

JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

- must know** Basics des römischen Rechts (Teil 1)
 Die Änderungen des JGG durch das strafrechtliche
 EU-Anpassungsgesetz 2020
 Bestimmtheitserfordernisse bei der Formulierung
 von Auflagen
 Erster nationaler Mediationswettbewerb
- Judikatur** Verfall von Zeitguthaben bei Gleitzeit
 Fast in Stein gemeißelt
 Deutsche Maut: Endstation Luxemburg
- Musterfall** Strafrecht, Öffentliches Recht und
 Bürgerliches Recht

Redaktionsleitung
 Verena T. Halbwachs

Redaktion
 Florian G. Burger
 Ulrike Frauenberger-Pfeiler
 Thomas Klicka
 Roman Alexander Rauter
 Alexander Reidinger
 Hannes Schütz
 Eva Schulev-Steindl

Korrespondenten
 Erwin Bernat
 Christoph Grabenwarter
 Friedrich Harrer
 Ferdinand Kerschner
 Alexander Schopper

2020/2021

01

MANZ 

ISSN 1022-9426

Basics des römischen Rechts (Teil 1)

JAP 2020/2021/1

Grundlagen des römischen Rechts;
Rechtserzeugung in Republik und Prinzipat;
Römische Rechtsgeschichte;
Entwicklung des römischen Rechts

Das Verständnis des römischen Privatrechts braucht Wissen über die Grundstrukturen der römischen Rechtsordnung. Im Folgenden werden die wichtigsten Rechtsquellen vorgestellt. Solche Kenntnisse werden auch bei der FÜM I vorausgesetzt.

Von Richard Gamauf

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Periodisierungen in der Geschichte des römischen Rechts
- C. Rechtsordnung und Rechtsentstehungsquellen
 1. Rechtsschichten
 2. Die Zwölf Tafeln
 3. Die Gesetzgebung der Republik
 4. Der Prätor und sein Edikt
 5. *Senatus consulta*
- D. *Constitutiones principis*

A. Einleitung

Vom Beginn ihres rechtswissenschaftlichen Studiums an sollen Studierende bereits anhand des römischen Rechts mit bis heute wirksamen Grundstrukturen im Privatrecht vertraut gemacht werden und – ausgehend von der Digestenexegese – juristische Falllösungskompetenz entwickeln.¹⁾ Dafür ist das römische Recht in didaktischer Hinsicht deswegen besonders geeignet, da römische Juristen Fälle oft gerade nicht in ihrer gesamten Komplexität ausbreiten, sondern einen Aspekt herauslösen und diesen jedoch eingehend erörtern. So erlaubt die Konzentration auf den vom Juristen herausgestellten Aspekt des Falls bereits ab der ersten Übungseinheit den Einstieg in niveauvolle Diskussionen, ohne aber wie bei einem Problem des geltenden Rechts allen potentiellen Verästelungen des Falls nachgehen zu müssen und die Studierenden vielleicht zu überfordern. Schrittweise, aber jeweils anhand durchaus anspruchsvoller Beispiele, lernen Studierende dabei wesentliche Bausteine des Vermögensprivatrechts kennen und deren grundsätzliche Funktionsweisen begreifen. Aufbauend auf Grundkenntnissen des römischen Privatrechts gewinnt man später natürlich auch ein besseres Verständnis der römisch-rechtlich geprägten Regelungen im ABGB.

