büchern; endlich die sog. Clementinae (1317) in gleicher Anordnung. — Friedberg, Corpus juris canonici I (1879), II (1881). S. Stutz i. Holtz-Kohler Enzyklopädie 7. A. V 318 ff.

bestanden römische Rechtseinflüsse in den deutschen Königreichen der Goten, Burgunder und Franken, und hatten noch vor Justinians Gesetzeswerk zu Aufzeichnungen des römischen Rechts (den sog. *Leges Romanae Barbarorum*) geführt: dem *Edictum Theodorici*, der *lex Romana Burgundionum* oder *Papian* (beide um 500), und zu der *lex Romanana Visigothorum*, dem sog. *breviarum Alaricianum* (506). Letzteres überragt die beiden anderen bedeutend und bringt Auszüge aus den überlieferten römischen Rechtsquellen nach derselben Methode, wie sie später Justinian in seinem Sammelwerk befolgte<sup>9</sup>. Während das ostgotische und burgundische Gesetzbuch mit dem Untergang der betreffenden Reiche ihre Bedeutung verloren, blieb das *breviarium Alaricianum*, ob schon es im 7. Jahrhundert durch ein für die Römer und Westgoten gemeinsames Gesetzbuch beseitigt wurde, im Abendlande als das römische Recht des Westens lebendig. Schon damals drang (bis in das 11. Jahrh.) viel vom römischen Recht in Südfrankreich und Süddeutschland ein, verbunden mit dem, was die Kirche im kanonischen Recht hineinbrachte. Aber alles das ist vom nationalen Rechte überwunden worden resp. wurde mit ihm organisch verwebt. So blieb es in Frankreich auch bei dem zweiten Versuch des Eindringens des römischen Rechts auf Grund der Schriften der Italiener. Die historische Rechtsschule Frankreichs im 16. Jahrhundert unter dem Einfluß von *Duarenus*, *Cujacius* und *Donellus* setzte der deduktiven und praktischen Rechtswissenschaft einen Damm entgegen und zog sich in historischen und philologischen Studien wieder auf das reine römische Recht zurück, *Cujacius* mehr erklärend<sup>10</sup>, *Donellus* in seinem Hauptwerk<sup>11</sup>

<sup>9</sup> *Lex Romana Visigothorum* ed. *Haenel* 1849. — Die Bestandteile waren abgekürzte Stellen aus dem *ius* und den *leges* (§ 2). Letztere sind zirka  $\frac{1}{6}$  aus dem *Codex Theodosianus* und dessen *Novellen*; aus dem *ius* besonders die in 2 Bücher verkürzten *Institutionen* des *Gaius* und ein Auszug aus *Paulus sententiae*. S. über den westgotischen *Gaius* und *Paulus Brunner*, *Deutsche Rechtsgeschichte* I (2. A.) S. 510 ff. u. *Zit. Ferner über Römisches Recht im frühesten Mittelalter* *Conrat* (*Cohn*), *Ztschr. d. Sav.-Stift.* 34, 13, 1758—83.

<sup>10</sup> *Cujacii o. opera* II vol. *Nap.* 1722, 1757, II vol. *Venet.* 1758—83.

<sup>11</sup> *Commentarii juris civilis* (1589 ff. fortges. v. *Sc. Gentilis*, zuletzt 1801—34).

systematisch. Spätere Größen der französischen historischen Schule sind Jac. Gothofredus (Sohn des Dionysius, § 2 i. f.) und Anton Faber (durch seine Quellenkritik hochberühmt). Doch verlor diese Richtung als Schule der „eleganten Jurisprudenz“ den Zusammenhang mit der französischen Praxis, so daß in dieser der germanische Einfluß erhalten blieb. Dagegen setzte sich die historische Schule im 17. und 18. Jahrhundert (durch Voetius, Bynkershoek u. a.) in den Niederlanden fort, bis mit dem Vernunft- oder Naturrecht (s. u. N. 14) eine neue wissenschaftliche Richtung aufkam.

