

Rechtsbegriff und Rechtsentstehung

Herausgegeben von
STEFFEN SCHLINKER

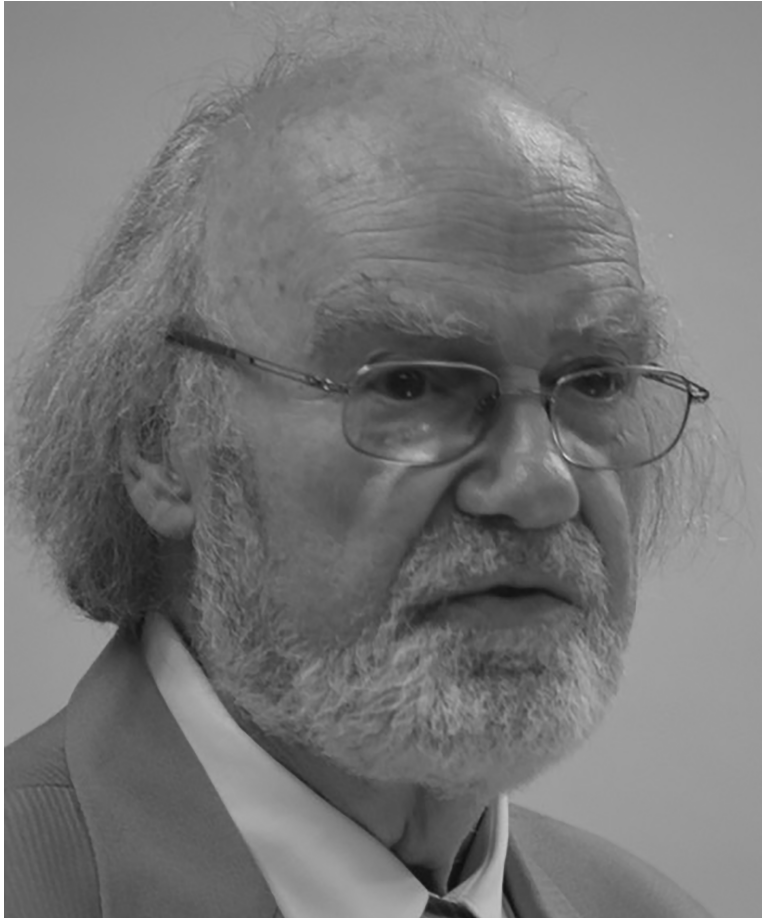


Mohr Siebeck

Rechtsbegriff und Rechtsentstehung

*Gedächtnisschrift für
Dietmar Willoweit*





Rechtsbegriff und Rechtsentstehung

*Gedächtnisschrift für
Dietmar Willoweit*

Herausgegeben von
Steffen Schlinker

Mohr Siebeck

Steffen Schlinker, geboren 1965; erstes juristisches Staatsexamen 1991, zweites juristisches Staatsexamen 1994, Promotion 1998, Habilitation 2007, als apl. Professor in Greifswald seit 2016.

ISBN 978-3-16-200473-4 / eISBN 978-3-16-200474-1
DOI 10.1628/978-3-16-200474-1

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp & Göbel, Gomaringen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Rund sechs Jahrzehnte hat Dietmar Willoweit die rechts- und verfassungsgeschichtliche Forschung geprägt, als er am 24. April 2023 als emeritierter Ordinarius für Deutsche und Bayerische Rechtsgeschichte, Bürgerliches Recht, Handelsrecht sowie Kirchenrecht und als Alt-Präsident der Bayerischen Akademie der Wissenschaften starb.¹ Um Dietmar Willoweit zu ehren, sind am 17. Juli 2024 Weggefährten und Schüler in der Neubaukirche in Würzburg zu einem Symposium zusammengekommen, das Frau Professorin Dr. Ulrike Müßig und ich gemeinsam organisiert haben. Der vorliegende Band vereinigt die im Rahmen dieser Feier gehaltenen Vorträge. Zwei weitere Texte sind hinzugekommen, zum einen die Laudatio, die Herr Professor Dr. Dr. h.c. Jan Schröder auf Dietmar Willoweit aus Anlass der Verleihung der juristischen Ehrendoktorwürde im Jahr 2011 in Tübingen gehalten hat, sowie ein Aufsatz von Herrn Rechtsanwalt Dr. Matthias Heilmeier, der an dem Symposium leider nicht teilnehmen konnte.

