



Römisches Privatrecht

HS 2022/FS 2023

Struktur der römischen Rechtsordnung / Rechtsquellen

28. September 2023

Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. iur. Ulrike Babusiaux

Dr. iur. des. Adrian Häusler



Inhalt

- (1) Erkenntnisquellen im römischen Recht
- (2) Rechtsschichten
- (3) Rechtsquellen
- (4) «Aktionenrechtliches Denken» und Prozessarten



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

(1) Erkenntnisquellen im römischen Recht

(1) Erkenntnisquellen im römischen Recht (I)

- “Corpus Iuris Civilis” (529-534 n. Chr.)
 - *Codex Iustiniani*: 12 Bücher; Kaiserkonstitutionen seit Hadrian (2. Jh. n. Chr.) bis Justinian
 - *Digesta* (Pandekten): 50 Bücher; Auszüge aus den Schriften der römischen Juristen (1. Jh. v. Chr. – 3 Jh. n. Chr.)
 - *Institutiones*: 4 Bücher; Lehrbuch für das erste Studienjahr
 - *Novellae*: “neue” Kaiserkonstitutionen von Justinian

DOMINI NOSTRI SACRATISSIMI PRINCIPIS
IUSTINIANI
IURIS ENUCLEATI EX OMNI VETERE IURE COLLECTI
DIGESTORUM SEU PANDECTARUM
LIBER PRIMUS.

I.
DE IUSTITIA ET IURE.

1¹ **ULPIANUS libro primo institutionum** Iuri operam tantum prae nosse oportet: unde nomen iuris descendit. est autem a iustitia appellatum: nam, ut dicitur Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellat: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram ut fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

2² Illud studium duas suas positiones, publicam et privatam³, publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatam quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacerdotibus, in magistratibus consistit⁴, privatam ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praecipis aut gentium aut civilibus. Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit ius iuris gentium, quod nunc ius gentium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam iuris iuris peritiam sentire. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter gentes est.

2⁵ **POMPONIUS libro singulari enchiridii** Veluti erga deos.

3⁶ **FLORENTINUS libro primo institutionum** ut vim aliquid publicum et privatam ius est. ut quod quicquid ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum iure non cognitionem quandam natura constituit, consequens est hominem homini iustitiam esse esse.

4⁷ **ULPIANUS libro primo institutionum** Manumissio quoque iuris gentium ius est. est autem manumissio de manu missio, id est ablatio libertatis: nam quandiu quis in servitute est, manus et potestatis ius positus est, manumissus liberatur potestate, quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus inveniit, secutum est beneficium manumissionis. et cum suo naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse co-

perunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberi id est hi qui desierant esse servi.

5⁸ **HERMOGENIANUS libro primo iuris epitomarum** Ex hoc iure gentium iuris iuris gentium, iuris gentium regna coadita, dominia distincta, agris termini positi, sedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutiones exceptae quibusdam iuris iuris gentium sunt.

6⁹ **ULPIANUS libro primo institutionum** Ius civile est, quod iusque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei¹⁰ servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficiamus. Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos dicitur aut honorum¹¹, praetorum aut legum.

7¹² **PAPINIUS libro secundo definitionum** Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis sententiis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ab honoribus¹³, praetorum aut legum.

8¹⁴ **MARCIANUS libro primo institutionum** Nam et ipsa ius honorarium tria res est iuris civilis.

9¹⁵ **GAIVUS libro primo institutionum** Omnes populi, qui legibus et iuribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. nam quod quicquid populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis¹⁶ est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes¹⁷ peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utantur.