In Deutschland ist währenddem eine rein praktische Rechtsentwicklung zu verzeichnen (Periode der Praktiker), gegen den Widerstand vereinzelter großer Geister, wie Ulrich Zasius. Die Strömung der Zeit ging auf Ersetzung des unheilbar zerrissenen einheimischen Rechts durch das römische Recht der italienischen Juristen. Die Rezeption brachte die Rechtseinheit und ein modernes, scheinbar auf alle Verhältnisse passendes Recht. Die deutschen Gewohnheiten und selbst Gesetze (Stadtrechte, Landrechte und sonstige Statuten) beabsichtigte man nicht aufzuheben. Waren sie doch lückenhaft genug, so daß sie für Einzelheiten sehr gut daneben bestehen konnten, während sie anderseits gerade aller derjenigen juristischen Begriffe ermangelten, die man in den Schriften des römischen Rechtes fand. Dieses erschien als die einzig vernünftige, ja selbstverständliche Grundlage des Rechts (*ratio scripta*). So erfolgte die Einführung, nachdem sie durch den Einfluß der deutschen Juristen, die in Italien, später auch in Deutschland (an den dort gegründeten Universitäten) ihre Ausbildung empfangen hatten, genügend vorbereitet war, gewohnheitsrechtlich. Vermittelt durch die Praxis der deutschen Gerichte, in welchen die *Doctores juris* in steigendem Maße Sitz und Stimme gewannen<sup>12</sup>; — begünstigt durch die deutschen Kaiser, die sich schon längst als Nach-

<sup>12</sup> So zunächst beim Reichskammergericht durch die Reichskammergerichtsordnung v. 1495; entsprechend dann auch bei den höchsten Gerichten der einzelnen Territorien usw.

folger der römischen Kaiser betrachteten! Im 16. Jahrhundert war das römische Recht in Deutschland eingebürgert. Es gilt als gemeinsames subsidiäres Recht Deutschlands, nach welchem die Gerichte in allen Zweifelsfällen, resp. wo das einheimische Recht versagt, urteilen; ja eine maßlose „romanistische“ Richtung kämpft für seine alleinige Geltung — freilich ohne Erfolg.

Das aufgenommene Recht war also nicht mehr das rein römische, sondern im Grunde nur das gemeine subsidiäre italienische Recht, dessen kanonischer Bestandteil durch die geistlichen Gerichte schon längst eingeführt war, während das lombardische Lehnrecht (der *libri feudorum*, § 2 i. f.) vom deutschen zwar abwich, aber doch wesentlich verwandte Züge zeigte. Das römische Recht wurde dann weiter durch die allgemeine deutsche Gewohnheit und einzelne Reichsgesetze gewandelt, so daß seine Anwendung auf die einheimischen Verhältnisse erträglich schien. War ausnahmsweise die Umbiegung nicht möglich, so blieb der Rechtssatz unangewendet. Es entstand der *Usus modernus Pandectarum*. Die Schriftsteller dieser Periode setzen die Methode der Anpassung im einzelnen fort, was zahlreichen deutschen Rechtseinrichtungen zugute kommt. Durch die Aktenversendung der Gerichte an die Universitäten wurden die Rechtslehrer auch fortwährend auf die Bedürfnisse der unmittelbaren Anwendung des Rechts gestoßen, so daß sie sich dieser Aufgabe von selbst mehr als der historischen Aufdeckung des reinen römischen Rechtes aus den Quellen zuwendeten<sup>13</sup>. Erst im 18. Jahrhundert dringt, durch die auf Hugo Grotius gegründete Naturrechtsschule, der Einfluß der neueren Philosophie in das Recht ein, die zur Weiterbildung der allgemeinen Begriffe auch des römischen Rechtes führt, sich im ganzen aber noch weiter von letzterem entfernt<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Hauptvertreter sind Benedikt Carpzow († 1666), Dav. Mevius († 1670), Joh. Schilter († 1705), Sam. Stryk († 1710), J. H. Böhmer († 1749), Heineccius († 1741), Leyser († 1752).

<sup>14</sup> Bes. Thomasius († 1728), der auch die Preußische Kodifikation des Allg. Landrechts anregte, wenn er sie auch nicht mehr erlebte.