Trotz der primär propädeutischen Funktion und der Orientierung zur Falllösung hin kann der römisch-rechtliche Unterricht einer gewissen Kenntnis über die (rechts-)historischen Hintergründe der römischen Privatrechtsordnung naturgemäß nicht entraten. Benötigt werden ein Grundverständnis der prägenden Strukturelemente, die erst eine fruchtbringende Beschäftigung mit Quellen des klassischen römischen Privatrechts ermöglichen (va Rechtsquellen, Rolle der Rechtswissenschaft, Gattungen der Rechtsliteratur).²⁾ Auch erschließt sich die Bedeutung des römischen Rechts als Triebkraft der europäischen Privatrechtsentwicklung nur denjenigen, die eine Vorstellung von Ge-

stalt und Gehalt des justinianischen Gesetzgebungswerks gewonnen haben. Die moderne Jurisprudenz steht in einer wissenschaftlichen Tradition, deren wesentliche Ansätze vom Mittelalter bis zum 19. Jh den sich immer wieder erneuernden Auseinandersetzungen mit dem *Corpus iuris civilis*³⁾ entsprangen. Und schließlich wird das, was moderne europäische Privatrechtskodifikationen verbindet und trennt, nur gesehen, wenn man den Schlüsselvorgang der Rezeption des römischen Rechts vor Augen behält.⁴⁾

B. Periodisierungen in der Geschichte des römischen Rechts

Die Entwicklung des römischen Rechts in der Antike verlief über einen Zeitraum von ca. 1.000 Jahren: Historisch greifbar wird es als Privatrechtsordnung erstmalig in der gängig auf 451/450 v. Chr. datierten Gesetzgebung der Zwölf Tafeln*. Den Schlusspunkt bildet die Zusammenstellung des (später sog.) *Corpus iuris civilis* zwischen 528 und 534 n. Chr., das der Nachwelt die Leistungen der römischen Jurisprudenz* bewahrte. Besonders produktiv war die römische Rechtswissenschaft vom Ende des 1. Jh. v. Chr. bis zum Ende des 3. Jh. n. Chr., weswegen man von diesem Zeitraum üblicherweise als von der klassischen⁵⁾ römischen Rechtswissenschaft und einem klassischen Recht spricht. Bereits ca. weitere 1.000 Jahre dauert die nachantike Be-

1) Daher der Name des Fachs „Romanistische Fundamente europäischer Privatrechte und Technik der Falllösung“ an der Wiener Fakultät.

2) Die Rechtsquellen werden hier in Teil 1 behandelt, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur folgen als Teil 2 in Heft 2 und die Kompilationen Justinians und die Rezeption in Teil 3 in Heft 3.

3) Bei mit * gekennzeichneten Begriffen können weitere Informationen unter dem betreffenden Stichwort (idR im Nominativ singular) in *Olechowski/Gamauf* (Hrsg.), Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und römisches Recht⁴ (2020), gefunden werden; die hier verwendeten Abkürzungen finden sich ebenfalls dort aufgelöst (§ XIII).

4) Ein leicht fasslicher Überblick über die Thematik findet sich bei *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁹ (2001) 3–70. Zur römischen Rechtsgeschichte existieren zahlreiche Gesamtdarstellungen in deutscher Sprache neueren Datums: Die ausführlichste ist *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte 1 (1988) 2 (2006); bewährte Lehrbücher sind *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte² (1967; mehrfach nachgedruckt); *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte¹⁴ (2015); *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte¹¹ (2014); eine Kurzdarstellung bietet *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts⁵ (2016); weitere Werke bei *Olechowski/Gamauf*, Studienwörterbuch, S. XXI.

5) Der Begriff „klassisch“ hat sich ab dem 19. Jh in der Geschichtsschreibung eingebürgert, um eine Periode zu kennzeichnen, in der auf einem kulturellen Gebiet von der Nachwelt als besonders herausragend empfundene und als maßgeblich betrachtete Leistungen erbracht wurden (zB klassische griechische Plastik, Literatur der Weimarer Klassik oder Musik der Wiener Klassik). Zum Verständnis geschichtlicher Entwicklungen und Zusammenhänge trägt eine solcherart wertende Historiographie bzw. Periodisierung allerdings nicht bei.

schäftigung mit dem römischen Recht seit deren Anfängen an der Universität Bologna im 11. Jh an. Ohne das wiederentdeckte *Corpus iuris civilis* wäre es zu Rezeption* und Herausbildung einer europäischen Rechtswissenschaft und des von dieser geschaffenen gemeinen Rechts*/*ius commune* ebenso wenig gekommen wie zu den darin wurzelnden nationalen Kodifikationen* ab dem ausgehenden 18. Jh.