10¹⁸ **ULPIANUS libro primo regularum** Iustitia est constantis perpetuae voluntatis ius, cuiusque tribuendi¹⁹. Iuris praecipua sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

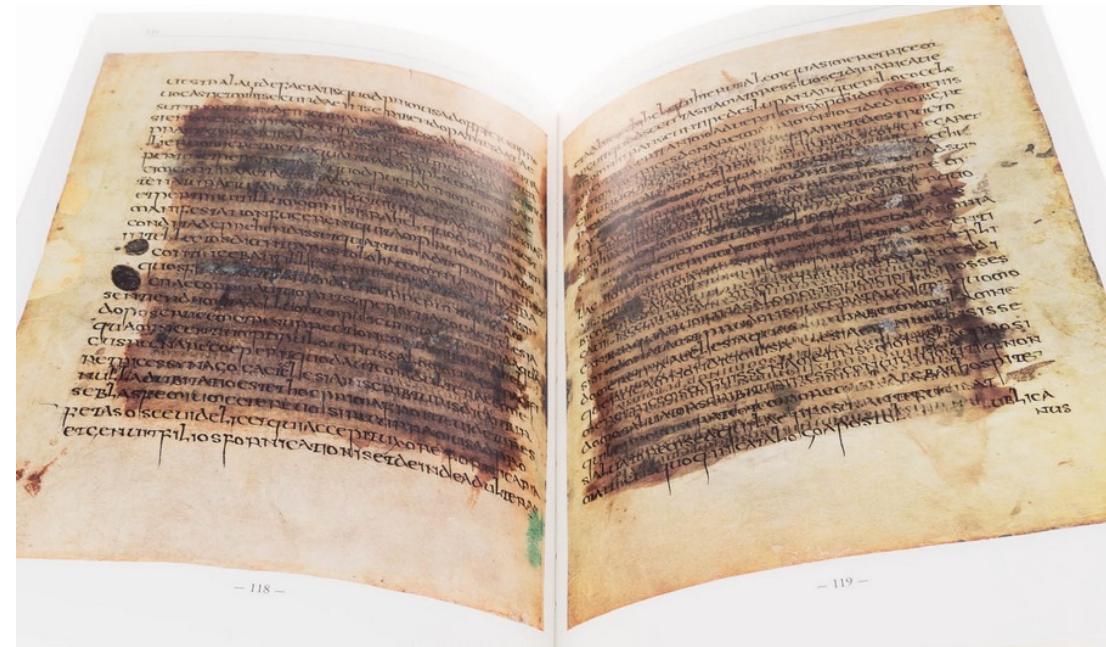
2²⁰ Iuris prudentia²¹ est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.

11²² **PAULUS libro quarto de iudicio ad Sabinum** Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut partibus in quaque civitate utile est, ut est ius civile, nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum iniure decernat, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit, alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod sit in eo ubi sit. quoniam locum determinare hoc modo pot-

(1) Sab. — Inst. 1, 1, 1. — Dig. 2, 1. (2) § 23 — Inst. 1, 1, 4. 1, 2, 1. (3) publicum et privatam ius. F. (4) sic dicitur cum B. consuetudo FR. (5) — Inst. 1, 3, 1. (6) a iure S. (7) sic S. cum B. introducta F. (8) § 1 — Inst. 1, 2, 3. (9) eis Brevemans cum B. (10) id est: legum aliae scriptae, aliae non scriptae. (11) sic FR. ab honore dicitur. (12) Inst. 1, 1 — Inst. 1, 2, 1. (13) civilitas est. Celsus. (14) populus ius. Celsus. (15) — Inst. 1, 1, 1, pr. 12. (16) tribuere Inst. cum B. (17) iuris prudentia F.