Die Themen dieses Buches, die Rechtentstehung und der Rechtsbegriff, haben Dietmar Willoweit vor allem in den letzten Jahren seines wissenschaftlichen Arbeitens fasziniert. In der Schrift „Gerechtigkeit und Recht. Zur Unterscheidung zweier Grundbegriffe der Jurisprudenz“ (2018) sowie in der Monographie „Rechtsdenken“ (2024) hat er dazu grundlegend Stellung genommen. In beiden Büchern hat Dietmar Willoweit der Überzeugung Ausdruck verliehen, dass subjektive Rechte durch gegenseitige Anerkennung entstehen, insbesondere durch den Abschluss von Verträgen und im Rahmen des Ausgleichs nach einer Verletzungshandlung. Konsequenterweise verstand er daher die Rechte des Einzelnen als immanent begrenzt durch die Rechte des jeweiligen Gegenübers.

Das Gedächtnis-Symposium hätte nicht stattfinden können ohne großzügige Unterstützung sowohl finanzieller als auch personeller Art. Sehr herzlich danken Ulrike Müßig und ich der Bayerischen Akademie der Wissenschaften in München, der Schulze-Fielitz-Stiftung Berlin, der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg, der Universität Passau, dem seinerzeitigen Dekan der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität, Herrn Professor Dr. Christof Kerwer, Herrn Dr. Markus Hirte (Kriminalmuseum Rothenburg ob der Tauber) sowie den engagierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Lehrstühle von Frau Professorin Dr. Ulrike Müßig (Passau), Frau Professorin Dr. Anja Amend-Traut (Würzburg) und Herrn Professor Dr. Wolfram Buchwitz (Würzburg) sowie des Dekanats der Würzburger Juristischen Fakultät.

¹ Ein ausführlicher Nachruf ist in der ZRG GA 142 (2025), 499–516, erschienen.

Herrn Professor Dr. Werner Maleczek sei herzlich gedankt für die freundliche Erlaubnis, seine Photographie von Dietmar Willoweit in diesem Band abdrucken zu dürfen.

Die Kosten der Drucklegung hat großzügig die Edgar Michael Wenz-Stiftung übernommen. Dafür danken wir der Stiftung und ihrem Vorsitzenden, Herrn Professor Dr. Horst Dreier, ebenfalls sehr herzlich.

Greifswald, am 24. April 2026

Steffen Schlinker

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Jan Dirk Harke</i> Das römische Recht – doch ein Gesetzesrecht?	1
<i>Ulrike Müßig</i> Die Aufführung der individuellen Gewissensentscheidung in Tenglers Weltgerichtsspiel – verfassungsgeschichtliche Überlegungen	21
<i>Joachim Lege</i> Am Anfang war ... Rechtsphilosophische Überlegungen zur Rechtsentstehung	43
<i>Steffen Schlinker</i> Die Formen der Rechtsentstehung am Beispiel des <i>ius in bello</i>	55
<i>Eric Hilgendorf</i> Rechtsgeschichtsschreibung und Wertfreiheitspostulat. Am Beispiel der Juristischen Zeitgeschichte	79
<i>Matthias Heilmeyer</i> Kapitalanlagefreiheit versus Kapitalanlegerschutz am historischen Beispiel der Beurkundungspflicht des Gründungsakts bei Aktiengesellschaften . . .	97
<i>Jan Schröder</i> Inneregesellschaftliches Recht bei Dietmar Willoweit und bei Eugen Ehrlich	117
Epilog	
<i>Wolfgang Riedel</i> Dietmar Willoweit als Präsident der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. Auch eine persönliche Erinnerung	133

Jan Schröder

Laudatio zur Verleihung der Ehrendoktorwürde durch die Juristische
Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen an Dietmar Willoweit
am 16. Dezember 2011 137

Schriftenverzeichnis 143

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 175

Das römische Recht – doch ein Gesetzesrecht?

Jan Dirk Harke

I. Einführung

In seiner postum erschienenen Monographie „Rechtsdenken“, in der das große Werk von *Dietmar Willoweit* seinen Abschluss findet, geht er auch auf das römische Recht ein. Er verfolgt dabei eine Spur der Rechtsentstehung aus intersubjektiven Beziehungen, in der er eine der staatlichen Gesetzgebung ebenbürtige Rechtsquelle erkennt. Er findet sie im sogenannten *ius gentium*, dem Völkergemeinrecht.¹ Für die Römer war es der Inbegriff der Regeln, die so selbstverständlich sind, dass sie bei allen Völkern und unabhängig von einer staatlichen Gesetzgebung gelten. Rezipiert werden sie vor allem im Edikt des Prätors. In den hier veröffentlichten Rechtsschutzverheißungen sieht *Willoweit* den von ihm auch andernorts beobachteten „Vorrang des subjektiven Rechts“ am Werke; denn die im Edikt zugelassenen Klagen und Einreden knüpfen an die Rechtsbegehren der Einzelpersonen an, denen der Prätor Durchsetzung verspricht.² Die hieran anknüpfende Tätigkeit der römischen Jurisprudenz habe eine Rechtsordnung geschaffen, die aus zwischenmenschlichen Beziehungen und frei von staatlicher Gewalt entstanden sei.³