C. Rechtsordnung und Rechtsentstehungsquellen

1. Rechtsschichten

Im Aufbau der römischen Rechtsordnung werden Rechtsschichten unterschieden, die allerdings nicht in einem hierarchischen Verhältnis zueinanderstanden (wie heutige Normen im Stufenbau der Rechtsordnung). Seine spezifische Bedeutung erhält ein Begriff erst im Kontrast zu einer anderen Rechtsschicht. *Ius civile** bezeichnete so einmal das genuin nationalrömische und daher ausschließlich auf Träger des römischen Bürgerrechts* anwendbare Recht, insoweit es von den bei allen zivilisierten Völkern akzeptierten Normen des *ius gentium** abwich.⁶⁾ In einer auf Rom eingeschränkten Perspektive meint *ius civile* allein das auf Zwölf Tafeln, Gewohnheiten und Gesetzgebung beruhende Recht, dem das aus der rechtsschöpfenden Tätigkeit des Prätors* hervorgegangene *ius honorarium** gegenüberstand.⁷⁾ (Im Sinne der Dichotomie von *ius civile* – *ius gentium* war letzteres allerdings wiederum Teil des *ius civile*.) Die Basis des *ius gentium* sahen manche Juristen im *ius naturale**, das allerdings vom *ius gentium* verdrängt werden konnte.⁸⁾ Die Begriffe *ius publicum* und *ius privatum* (öffentliches Recht – Privatrecht) verwendete Ulpian nur, um unterschiedliche Gebiete zu charakterisieren (Ulp. D. 1,1,1,2), nicht aber um eine theoretische Unterscheidung im modernen Sinn einzuführen. *Ius publicum* war als *ius cogens** durch private Vereinbarung nicht änderbar (Pap. D. 1,1,1,2); keineswegs aber waren deswegen privatrechtliche Normen immer *ius dispositivum*.

2. Die Zwölf Tafeln

Als Ausgangspunkt ihres Rechts verstanden die Römer die Zwölf-Tafel-Gesetzgebung. Da Ereignisse der frühen römischen Geschichte* aufgrund von quellenmäßigen Unsicherheiten, Widersprüchen in der Überlieferung oder deren Kontamination mit späteren Missverständnissen oft unklar bleiben, wurde seit dem 17. Jh die Existenz dieses Gesetzgebungswerks wiederholt grundsätzlich angezweifelt. Römische Autoren jedenfalls sahen auch die Zwölf Tafeln als Folge des Ständekampfes zwischen Patriziern und Plebejern*: Der Überlieferung zufolge wurde 451 v. Chr. eine spezielle Gesetzgebungskommission aus zehn Männern eingesetzt, die zehn Tafeln erstellte; zwei weitere kamen im Folgejahr durch eine weitere Kommission hinzu. Die Zwölf Tafeln waren keine umfassende Kodifikation, sondern boten vornehmlich Regelungen für strittige Fragen; insb legten sie in einigen Bereichen Mindeststandards zum Schutz sozial Schwächerer fest (zB bei der Ladung zum Prozess oder im Vollstreckungs-

recht). Die Zwölf Tafeln beschränkten die Privatrache (bei Körperverletzung wich sie dem Talionsprinzip* mit der Möglichkeit zur Ablösung der tatsächlichen Vergeltung durch Geld) und zeigen den ersten Versuch, die Fahrlässigkeit begrifflich zu erfassen. Moderne Rekonstruktionen der Zwölf Tafeln beruhen auf meist nicht wörtlichen Zitaten bei späteren literarischen und juristischen Autoren.⁹⁾ Cicero behauptete im 1. Jh v. Chr., sie bereits als Kind auswendig gelernt zu haben und stellte ihren Wert als genuin römische Kulturleistung noch über den der griechischen Philosophie. Der unter Augustus* wirkende Geschichtsschreiber Livius erklärte sie (ungerechtfertigterweise) zur Quelle allen „öffentlichen und privaten Rechts“. Gaius verfasste noch im 2. Jh einen Kommentar zu ihnen; bis Justinian hoben Juristen immer wieder die Ehrwürdigkeit von Regelungen hervor, indem sie diese auf die Zwölf Tafeln zurückführten.