(1) Erkenntnisquellen im römischen Recht (II)

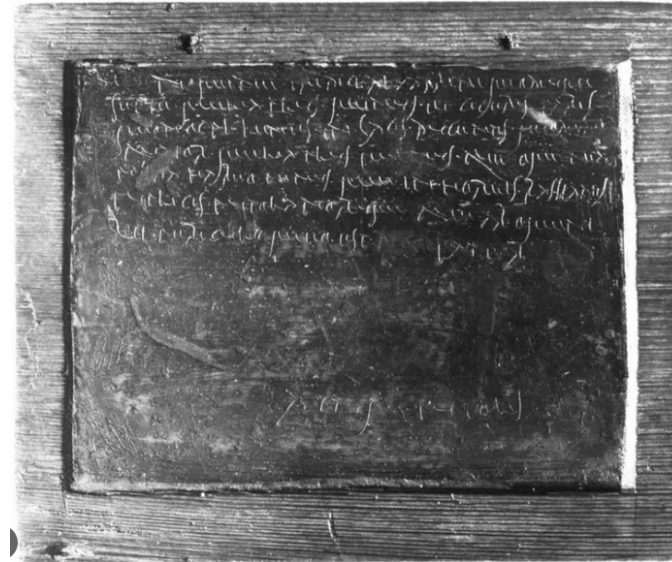
- Die Institutionen des Gaius
 - Lehrbuch des 2. Jh. n. Chr.
 - “Bestseller” in der Antike
 - 1816: Wiederentdeckung durch Barthold Georg Niebuhr (1776-1831) im *Codex Veronensis*



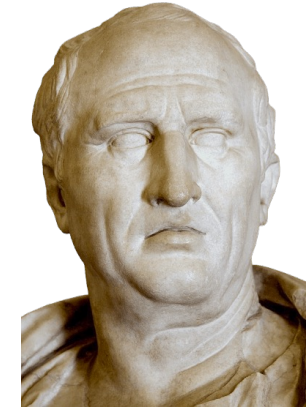
Das Veroneser Gaius-Palimpsest

(1) Erkenntnisquellen im römischen Recht (III)

- Literarische Quellen
 - Z.B. Gerichtsreden Ciceros
 - Rhetorische Schriften
 - Historische Schriften
 - Theaterstücke
- Dokumentarische Quellen
 - Inschriften
 - Wachstafelchen
 - Papyri



Archiv der Sulpizier (1. Jh.)



Marcus Tullius
Cicero (106-43)



Lex de Gallia Cisalpina (1. Jh. v. Chr.)



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

(2) Rechtsschichten



(2) Rechtsschichten (I)

- **Rechtsschichten** als Struktur des Rechts
 - Keine Normenhierarchie mit Verfassung als «Grundnorm»
 - Unterschied nach ihrer Herkunft = gewachsene Stufungen des Rechts, die verschränkt sind und nicht widerspruchsfrei
- Widersprüche werden durch Abwägung im Rahmen der Kasuistik aufgelöst («Case Law»)
- Besondere Bedeutung des Juristen (als Berater) des Rechtsanwenders (Richter, Prätor, Kaiser, Anwalt) = Orientierung über den Vorrang und die Wertungen einer Rechtsschicht im Einzelfall
 - Recht hat keine «Geltung», sondern ist ein Wert, eine Tugend, ein Ziel («Gerechtigkeit»)
 - Alle mit dem Recht sich befassenden Personen (Gesetzgeber, Richter, Rechtsberater, Juristen) streben nach dem Recht im Einzelfall



(2) Rechtsschichten (II)

- ***ius civile*** = Zivilrecht = bürgerliches Recht
 - Recht ist vorrangig lokal bestimmt: in einer Gemeinde (*civitas, polis*) wird Recht gesetzt, das für die Mitglieder verbindlich ist (siehe Rn. 1)
 - Recht der Bürgerschaft (*civitas*): verbindliche Anordnungen für eine bestimmte Gemeinde
 - **Personalitätsprinzip**: Allgemein tendiert das Recht in der Antike dazu, keine Territorialität zu beanspruchen, sondern nur personale Geltung zu haben
 - Teil des römischen Rechts, der nur für die römischen Bürger gilt



(2) Rechtsschichten (III)