Dass sich das römische Recht weitgehend ohne die Hand eines Gesetzgebers entwickelt hat, ist eine schon seit langem verbreitete Überzeugung. Sie entspricht insbesondere der Ansicht von *Franz Wieacker*,⁴ auf den *Willoweit* ausdrücklich Bezug nimmt, und gipfelt in dem bekannten Diktum von *Fritz Schulz*, das römische Volk sei zwar das „Volk des Rechts“, aber eben „nicht das Volk des Gesetzes“.⁵ Ihre Grundlage findet diese Einschätzung in den Anfang des 20. Jahrhunderts vorgelegten Untersuchungen von *Giovanni Rotondi*, der sämtliche Volksgesetze durchgesehen⁶ und hier nur eine beschränkte Zahl von Normen gefunden hat, die sich auf das Privatrecht beziehen. Diesen wenigen Gesetzen attestiert er eine gesellschaftspolitische Zielsetzung und sieht in ihnen eine Ausnahme vom eigentlichen

¹ *Willoweit*, Rechtsdenken. Zwischen innergesellschaftlicher Rechtsbildung und hoheitlicher Rechtssetzung, 2024, 47ff.

² *Willoweit* (Fn. 1), 49.

³ *Willoweit* (Fn. 1), 51.

⁴ *Wieacker*, *Lex Publica*, Gesetz und Rechtsordnung im römischen Freistaat, in: ders., *Vom römischen Recht*, 2. Aufl., 1961, 45, 57ff., 66.

⁵ *Schulz*, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1954, 4.

⁶ *Rotondi*, *Leges publicae populi romani*, 1912.

Privatrecht, das durch die römische Rechtswissenschaft und den Prätor geprägt sei.⁷

Rotondis Befund und die Charakterisierung des römischen Rechts als gesetzearm sind in jüngster Zeit zum Gegenstand der Diskussion geworden. Angestoßen hat sie *Dario Mantovani*. In seiner Studie zur „Legum multitudo“, die mittlerweile als Buch in einer von *Ulrike Babusiaux* besorgten deutschen Übersetzung⁸ erschienen ist,⁹ vertritt er die Auffassung, das römische Privatrecht sei weitaus stärker von Volksgesetzen geprägt als bislang angenommen. In seiner Zählung kommt er auf 58 statt wie *Rotondi* auf 32 einschlägige Gesetze.¹⁰ Dass sie in erster Linie in den als simples Lehrbuch konzipierten Institutionen des Gaius und weniger in Justinians Digesten belegt sind, zeigt für *Mantovani*, dass es hier zu einer „Delegifizierung“ der klassischen Quellen kam.¹¹ Sie sei vor allem auf der Ebene der Textauswahl erfolgt, bei der in den Schriften der Klassiker bewusst die umfangreichen Abschnitte zu Volksgesetzen und Senatsbeschlüssen übergangen worden seien.¹²

*Mantovani*s Vorstoß hat Unterstützung,¹³ aber auch Widerspruch erfahren. Die Kritik konzentriert sich dabei freilich auf die Beurteilung genereller Äußerungen der römischen Juristen und schöngeistiger Autoren sowie die Wahrscheinlichkeit der Delegifizierungshypothese.¹⁴ Noch nicht erfolgt ist hingegen eine Analyse der überlieferten Gesetze auf ihren Stellenwert in der römischen Privatrechtsordnung. Man kann sie auf zweierlei Weise angehen: Einerseits lässt sich untersuchen, wie stark sich die römischen Juristen bei der Rechtsfindung an Gesetze gebunden fühlen. Andererseits kann man versuchen, die Regelungsdichte zu bestimmen, mit der die *leges* einen bestimmten Bereich prägen. Hier gilt es jeweils nach dem Normierungsbedarf und danach zu fragen, ob er durch die uns bekannten Gesetze gedeckt wird oder diese vielmehr einen privatrechtsfremden Zweck verfolgen.

⁷ *Rotondi*, Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato, in: Scritti giuridici, 1922, Bd. 1, 1, 4 ff., 20 ff.

⁸ *Mantovani*, Legum multitudo. Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht, 2018.

⁹ Das italienischsprachige Original findet sich in Ferrary (Hrsg.), La legge nell'esperienza giuridica romana, 2012, 707767.