3. Die Gesetzgebung der Republik

Die Zwölf Tafeln bilden die Grundlage des *ius civile*, das in der Republik anfänglich durch die Pontifikaljurisprudenz*, später die säkulare Rechtswissenschaft weitergebildet wurde. Demgegenüber spielte formelle Gesetzgebung für die Privatrechtsentwicklung eine untergeordnete Rolle. Ein Gesetz (*lex** *publica*) wurde von der Volksversammlung¹⁰⁾ beschlossen; benannt war es nach dem/den Antragssteller(n).¹¹⁾ Republikanische Gesetze reagierten *ad hoc* auf aktuelle Probleme mit meist nur marginaler Bedeutung für das Privatrecht (zB diverse Luxusgesetze). Gesetzen gleichgestellt waren ab der *lex Hortensia* von 287 v. Chr. die in den Sonderversammlungen der *plebs* (*concilia plebis*) nach Antrag eines Volkstribuns* beschlossenen Plebiszite*. Daher wurde auch für sie die Bezeichnung *lex* verwendet (zB *lex Aquilia**). →

6) Zum *ius civile* gehört in diesem Sinn der ausschließlich römischen Bürgerinnen und Bürgern mögliche derivative Eigentumserwerb mittels *mancipatio**, während die *traditio** auch einem *peregrinus** zugänglich war. Die Zuordnung einer Norm zum *ius gentium* brachte nicht deren Übernahme aus einer fremden Rechtsordnung zum Ausdruck, sondern spiegelt die Beobachtung, dass sie auch in anderen politischen Gemeinschaften existierte, was bei altzivilen Rechtsinstituten, wie etwa der *patria potestas**, nicht der Fall war.

7) Aus dem *ius civile* kam das durch die *rei vindicatio** geschützte zivile* Eigentum, honorarrechtlich war dagegen das durch die *actio Publiciana** durchsetzbare bonitarische* Eigentum.

8) Nach *ius naturale* gelten alle Menschen als frei (vgl heute § 16 ABGB); die dieser Freiheit widersprechende Einrichtung der Sklaverei* sahen die Römer als Ergebnis des *ius gentium* (Ulp. D. 1,1,4). Eigentumserwerb konnte nach Auffassung römischer Juristen aufgrund von *ius civile* (*mancipatio*, *usucapio**), *ius gentium* (*traditio*, *occupatio** der Kriegsbeute) oder *ius naturale* (natürliche Eigentumserwerbsarten) stattfinden.

9) Zuletzt gesammelt und rekonstruiert bei Flach, Das Zwölf Tafelgesetz (2004).

10) Das römische Volk/*populus Romanus* konnte in nach unterschiedlichen Kriterien organisierten Volksversammlungen* zusammenreten. Gesetze beschloss in erster Linie die sog *comitia centuriata*, deren Aufbau sich aus der Heeresgliederung herleitete. Zwar waren dort alle männlichen Bürger stimmberechtigt, doch waren allein die Stimmen der zahlenmäßig wenigen Reichen ausschlaggebend. Diese konnten die kostspieligere Ausrüstung bestellen und bildeten so den Kern des römischen Heeres, was ihr Stimmgewicht erklärte. Bestimmte Magistrate* konnten in der Volksversammlung Gesetzesvorschläge machen; die Versammlung nahm sie an oder lehnte sie ab, abändern konnte sie diese aber nicht.

11) Doppelnamen – zB *lex Papia Poppea* – zeigen die Konsuln* als gemeinsame Antragssteller.