- ***ius gentium*** = «Völkergemeinrecht»
 - Recht aller Völker / Menschen (*gentes*): Vorgaben für das Zusammenleben der Menschen (privatrechtlich) und der Völkerschaften (öffentlich-rechtlich)
 - Teil des römischen Rechts, der auch für Nicht-Römer gilt
 - Mehrheit der Einwohner des Reiches: nicht römische Bürger (sog. “Peregrinen”)
 - Seit der mittleren Republik: Aufgabe des Personalitätsprinzips in Bereichen, die mit Handel verbunden sind (insb. Sachen- und Obligationenrecht)
 - In Rom fundiert auf philosophischen Vorstellungen von «natürlicher Billigkeit» (siehe Rn. 1)



(2) Rechtsschichten (IV)

- *ius naturale* = «natürliches Recht»
 - Recht aller Lebewesen: Vorgaben aus der Natur (empirisch) für das Leben und die Naturgesetze (siehe Rn. 3)



(2) Rechtsschichten (V)

- ***ius honorarium / ius praetorium*** = Honorarrecht / prätorisches Recht / Recht der Magistrate
 - Rechtsprechung urspr. bei den Konsuln, seit dem 4. Jh. beim Prätor; seit dem 3. Jh.:
 - Stadtprätor (*praetor urbanus*): Streit zwischen römischen Bürgern
 - Fremdenprätor (*praetor peregrinus*): Streit mit einem oder zwischen Nicht-Römern
 - Römische Rechtsprechungsbefugnis (*iurisdictio*)
 - Keine Gewaltenteilung: römisches *imperium* ist eine absolute, umfassende Macht
 - *Iurisdictio* (= *ius dicere*): „das Recht sagen, verkünden“
 - Verbindliche Anordnungen für die Durchführung des Verfahrens; Vorgaben für Klagen und Einreden
 - Alle prätorische Entscheidungen „selbst wenn er ungerecht entscheidet“ (Rn. 3, siehe Rn. 6)



(2) Rechtsschichten (VI)

- ***ius praetorium / ius honorarium*** = prätorisches Recht / Honorarrecht
 - Abweichung vom *ius civile* (Zivilrecht) aus Gerechtigkeit (*aequitas*) oder Nützlichkeit (*utilitas*) als erwartete Folge
 - Keine Veränderung des *ius civile*, sondern Anweisung an den Richter ein anderes Recht zu anzuwenden
 - Rn. § 8 D. 1.1.7.1 Papinianus im 2. Buch der Definitionen: Prätorisches Recht ist das Recht, das die Prätores im öffentlichen Interesse eingeführt haben, um das Zivilrecht (*ius civile*) zu **unterstützen**, zu **ergänzen** oder zu **korrigieren**. Es Amtsrecht/Honorarrecht (*ius honorarium*) bezeichnet, was sich von dem Ehrenamt (*honor*) des Prätors ableitet.



(2) Rechtsschichten (VII)

- Konflikt zwischen *ius civile* und *ius gentium*

Bsp.: nach *ius gentium* folgt das Kind bei Nichtehe der Eltern dem Status der Mutter; nach *ius civile* (Roms) wird bei unerwünschten Verbindungen mit Sklaven und freien Frauen das Kind als Sklave angesehen

→ *ius civile* setzt sich grundsätzlich durch; im Einzelfall Erleichterungen für das Kind bei Freilassung oder Freiheit im Zweifelsfall (= Abwägung mit den Wertungen des *ius gentium*)

- Konflikt zwischen *ius civile* und *ius praetorium*

Bsp.: nach *ius civile* sind nur die Kinder in der Gewalt des Vaters gesetzliche Erben; nach *ius praetorium* können auch Kinder, die aus der Gewalt des Vaters entlassen sind (emanzipierte Kinder) ohne Testament erben

→ *ius praetorium* setzt sich grundsätzlich durch; die Begünstigung der emanzipierten Kinder darf aber nicht zum Schaden der in der Gewalt verbliebenen führen; sie werden zur Kollation gezwungen



(2) Rechtsschichten (VIII)