¹⁰ *Mantovani* (Fn. 8), 39 ff.

¹¹ *Mantovani* (Fn. 8), 62 ff.

¹² *Mantovani* (Fn. 8), 75 ff.

¹³ Vor allem bei *Babusiaux* in der Einleitung zu ihrer Übersetzung des Beitrags von *Mantovani* (vgl. Legum multitudo (Fn. 8), 5 ff.) und bei *Stagl*, Die Bedeutung von leges publicae im römischen Recht. Der Beitrag Mantovani zur legum multitudo und die Frage der Privatautonomie bei den Römern, SZ 2016, 338 ff. (eine überarbeitete Fassung bildet das Nachwort von Legum multitudo, S. 110 ff.).

¹⁴ *Santucci*, Legum inopia e diritto privato, Riflessioni intorno ad un recente contributo, SDHI 80 (2014) 373 ff., *Forschner/Haubner*, Kein Volk der Gesetze. Anmerkungen zu *Mantovani*: These der legum multitudo im römischen Privatrecht, SZ 2019, 322 ff. *Mantovani* hat hierauf bereits reagiert; vgl. ders. (Fn. 8), 100 ff. und ders., Legum multitudo. Diskussionen und Perspektiven aus Anlass einer Übersetzung, SZ 2022, 338, 341 ff.

II. Ein Musterbeispiel gesetzeseleiteter Rechtsfindung: die Deliktshaftung

Während sich diese Untersuchung immerhin überblicksartig für sämtliche 58 *leges publicae* leisten lässt, kann man sich bei der Beurteilung des Umgangs der römischen Jurisprudenz mit Gesetzen zwangsläufig nur auf eine Fallstudie beschränken. Hierfür bietet sich vor allem die *lex Aquilia* an, die das Rückgrat der Deliktshaftung bildet und von den römischen Juristen intensiv behandelt wird. Nach traditioneller Datierung handelt es sich um ein Volksgesetz aus dem Jahre 286 v. Chr. mit zwei wichtigen Bestimmungen. Sein erstes Kapitel gilt der Tötung von Sklaven und Großvieh, das dritte sanktioniert deren Verletzung sowie die aller anderen Tiere, deren Tötung und die Beschädigung von Sachen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes hängt die hierfür verhängte Bußleistung davon ab, dass der Schädiger etwas widerrechtlich verbrannt, zerrissen oder zerbrochen (*ruperit*) hat. Schon die Juristen der republikanischen Periode setzen sich über diese Beschränkung hinweg, indem sie die Tathandlung des „Zerbrechens“ – „*rumperere*“ – im Sinne von „Beschädigen“ – „*corrumpere*“ – verstehen.¹⁵

Der genetische Zusammenhang beider Verben täuscht darüber hinweg, dass sie grundlegend verschiedene Bedeutungen haben. Die Uminterpretation von „*rumperere*“ in „*corrumpere*“ bewirkt, dass die aquilische Haftung völlig vom Erfordernis einer bestimmten Tatausführung entkoppelt wird. Es reicht hin, dass ein Schaden unrechtmäßig durch Körperverletzung oder Sachbeschädigung herbeigeführt wird. Obwohl sich der Anwendungsbereich der Haftung damit dramatisch erweitert, geht die Anbindung an das Gesetz doch nicht verloren. Der Hochklassiker Celsus erklärt, warum neben dem allumfassenden „*corrumpere*“ im Wortlaut des Gesetzes noch die beiden anderen Tatbestandsvarianten genannt werden. Nach seiner Ansicht entspricht es einer anerkannten Gesetzestechnik, zunächst Spezialtatbestände aufzuführen, bevor eine Generalklausel folgt.¹⁶

Trotz der Ausdehnung des Tatbestands wird die Haftung also nach wie vor auf das Gesetz zurückgeführt. Und die Juristen differenzieren genau zwischen den

¹⁵ D. 9.2.27.13 Ulp 18 ed: „Inquit lex ‚ruperit‘. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt ‚corruerit‘.“ („Das Gesetz sagt, er hat zerrissen“. Fast alle alten Juristen haben diesen Ausdruck so verstanden: er hat beschädigt.“)