4. Der Prätor und sein Edikt

Ab dem 3. Jh. v. Chr. brachten die umfangreichen Eroberungen ökonomische und soziale Veränderungen in der römischen Gesellschaft mit sich, durch die sie ihren von den Zwölf Tafeln vorausgesetzten bäuerlichen Charakter abstreifte, was naturgemäß Reformen im Privatrecht erforderte. Im römischen Staat übernahm nicht die Gesetzgebung diese Aufgabe, sondern ein Justizfunktionär, der Prätor. Die Prätur war in der entwickelten republikanischen Verfassung das zweithöchste Amt,¹²⁾ dessen Hauptaufgabenbereich die Rechtspflege ist. Im Formularprozess prüfte der Prätor bei Einleitung des Verfahrens (*in iure*) abstrakt, ob für das klägerische Begehren ein anerkannter Rechtsbehelf existierte und überließ anschließend die konkrete Entscheidung darüber einem Laienrichter/*iudex** (*apud iudicem*). Die Leitlinien seiner Amtsführung publizierte jeder neue Prätor zu Beginn des Amtsjahres in seinem Edikt, das die Rechtsbehelfe aufzählte (*actiones, exceptiones, interdicta* . . .),¹³⁾ die er zu gewähren beabsichtigte. Bald verfestigte sich ein Kernbestand, der von Jahr zu Jahr gleich blieb (*edictum tralatitium*) und nur durch gelegentliche Neuerungen (*novae clausulae*) ergänzt wurde. Daneben konnte der Prätor aber auch *ad hoc* Rechtsschutz gewähren, der im Edikt so nicht vorgezeichnet war (zB durch eine *actio in factum** oder *actio utilis**). In dieser Weise entstand mit dem *ius honorarium/praetorium* eine teils das *ius civile* ergänzende (zB *actiones in factum* zur *lex Aquilia*), teils dieses durch neue Institute (zB bonitarisches Eigentum, prätorisches* Erbrecht) überlagernde Rechtsschicht. Die römischen Expansionen verstärkten auch den Rechtsverkehr mit Peregrinen, zu dessen Regelung 242 v. Chr. ein *praetor peregrinus*/Fremdenprätor eingesetzt wurde.¹⁴⁾ Im Rechtsverkehr mit Peregrinen kamen auch erstmalig aus dem *ius gentium* hergeleitete Alternativen zu den altzivilen Formalakten zur Anwendung (zB *traditio** als Ersatz für die *mancipatio**), die dann auch Eingang in das Edikt des jetzt sog *praetor urbanus*/Stadtprätors fanden. Auf Geheiß Kaiser Hadrians erstellte der Jurist Julian* um 130 n. Chr. die Endredaktion als sog *edictum perpetuum**/immerwährendes Edikt.¹⁵⁾ Damit hatte das Edikt eine endgültige Gestalt und die Prätores keine weitere Befugnis zur Rechtsfortbildung; diese war sodann beim Kaiser konzentriert. Ebenfalls gab Julian dem Edikt* der kurulischen Ädilen (das erstmals die verschuldensunabhängige Gewährleistung* für Sachmängel vorsah) über den Marktkauf von Sklaven und Zugtieren seine finale Gestalt.

5. *Senatus consulta*

Die von Augustus begründete Monarchie zeigte seit ihren Anfängen eine Tendenz, die Rechtserzeugung kaiserlicher Kontrolle zu unterwerfen. Bald schon kam die Gesetzgebung in der Volksversammlung außer Übung; stattdessen wurde der Senat* zum Gesetzgeber. In der Republik war ein Beschluss des Senats/*senatus consultum**, wie der Name sagt, nur ein rechtlich unverbind-

licher Ratschlag an die obersten Beamten, für die es aber nur opportun war, die Willensäußerung der dort versammelten politisch und ökonomisch tonangebenden Männer im Staat ernst zu nehmen. Im ersten Jahrhundert erhielten *senatus consulta* auch formell Gesetzeskraft; privatrechtlich bedeutsame waren zB das *senatus consultum Macedonianum** oder das *senatus consultum Velleianum**. Allerdings verlor der Senat seine Autonomie und passte sich den kaiserlichen Wünschen so weitgehend an, dass seine formale Beschlussfassung schließlich verzichtbar wurde und ab Ende des 2. Jh auch der kaiserliche Gesetzesantrag/*oratio principis** alleine schon Rechtsquellencharakter hatte.