- Konflikt zwischen *ius civile* und *ius naturale*

Bsp.: nach *ius naturale* sind Sklaven Menschen; nach *ius civile* sind Sklaven Sachen (= Rechtsobjekte)

→ Sklaven werden grds. als Rechtsobjekte behandelt; es gelten aber besondere Regeln für Verkauf/Bestrafung, die Menschlichkeit berücksichtigen

- Konflikt zwischen *ius naturale* und *ius gentium*

Bsp.: nach *ius naturale* gibt es nur Menschen; nach *ius gentium* werden Römer, die in Kriegsgefangenschaft geraten, zu Sklaven (= Verlust des römischen Bürgerrechts)

→ Sklaverei besteht auch zulasten der Römer; kehrt der Römer aus der Gefangenschaft zurück, kann er aber eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen (*ius postliminii*)



(2) Einzelne Rechtsschichten (IX)

- Keine eigene Rechtsschicht ist das sog. **kaiserliche Recht**
 - Es gilt als die Interpretation (und Rechtsschöpfung) auf Grundlage des bestehenden Rechts
 - Nur bei eklatantem Widerspruch einer kaiserlichen Entscheidung zu bestehenden Prinzipien/Dogmen des republikanischen Rechts sprechen die Juristen der Kaiserzeit von *ius novum* (= ein «neues», vom bisherigen abweichendes Recht)



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

(3) Rechtsquellen



(3) Rechtsquellen (I)

▪ Gesetzgebung

- Bescheidener Einfluss der Gesetze im Vergleich zu modernen Rechtsordnungen
- Fritz Schulz (1879-1957): «Das Volk des Rechts ist nicht das Volk der Gesetze» (Prinzipien des römischen Rechts, 1934, S. 4) – obwohl zahlreiche Gesetze
- Besonders einflussreich: Zwölftafelgesetz (ca. 450 v. Chr.)
 - „die Quelle des gesamten Staats- und Zivilrechts“ (Livius, 1 Jh. v. Chr., Rn. 12)
 - „ich habe diese Zwölf Tafeln nicht mit weniger Vergnügen gelesen als Platons *Gesetze*“ (Favorinus in Gellius 20.1)
- *Komitialgesetze*, auf Vorschlag eines Magistrats durch das Volk beschlossen, und *Plebiszite* (als Gesetz anerkannt seit der *lex Hortensia*, 287 v. Chr.)
- *Maiestas* des Volkes als Gesetzgeber



(3) Rechtsquellen (I)

▪ Jurisprudenz als Rechtswissenschaft

- Urspr. sog. Pontifikaljurisprudenz als esoterische Wissenschaft
- Veröffentlichung des „Dreigeteilten“ (*Tripertita*) durch Sextus Aelius Petus Catus (um 200 v. Chr.): „Wiege des Rechts“ (siehe Rn. 26)
 - Dreiteilung: Text der Zwölftafelgesetze (*lex*); Auslegung (*interpretatio*); Formeln der feierlichen Klagen (*legis actiones*)
 - Quintus Mucius Scaevola (†82 n.Chr.) als Gründerfigur einer systematischen Wissenschaft



(3) Rechtsquellen (I)

▪ **Jurisprudenz als Rechtswissenschaft**

- Pflichten des römischen Juristen (siehe Rn. 24)
 - Erteilung von Rechtsgutachten
 - Begleitung bei der Abfassung von Rechtsgeschäften
 - Verfahrensrechtliche Beratung
- *Auctoritas*
 - Juristen als bloße Rechtsexperten, die entsprechend ihrer Autorität (Ansehen) Einfluss nehmen
 - Möglichkeit eines „umstrittenen Rechts“ (*ius controversum*): Rechtsschulen der Sabinianer und Prokulianer



(3) Rechtsquellen (I)