¹⁶ D. 9.2.27.15-16 Ulp 18 ed: „Cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiauit, agi posse Aquilia Celsus ait, quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur. (16) Et non negat fractum et ustum contineri corrupti appellatione, sed non esse novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subiciat verbum, quo specialia complectatur: quae sententia vera est.“ („Gegen jemanden, der Wein verschnitten, ausgegossen, zu Essig gemacht oder auf andere Weise verdorben hat, kann, wie Celsus schreibt, aus dem aquilischen Gesetz geklagt werden, weil vergossener oder zu Essig gemachter Wein von dem Begriff einer beschädigten Sache erfasst wird. (16) Und er leugnet nicht, dass die Ausdrücke „zerbrochen“ und „verbrannt“ in dem Begriff „beschädigt“ enthalten sind; aber es sei nicht neu, dass ein Gesetz nach Aufzählung spezieller Fälle einen allgemeinen Begriff verwendet, in dem die speziellen enthalten sind; diese Ansicht ist richtig.“) Hierzu ausführlich *Harke*, *Argumenta Iuventiana*, 1999, 60 ff.

hiervon erfassten Fällen und anderen Arten einer Schädigung. Celsus verneint beispielsweise eine Haftung nach dem Gesetz, falls jemand nicht in die Sachsubstanz eingreift, sondern dem Eigentümer dadurch einen Schaden zufügt, dass er Unkraut zwischen Nutzpflanzen sät. Hier will er eine *actio in factum* gewähren, also eine auf den Einzelfall zugeschnittene Klage.¹⁷

Der Vorteil dieser Lösung ist, dass dem Gerichtsmagistrat ein gewisser Spielraum zusteht, ob er den einzelnen Fall analog zu den gesetzlich vertypeten Schädigungsarten behandeln will. Dies gilt auch, wenn es um die Haftung für Tötung nach dem ersten Kapitel der *lex Aquilia* geht. Hier differenziert Celsus zwischen dem „*occidere*“ des gesetzlichen Tatbestands und „*mortis causam praestare*“. Dieser Begriff ist weiter und erfasst auch Fälle indirekter Schädigung, etwa solche, bei denen das Opfer die totbringende Handlung selbst ausführt.¹⁸

Andere Juristen bringen dies auf die Formel, dass der Schädiger, um unmittelbar aufgrund des Gesetzes haftbar zu sein, den Schaden durch Körperkontakt – „*corpore suo*“ – zugefügt haben muss.¹⁹ Wo dies nicht der Fall ist, soll für die Haftung

¹⁷ D. 9.2.27.14 Ulp 18 ed: „Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinare, non solum quod vi aut clam dominum posse agere [...] sed et in factum agendum [...] nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.“ („Und Celsus überlegt, ob, wenn du Samen von Unkraut in die Saat gestreut und sie so verunreinigt hast, der Eigentümer nicht nur mit dem Interdikt „was gewaltsam oder heimlich“, sondern auch mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage vorgehen kann [...] denn es ist eine Art von Schaden, eine Sache selbst zu beschädigen und zu verändern, so dass das aquilische Gesetz Platz greift, und eine andere, etwas ohne Veränderung der Sache hinzuzufügen, dessen Sondernung beschwerlich ist.“)

¹⁸ D. 9.2.7.6 Ulp 18 ed: „Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum.“ („Celsus aber sagt, es mache einen großen Unterschied, ob jemand getötet oder nur die Ursache für den Tod gesetzt habe, so dass, wer nur die Ursache für den Tod gesetzt hat, nicht aufgrund des aquilischen Gesetzes, sondern mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage hafte. Er führt hierfür als Beispiel denjenigen an, der anstelle einer Arznei Gift gereicht hat, und sagt, dieser habe nur die Ursache für den Tod gesetzt, und zwar genauso wie derjenige, der einem Geisteskranken ein Schwert in die Hand gegeben hat; denn auch dieser hafte nicht aufgrund des aquilischen Gesetzes, sondern mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage.“) Hierzu Harke (Fn. 16), 54 ff.; vgl. auch dens., Ansprüche aus Delikten an Sklaven, Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei, Bd. III.2, 2013, 78 (Text 89).

¹⁹ Vgl. Gai 3.219: „Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, veluti si [...] quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is si ascendendo aut descendendo ceciderit, aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit [...]“ („Im Übrigen gilt, dass nach diesem Gesetz eine Klage nur gegeben ist, wenn jemand den Schaden durch körperliche Einwirkung zugefügt hat; deshalb pflegt man gegen denjenigen, der den Schaden auf andere Weise zugefügt hat, zweckdienliche Klagen zu gewähren, wie zum Beispiel wenn [...] jemand einen fremden Sklaven überredet hat, auf einen Baum oder in einen Brunnen zu steigen, wenn der Sklave beim Hinaufklettern oder Hinabsteigen gestürzt und entweder zu Tode gekommen ist oder sich an irgendeinem Körperteil verletzt hat.“) – Zur Äquivalenz der Begriffe „*actio in factum*“ und „*actio utilis*“ Harke, Actio utilis. Anspruchsanalogie im römischen Recht, 2016, 121 ff.