Hiergegen trat dann schließlich durch Gustav Hugo (1764—1844), Friedrich Carl v. Savigny (1779—1861) und G. Fr. Puchta (1798—1846) die historische Schule auf. Namentlich Savigny hat sie zu internationaler Bedeutung emporgeführt. Man faßt das römische Recht wieder als Produkt einer jahrhundertelangen Entwicklung auf und bestimmt demgemäß seinen Inhalt und Werdegang. Man kehrt zu den Quellen zurück, ohne auf die scharfe Ausprägung der Begriffe zu verzichten. Die Schriften sind darum viel tiefer als die der ehemaligen französischen Schule. Trotzdem ergab sich, daß der Fortschritt vom *Usus modernus* zum Höhepunkt historischen Erkennens vielfach ein Rückschritt war. Manches wurde als unrömisch verdammt, was auf dem Boden der Notwendigkeit in jahrhundertelanger Arbeit erwachsen war. Nach der Revolution von 1848, die den Sinn auf das Reale und Praktische richtete, erwies sich die konsequente Fortführung dieser Richtung als unmöglich. Bruns, Jhering, Windscheid, Dernburg gingen, ohne das historische, dogmatische und philosophische Moment bei der Erforschung des römischen Rechtes außer acht zu lassen, an den Ergebnissen des *Usus modernus* nicht mehr vorüber. Dadurch kam schließlich gegenüber der in der letzten Zeit immer mehr vertieften historischen Forschung ein Zwiespalt in die romanistische Wissenschaft. Die einen arbeiteten harmonisierend, die anderen kritisch; so daß es ein Glück war, daß die Fürsorge für die Gegenwart schließlich der Romanistik abgenommen und auf die Wissenschaft des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs übertragen werden konnte<sup>15</sup>.

Der großartigen Kraft des Pandektenrechts hatte das aus den mittelalterlichen Quellen entsprossene deutsche Recht nichts Gleichwertiges entgegenzusetzen gehabt. Die Wissenschaft ging an ihm vorüber und besann sich erst nach Jahrhunderten wieder darauf. Das deutsche Recht behauptete sich, wo die römischen Vorschriften auf das deutsche Volks-

<sup>15</sup> Über die heutige Bedeutung des römischen Rechtsunterrichts vgl. Partsch, Vom Beruf des röm. Rechts in der heutigen Universität (1920).

leben schlechterdings nicht paßten, besonders in den Partikularrechten. Also mit beschränkter Gültigkeit für einzelne Orte, Gemeinden, Stadtgebiete, Provinzen: nach dem Satze „Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht“. Erleichtert wurde die Fortgeltung in einigen deutschen Staaten durch umfassende Gesetzbücher, welche die römischen und lebenskräftig verbliebenen deutschen Bestimmungen in zweckmäßiger Art vereinigten und an Stelle des gemeinen Rechtes traten. Dies geschah hauptsächlich in Preußen durch das Allgemeine Landrecht (1794), in Österreich durch das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (1811) und am Rhein durch das französische Recht und Badische Landrecht (1804 resp. 1809). Mit dem Aufkommen der historischen Schule entstand dann neben der vertieften Lehre des römischen Rechts, an der Hand der letzterwähnten größeren und zahlreicher kleinerer Partikularrechte, eine Wissenschaft des deutschen Privatrechts, die zwar kein einheitliches Gesetz zur Grundlage hatte, sondern aus der Vielheit der landesrechtlichen Erscheinungen gemeinsame Grundsätze herauschälte und weiterentwickelte, aber auch so imstande war, im Lauf des 19. Jahrhunderts die am Leben gebliebenen Teile des deutschen Rechtes neben dem römischen wieder zur Geltung zu bringen, bis am Schluß dieses Jahrhunderts im Bürgerlichen Gesetzbuch für das ganze deutsche Reich auch in gesetzlicher Gestalt das große Kompromiß zwischen dem römischen und deutschen Rechtsgedanken geschlossen werden konnte, in dem sich die Kulturentwicklung der romanischen und germanischen Welt auf rechtlichem Gebiet verbindet und durchdringt.