▪ Honorarrecht

- Edikte (*edicta*) und im Einzelfall verkündete Dekrete (*decreta*) der Magistrate (v.a. Prätores, Ädile, Provinzgouverneure, siehe Rn. 16)
- **Prätorisches Edikt**: Bekanntmachung (Forum) der Rechtsmittel und ihrer Voraussetzungen am Anfang der Amtszeit (Selbstbindung)
 - Kein Gesetz: veröffentlichtes „Rechtsprogramm“, das der Prätor befolgen muss
 - Enthält Rechtsmittel des *ius honorarium* sowie des *ius civile*
 - Anpassung jedes Jahr unter Beratung von Juristen (*consilium* des Prätors)
 - „Tralatizisches Edikt“ (*edictum tralaticium*, Rn. 18): übernommener Teil
 - Seit Hadrian (117-138 n. Chr.): „Ewiges Edikt“ (*edictum perpetuum*) vom Juristen Salvius Iulianus verfasst (Rn. 19)
- *Potestas* als magistratische Verfügungsbefugnis



(3) Rechtsquellen (I)

▪ **Senatsbeschlüsse**

- Ende der „demokratischen“ Gesetzgebung unter Augustus (letzte Komitialgesetze, Rn. 13)
- Senat als „Gesetzgebungskammer“ in der Kaiserzeit; Senatsbeschlüsse (*senatusconsulta* = „Ratschläge des Senats“)
- Ab dem 2. Jh.: Senatsbeschlüsse als „Rede des Kaisers“ (*oratio principis*) vor dem Senat



(3) Rechtsquellen (I)

- **Kaiserliche Konstitutionen (*constitutiones imperiales*)**
 - Umfassende, kaiserliche Macht (*imperium*), die vom Volk übertragen wurde (siehe Rn. 15)
 - Arten
 - Reskripte (Briefe oder Subskriptionen)
 - Dekrete
 - Zwischenentscheide
 - Edikte



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

(4) Aktionenrechtliches Denken und Prozessrecht



(4) Aktionenrechtliches Denken (I)

- Begriff verweist auf Bedeutung der Klage («*actio*» = Aktion)
- Kennzeichnung entstammt der Doktrin des 19. Jh. (Pandektistik): «Anspruch» (wer kann was von wem woraus?) als materielle Entsprechung der römischen Klage
 - «Käuferklage» auf Herausgabe der Sache ⇔ im modernen Privatrecht «Anspruch» des Käufers auf Herausgabe der Sache
 - Fallprüfung im römischen Privatrecht erfolgt nach **Klagen** (und **Einreden**), nicht nach Ansprüchen (und Gegenrechten)



(4) Aktionenrechtliches Denken (II)

- Klage («*actio*») hat unterschiedliche historische Stufungen
 - ursprünglich (XII-Tafeln): *Legisaktionenverfahren* (sehr schwerfällig);
 - in der Republik (durch den Prätor ausgebildet): ***Formularverfahren*** (Klageformeln mit typischer Formulierung, aber der Interpretation zugänglich);
 - in der Kaiserzeit (durch die kaiserliche Rechtsprechung fortgebildet): *Kognitionsverfahren* als freiere Form des Formularverfahrens



(4) Aktionenrechtliches Denken (III)

- Formularverfahren: Kennzeichen ist die **Verwendung einer Klageformel** mit dem Prozessprogramm
- Verfahren in 2 Abschnitten:
 - *in iure* = „vor dem Prätor“: Auswahl der Klageformel und Einigung über den Prozessgegenstand (*litis contestatio*) zwischen den Parteien und dem Prätor
 - *apud iudicem* = „vor dem Richter“ (= juristischer Laie): Prüfung der Beweise (= Tatsachen) zur Ausfüllung der Klageformel
- Grundlage für die Klageformel ist regelmässig das **Edikt des Prätors**
- Ausnahmsweise auch freie Schöpfung von Klagen möglich („analoge“ Klagen oder „auf den Sachverhalt lautende“ Klagen) = höheres Risiko für den Kläger