in Analogie zur *lex Aquilia* aber zumindest eine körperliche Beeinträchtigung des betroffenen Sklaven oder der betroffenen Sache erforderlich sein. Einen reinen Vermögensschaden, der nicht aus einer Körperverletzung oder Sachbeschädigung resultiert, lässt erst Justinian ausreichen.²⁰ Wie wörtlich man seine Äußerung nehmen kann, ist kaum zu sagen. Denn der angefügte Beispielsfall, in dem jemand einem fremden Sklaven die Fesseln löst und so die Flucht ermöglicht, passt offensichtlich nicht zur allgemeinen Regel. Er stammt aus einer Abhandlung zur Haftung mit der Arglist- oder Diebstahlsklage²¹ und ist vielleicht die Ursache dafür, dass sich die justinianischen Redaktoren einer unbedachten Formulierung bedient haben.

Auch in einem zweiten wichtigen Punkt hält sich die römische Jurisprudenz an den Geist des Gesetzes. Obwohl die hier bestimmte Haftung des Schädigers nicht nur Schadensersatz gewähren, sondern zugleich Strafe für den Täter sein soll, verweigern die Juristen dem Geschädigten entschieden einen Ausgleich für das immaterielle Interesse, das er an dem verletzten Menschen oder der beschädigten Sache hat. Dies gilt insbesondere in dem Fall, dass es sich bei einem getöteten Sklaven um den natürlichen Sohn seines Eigentümers handelt. Ungeachtet dieser besonderen emotionalen Bindung soll sich die Bußzahlung allein nach dem Marktwert des Sklaven orientieren, weil sie durch das Gesetz auf das *damnum*, also den erlittenen materiellen Schaden, fixiert ist.²² So beachten die Juristen das Konzept des Gesetz-

²⁰ IJ 4.3.16: „[...] sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.“ („[...] Wird der Schaden jedoch nicht durch körperliche Einwirkung zugefügt und auch kein Körper verletzt, sondern entsteht jemandem auf andere Weise ein Schaden, haftet der Schuldige, weil weder die unmittelbare noch eine zweckdienliche aquilische Klage in Betracht kommt, nach allgemeiner Meinung mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage: wie zum Beispiel, wenn jemand aus Mitleid einem fremden Sklaven die Fesseln löst, damit er fliehen kann.“)

²¹ D. 4.3.7.7 Ulp 11 ed: „Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.“ („Labeo fragt auch, ob die Klage wegen Arglist zu gewähren sei, wenn du meinen gefesselten Sklaven befreit hast, damit er fliehen konnte. Und Quintus merkt zu Labeo an: Hast du es nicht aus Mitleid getan, haftest du mit der Diebstahlsklage; hast du es aus Mitleid getan, sei eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage zu gewähren.“) Hierzu *Harke*, (Fn. 19), 123 f.

²² D. 9.2.33pr Paul 2 Plaut: „Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiore esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, [...] in lege enim Aquilia damnum consequimur: et amississe dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.“ („Hast du meinen Sklaven getötet, sind nach meiner Ansicht Gefühle nicht in die Schätzung einzubeziehen, sondern nur, welchen Wert er für jeden hat, wie zum Beispiel, wenn jemand deinen leiblichen Sohn tötet, den du für einen hohen Preis gekauft hättest. Auch Sextus Pedius schreibt, die Werte von Gegenständen seien nicht nach den mit ihnen verbundenen Gefühlen oder nach ihrem individuellen Nutzen, sondern allgemein zu bestimmen. Daher sei derjenige, der seinen leiblichen Sohn besitzt, nicht deshalb reicher, weil er ihn, wenn ein anderer ihn besäße, zu einem sehr hohen Preis

gebers. Mit Erlass der *lex Aquilia* hat er sich dazu entschieden, die Sanktion immaterieller Schäden grundsätzlich dem Kriminalrecht zu überlassen und im Privatrecht nur noch mit der Haftung für Ehrverletzung zu erfassen.²³ Aus diesem Grunde spart die *lex Aquilia* auch vollkommen die Verletzung oder Tötung eines freien Menschen aus, weil dieser im Gegensatz zu einem Sklaven keinen in Geld zu messenden Wert hat. Die klassischen Juristen halten zwar auch in diesem Fall einen Analogieschluss für zulässig; sie beschränken die Haftung aber eben auf die Heilungskosten und einen möglichen Einkommensverlust, also die materiellen Folgen der Tat.²⁴

Wie man sieht: Existiert für einen gewissen Bereich eine gesetzliche Regelung, hält sich die römische Jurisprudenz auch daran. Zwar weitet sie den Anwendungsbereich durch mitunter gewagte Interpretation und ansonsten im Wege von Analogieschlüssen aus. Sie vernachlässigt dabei aber nie den Sinn und Zweck des Gesetzes und zeigt sich sogar erpicht darauf, die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung durch ergänzende Klagen deutlich zu ziehen. Für die Delikts haftung als eine zentrale Materie des Privatrechts lässt sich also schwerlich behaupten, das römische Recht sei nicht gesetzeseleitet.