#### § 4.

#### **Die Aufgabe der gegenwärtigen Darstellung des römischen Privatrechts.**

Aus der geschilderten Entwicklung ergibt sich die Aufgabe unserer Darstellung der Grundzüge des römischen Privatrechts. Den Usus modernus haben wir überwunden. Unsere Darstellung kann wieder die des reinen römischen Rechtes

sein. Das Corpus juris, auch nachdem es für uns der gesetzlichen Kraft entkleidet ist, bleibt ein unerschöpfliches Bildungsmittel, auf welches wir nicht verzichten können.

Die Art der Darstellung wird durch diese Erwägungen beeinflußt. Sie kann nicht der römischen Anordnung des Stoffes im Corpus juris folgen, die uns ganz fern liegt. Um dem heutigen Recht zu dienen, muß sie sich mehr modernen Anschauungen anschließen. Aber nicht in dem Maße, daß wir Dinge in das römische Recht hineinragen, die erst die Folgezeit entwickelt hat. Die gewaltige Gedankenarbeit der deutschen Pandektenlehre aus den römischen Quellen gehört ihr selbst, also unserem Rechte an. Die Darstellung eines gewesenen Rechts soll dessen Stoffe nichts hinzutun. Bis ins Detail läßt sich das freilich nicht immer durchführen, um verständlich zu bleiben. Auch die dem römischen Recht eigene Orientierung ins Prozessualische muß hier bei Seite bleiben. Dagegen fehlt ein Allgemeiner Teil im heutigen Sinne unserer Darstellung grundsätzlich. Manche der hier heute aufgestellten allgemeinen Begriffe mangelten den Römern entweder überhaupt, oder sie wurden nur mehr gefühlt als technisch erfaßt.

Das römische Recht unterscheidet grundsätzlich Herrschaftsrechte (absolute Rechte), die eine unmittelbare Gewalt über die beherrschte freie Person (Familienglieder, §§ 52 ff.) oder über Sachen (§§ 7 ff.) verleihen, und relative oder Forderungsrechte, wo eine derartige unmittelbare Herrschaft fehlt und der Schuldner nur verpflichtet ist, dem Gläubiger eine Leistung zu erbringen (§ 29).

Der Unterschied der absoluten und relativen Rechte ist fundamental. Nur widerspricht es unserer Auffassung, bei den Herrschaftsrechten die Sachherrschaft mit der über freie Personen zusammenzustellen. Dies hing mit dem Herrenrecht des römischen Familienvaters über Frau und Kinder zusammen. Wir unterscheiden die persönlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen des Individuums.

Die Vermögensrechte, bei denen die Herrschaft (wie auch im späteren römischen Recht) am vollkommensten entwickelt ist, behandeln wir zuerst: Sachenrecht

(I. Buch). Daran schließen wir die relativen Vermögensrechte, auf bloße Verpflichtungen einer freien Person: Schuldrecht (II. Buch). Dann gehen wir zu den persönlichen Beziehungen des Individuums über, einmal zum Rechte der Persönlichkeit (also was zur Rechtsfähigkeit resp. vollen Rechtsfähigkeit gehört), und zum Familienrecht (III. Buch). Bei letzterem werden auch die güterrechtlichen Wirkungen angeschlossen, weil sie aus der zugrundeliegenden Auffassung über die personenrechtliche Verbindung entstanden sind. Der gleiche Zusammenhang besteht beim Erbrecht (IV. Buch). Seine Grundlage ist ebenfalls der Familienverband. Wo fremde Personen erben, werden sie (ähnlich wie auch im Familienrecht durch Adoption und Arrogation) vom Erblasser den Familiengliedern gleichgestellt.