D. *Constitutiones principis*

In der Hauptsache erfolgte die kaiserliche Gesetzgebung durch *constitutiones principis*/Kaiserkonstitutionen*. Unter diesen Sammelbegriff fielen vom Kaiser als Magistrat erlassene *edicta*, seine Dienstanweisungen/*mandata* an unterstellte Beamte und seine Urteile/*decreta* für Prozesse in erster oder zweiter Instanz. Die wichtigste Form war allerdings das *rescriptum*/Reskript*. Wie das *responsum** eines Juristen enthielt es die Lösung einer Rechtsfrage und nicht die Entscheidung für einen tatsächlichen Fall. Anfragen stellen konnten Beamte oder Privatpersonen und die kaiserliche Rechtsmeinung für den von ihnen mitgeteilten Sachverhalt begehren.¹⁶⁾ Das konkrete Urteil konnte dem Reskript folgen, wenn die dort zugrunde gelegten Tatsachen auch bewiesen waren. Anfänglich boten *rescripta* die Auslegung des geltenden Rechts für den Einzelfall; nach Endredaktion des Edikts wirkten sie zunehmend auch rechtsschöpfend und fanden über den konkreten Fall hinaus Beachtung. Konzipiert wurden diese Entscheidungen in spezialisierten Kanzleien (*ab epistulis* – für Anfragen von Beamten; *a libellis* – für Anfragen Privater), in denen oft bedeutende Juristen leitend tätig waren; gegenüber deren Entscheidungsvorschlägen behielt der Kaiser aber das letzte Wort.

12) Darin unterschied sich die römische von anderen italienischen Verfassungen, in denen der Prätor (wörtl *prae-itor*, der Vorangehende) das höchste Amt innehatte.

13) Als Magistrat war der Prätor Träger von *imperium*/Amtsgewalt und hatte das *ius edicendi*/Recht, Edikte zu erlassen.

14) Bis zur *constitutio Antoniniana** von 212 n. Chr. wurden die Bewohner des römischen Reichs in Römer und Peregrine unterschieden. Die Peregrinen lebten im Prinzip nach ihren lokalen, vom Reichsrecht verschiedenen Volksrechten. Quellenmäßig fassbar werden lokale Rechtsordnungen vor allem für den Bereich von Ägypten und von der juristischen Papyrusforschung* untersucht.

15) Dessen Rekonstruktion findet sich bei *Lenel*, Das edictum perpetuum³ (1927, mehrfache Nachdrucke).

16) Hierin lässt sich eine strukturelle Ähnlichkeit zum Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH nach Art 267 AEUV entdecken: Der EuGH beantwortet die ihm vorgelegte europarechtliche Rechtsfrage, auf deren Basis das nationale Organ dann die konkrete Fallentscheidung trifft. Vgl *Winkel*, Preliminary rulings of the European Court of Justice and their precursors, TR 75 (2007) 231.

→ Kontrollfragen

Welche Zwecke verfolgten die Zwölf Tafeln?

Wie wurde die römische Privatrechtsordnung in der Republik neuen Anforderungen angepasst?

Wie erhielt die *oratio principis* Gesetzeskraft?

Welche strukturellen Parallelen lassen sich zwischen einem *rescriptum* und einer Vorabentscheidung des EuGH ausmachen?

→ Zum Autor

ao. Univ.-Prof. Dr. *Richard Gamauf* lehrt am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien.