III. Varianz in Regelungsdichte und -zielen

Allerdings spielt die *lex Aquilia* in gewisser Hinsicht eine Sonderrolle. In anderen Bereichen des Privatrechts fehlt es nämlich an einem solchen Grundgesetz, das sich zumindest im Wege seiner Interpretation zu einer umfassenden Regelung machen

zurückkaufen würde [...] Nach dem aquilischen Gesetz erlangen wir nämlich nur unseren Schaden ersetzt; und wir haben ihn insoweit erlitten, als wir etwas hätten erlangen können oder gezwungen sind, etwas aufzuwenden.“) Hierzu ausführlich Harke, Tryphonin, Papinian und die Rücksicht auf immaterielle Nachteile im Schuldrecht, SZ 2021, 274, 286ff.; vgl. auch dens. (Fn. 18), 84f. (Text 99).

²³ Es geht also nicht, wie zuweilen behauptet wird, um die Zurückstufung eines Sklaven zu einer Sache; vgl. Harke (Fn. 18), 22f.

²⁴ D. 9.2.5.3, 7pr Ulp 18 ed: „[...] sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito [...] (7pr) Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.“ („[...] Ein Schuster schlug, wie er [Julian] sagt, einem bei ihm lernenden freigeborenen Haussohn, der nicht gut ausführte, was er ihm gezeigt hatte, mit einem Leisten derart ins Genick, dass der Junge ein Auge verlor. Julian sagt nun aber, die Injurienklage sei nicht zuständig, weil er nicht mit dem Ziel einer Ehrverletzung geschlagen habe, sondern um zu ermahnen und zu belehren. Er zweifelt, ob die Klage aus der Verdingung gegeben sei, da einem Lehrer nur eine leichte Züchtigung erlaubt ist; ich zweifle aber nicht daran, dass nach dem aquilischen Gesetz geklagt werden könne. [...] (7pr) Mit dieser Klage könne der Vater, wie er sagt, erlangen, was er wegen des verlorenen Auges seines Sohnes weniger an Arbeitsleistungen erziele, sowie die Aufwendungen, die er für seine Heilung gemacht habe.“) Hierzu eingehend Harke (Fn. 19), 119ff.; vgl. auch dens. (Fn. 18), 51 ff. (Text 39).

lässt. Die von *Mantovani* erstellte Liste der *leges publicae* mit privatrechtlichem Inhalt nimmt sich auf den ersten Blick wie eine disparate Sammlung von Normen unterschiedlichen Abstraktionsgrades aus, die statt einer Systematik eher Maßnahmencharakter haben und von politischen Absichten jenseits des Interessenausgleichs zeugen. Dieser Eindruck schwindet freilich, wenn man die Gesetze nach Sachgebieten ordnet und jeweils danach fragt, welchen Regelungsbedarf es hier überhaupt gibt.

1. Zwangsvollstreckung

Noch vor Erlass der *lex Aquilia* bewirkt ein Gesetz eine grundlegende Reform der Zwangsvollstreckung. Das Zwölftafelgesetz erlaubte einem Gläubiger noch den Zugriff auf die Person des Schuldners, indem er ihn als Sklave verkaufen durfte. Verwehrt wird ihm dies im praktisch wichtigsten Fall eines Darlehens bereits durch eine *lex Poetelia* von 326 oder 313 v. Chr.,²⁵ wenn der Schuldner einen Offenbarungseid schwört.²⁶ Der Gläubiger kann sich unter diesen Umständen allein an das Vermögen des Schuldners halten.²⁷ Dieser muss nur noch hinnehmen, fortan als infam zu gelten, was vor allem mit dem Verlust politischer Beteiligungsrechte verbunden ist. Auch diesen Nachteil erspart ihm schließlich eine unter Augustus um 17 v. Chr. ergangene²⁸ *lex Iulia de bonis cendendis*.²⁹ Sie gibt allen Schuldnern die Möglichkeit zur Abtretung ihres Vermögens, das den Gläubigern dann zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens zur Verfügung steht. Trotz des großen zeitlichen Abstands sind beide Gesetze von gleicher Tendenz und grundlegender Bedeutung, indem sie für eine Ablösung der inhumanen Personalexekution und die Umstellung auf eine Vermögensvollstreckung sorgen. Sie tragen damit erheblich zur Rationalisierung des Zivilverfahrens und zur Trennung vom Strafrecht bei.