## § 5.

**Formales und billiges Recht. Aktionensystem. Klagverjährung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.**

I. Die Unterscheidung des Privatrechts vom öffentlichen Recht ist den Römern schon frühe bekannt<sup>1</sup>. Der Ursprung des ersteren aus den altnationalen Bestandteilen des *jus civile*, und den allen antiken Gesetzgebungen gemeinsamen Rechtsinstituten (dem sog. *jus gentium*)<sup>2</sup>, welche die römischen Magistrate, insbesondere der Prätor, bei ihrer Rechtsanwendung (im Prozeß) in steigendem Maß für den römischen Bürger zur Anwendung brachten<sup>3</sup>, bis sie schließlich zum großen Teil als Amtsrecht, prätorisches Recht oder *jus honorarium* neben das *civile* treten, ist bereits angedeutet worden (§ 2). Wenn auch in späterer Zeit beide Bestandteile (unter Zurückdrängung des Veralteten und Aufnahme neuer Institute) mehr und mehr verschmelzen, so tritt in der Rechtssprache der Ursprung einer besonderen Bestimmung als zivile oder prätorische bis

<sup>1</sup> Vgl. Ulpian D. I, I, I, 2; I. I, I, 4. Pernice, Ztschr. f. Rechtsgesch. 18, 1.

<sup>2</sup> S. Bruns-Lenel in Holtz-Kohlens Enzyklopädie I § 18; Peruzzi, Istituzioni § 5; Mitteis, Röm. Privatr. I 44, 62, 68; Kipp § 3.

<sup>3</sup> Nicht damit zu verwechseln ist das Fremdenrecht. S. u. § 50 Text u. Note 1.

in das Justinianische Recht hinein noch immer hervor und ist praktisch nicht unwesentlich.

II. Vor allem war das alte *jus civile* hauptsächlich ein strenges und formales<sup>4</sup>. Die von ihm anerkannten Ansprüche waren in bestimmte gesprochene Formeln eingeschnürt, welche festumrissene Tatbestände voraussetzten, wie z. B. den Spruchvertrag bei der Stipulation (§ 34). Dabei war eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (z. B. daß eine betrügerische Ausbeutung des Gegners stattfinde) unmöglich. Nur der Prätor konnte durch besonderes Eingreifen, *denegatio actionis*, Verweigern des Prozesses, ein Durchdringen des zivilrechtlichen Anspruchs verhindern.

Dagegen hatte das vom Prätor im Wege des freien Prozeßverfahrens (*per concepta verba*) eingebürgerte, vielleicht zuerst im Peregrinenprozeß ausgebildete Recht von vornherein den Zweck einer Erweiterung der Rechtsordnung (über die primitiven Institutionen des altzivilen Rechtes hinaus), sowie einer Ausgleichung von Widersprüchen zwischen der Starrheit des *jus civile* und den natürlichen Rechtsanschauungen der Billigkeit<sup>5</sup>. Der Magistrat, der keine Gesetze geben konnte, führte das neue Recht kraft seiner Machtvollkommenheit im Wege des Prozesses ein. § 2 Ziff. II<sup>6</sup>. Und zwar, indem er der, nach seinem Ermessen, schutzbedürftigen Partei Angriffs- oder Verteidigungsmittel: also Klagen wider den Gegner<sup>7</sup>, oder

<sup>4</sup> Mitteis, Röm. Privatr. I § 15; Pringsheim, Ztschr. d. Sav.-Stift. 42, 643 ff.

<sup>5</sup> Vgl. über das Prinzip der Billigkeit Voigt, *jus naturale* I; Kipp in Pauly-Wiss. s. v. *aequitas* u. *Gesch. d. Quellen* S. 8 ff.

<sup>6</sup> Dieser Prozeß (der sog. Formularprozeß) ging wahrscheinlich aus dem Fremdenprozeß hervor, in dem der Prätor (seit ca. 242 v. Chr. der Fremdenprätor) immer schon den Fremden, der sich auf die röm. Zivilrechte nicht berufen konnte, in seinen angemessenen Ansprüchen geschützt hatte. — Vgl. Wlassak, Röm. Prozeßgesetze, u. Der Gerichtsmagistrat im gesetzl. Spruchverfahren, Ztschr. d. Sav.-Stift. 25, 81 u. 28, 1; Partsch, Die Schriftformel im röm. Provinzialprozeß (1905); Wlassak, Der Iudikationsbefehl d. röm. Prozesse (Sitz-Ber. d. phil.-hist. Kl. d. Akad. d. Wiss. i. Wien 1921). S. auch Mitteis, Röm. Privatr. § 3.

<sup>7</sup> Celsus D. 44, 7, 51: *Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, iudicio persequendi*. Vgl. Bekker *Aktionen* 2 Bde. (1871 ff.); Wlassak in Pauly-Wiss. s. v. *actio*; Windscheid, *Die actio des röm. Zivilr.* (1856); Hellwig, *Anspruch u. Klagrecht* (1900).

nach Bedürfnis auch *Einreden*<sup>8</sup> wider eine erhobene Klage gab. Dabei hielt man sich tunlichst immer an das schon Vorhandene. Das Prozeßverfahren gab in Fällen, wo die Verurteilung des Beklagten nach dem Tatbestand zu Unbilligkeiten oder Unzweckmäßigkeiten geführt hätte, dem Richter weiten Spielraum<sup>9</sup>. Klagen, die nach diesem freieren Gesichtspunkt zu erledigen waren, hießen *actiones arbitrarie*<sup>10</sup>. Kommt man gegenüber neu auftretenden Erscheinungen des Lebens mit dem Bestand der alten Klagen überhaupt nicht aus, so bildet man nach dem Muster einer alten Klage eine neue (*actiones in factum conceptae*), oder behilft sich mit einer Fiktion, um die Unterordnung des neuen Falles unter eine bisherige *actio* zu ermöglichen (*actiones ficticiae*)<sup>11</sup>. Auf diese Weise entstehen neben den *actiones civiles* analoge Klagen, die sog. *actiones utiles*. Eine solche Klage steht niemals ohne weiteres zu (*competere*), sondern wird immer nur vom Prätor von Fall zu Fall gegeben (*danda est*). — Umgekehrt konnte durch die Zulassung von *exceptiones*, in Berücksichtigung neuer schutzbedürftiger Verhältnisse und Umstände, eine Einschränkung der Verurteilungsbefugnis des Richters

<sup>8</sup> S. Wlassak, Ursprung der röm. Einrede (1910) u. dazu Rabel, Ztschr. d. Sav.-Stift. 32, 413; Wlassak, ebenda 33, 81—159; J. Pétrau-Gay, Evolution histor. des exceptions etc. (1916) u. dazu Koschaker, Sav. Ztschr. 41, 334. — Es gibt *peremptorische* Einreden, die der Klage dauernd u. unausweichlich entgegenstehen (wie die Einrede des *dolus u. metus*, § 42), und *dilatorische*, die nur auf Zeit wirken oder die der Kläger vermeiden kann (z. B. die Einrede der *Stundung*, § 45 nach N. 20). Näheres bei Kipp, Ztschr. d. Sav.-Stift. 42, 328 ff.

<sup>9</sup> Z. B. bei Verpflichtungen auf ein *restituere* oder *exhibere* wegen des Prinzips der *Geldkondemnation* (§ 29 Ziff. 2); aber auch z. B. bei den *Noxalklagen* (§ 44 i. f.). Hier konnte der Verurteilung auf die Geldsumme ein *Vorbescheid* (*Restitutionsbefehl*) vorausgeschickt werden, so daß erst bei *Fruchtlosigkeit* desselben die Verurteilung auf den *Geldersatz* eintrat.

<sup>10</sup> Der Richter kommt dadurch in die *freiere Stellung* eines *arbitr.* Einen weiteren *Hauptfall* s. u. § 31 III. *Aufzählung* in I. 4, 6, 31. Näheres bei Lenel *Edictum* (2. A.) 234, 388, 531; *Festgabe f. Sohm* (1914) 201 ff.; Levy, Ztschr. d. Sav.-Stift. 36, 1 (auch S. A.).

<sup>11</sup> *Hauptfall* ist die *actio Publiciana* (§ 17), wonach dem *Besitzer*, der die *Ersitzungszeit* noch nicht vollendet hat, die Klagen des *Eigentümers* gegeben werden, unter der *Fiktion*, daß er bereits *eressen* hätte.