Gleichfalls schuldnerfreundlich, aber weniger intensiv ist der Eingriff, den das Vollstreckungsrecht durch die *lex Vallia* erfährt. Sie betrifft noch die im alten Le-

²⁵ Zur Datierung *Rotondi* (Fn. 6), 230.

²⁶ Dessen Bezeichnung als „*bonam copiam iurare*“ (Varro 7.105) erweckt den unzutreffenden Eindruck, der Schuldner sage die Befriedigung des Gläubigers aus seinem Vermögen (so *Rotondi*, (Fn. 6), 231) oder zumindest mit seinen Diensten (so *Behrends*, *Der Zwölftafelprozeß. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, 1974, 167) zu. Es kann aber nur um die Beteuerung der Leistungsunfähigkeit gehen; vgl. *Klinck*, *Die vorklassische Personalvollstreckung wegen Darlehensschulden nach der lex Poetelia*, SZ 2013, 393, 396 ff.

²⁷ Kaum missverständlich ist in dieser Hinsicht Livius 8.28.8: „[...] pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset.“ („[...] für das Darlehen sollte nur das Vermögen des Schuldners, nicht sein Körper haften.“) Gleichwohl nehmen *Kaser/Hackl*, *Das römische Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl., 1996, 145 und *HRP/Willems*, § 14 Rn. 3 an, die *lex Poetelia* habe die Personalexekution nicht schlechthin abgeschafft, sondern lediglich die Fesselung des Schuldners verboten und Raum für eine Schuldknechtschaft gelassen. Richtig hingegen *Klinck* (Fn. 26) 393, 395 ff.

²⁸ Vgl. *Rotondi* (Fn. 6), 451.

²⁹ Erwähnt ist sie bei Gai 3.78.

gisaktionenverfahren für die Zwangsvollstreckung zuständige *legis actio per manus iniunctionem* und erlaubt einem Schuldner, die rituelle Auflegung der Hand durch den Gläubiger statt durch Stellung eines Bürgen damit zu beantworten, dass er sie selbst wegstößt.³⁰

2. Erkenntnisverfahren

Ein ähnliches Bild wie die Regelung der Zwangsvollstreckung bieten die *leges publicae* zum Erkenntnisverfahren: Es gibt zwar auch hier Gesetze mit eher geringfügiger Reichweite, aber auch zwei große Reformen, die dazu führen, dass der Formularprozess das alte Legisaktionenverfahren ablöst.

Noch auf den älteren Prozessmodus bezieht sich eine *lex Pinaria* von unbekannter Entstehungszeit.³¹ Sie führt eine dreißigtägige Frist ein, innerhalb derer die Parteien nach der Einleitung des Prozesses vor dem Gerichtsmagistrat auf die Bestellung eines Richters warten müssen.³² Diese Bestimmung soll ersichtlich die gütliche Beilegung des Rechtsstreits fördern.³³ Spezieller ist die ebenfalls nicht zu datierende³⁴ *lex Creperia*. Sie beschränkt sich darauf, den Betrag für ein präjudizielles Versprechen, mit dem vor dem Hundertmännergericht indirekt um das Eigentum an einer Sache oder Erbschaft gestritten wird, von 25 auf 125 Sesterze hochzusetzen.³⁵

Von nicht zu unterschätzender Tragweite sind hingegen die beiden Gesetzesvorhaben, mit denen die Einführung des Formularprozesses betrieben wird. Es handelt sich um eine *lex Aebutia*, die vermutlich im zweiten vorchristlichen Jahrhundert ergangen ist,³⁶ und zwei augusteische Gesetze von 17 v. Chr.³⁷ Während die *lex Aebutia* in heute unbekannter Form für die Zulassung des Formularprozesses sorgt, wird das alte Legisaktionenverfahren durch die *leges Iuliae* nahezu vollständig, nämlich bis auf Klagen wegen drohenden Gebäudeschadens und Verfahren vor dem Hundertmännergericht, abgeschafft.³⁸ Wie wichtig schon die *lex Aebutia* war, zeigt sich darin, dass ihr Aulus Gellius in seinen *Noctes Atticae* attestiert, den gesamten Traditionsballast der Zwölf Tafeln „eingeschläfert“ zu haben – „omnis illa duodecim tabularum antiquitas [...] lege Aebutia lata consopita sit“.³⁹ Es muss sich also um eine Reform von überragender Bedeutung handeln. Sie hat auch zur Entstehung neuer Figuren des materiellen Rechts geführt, weil sie dem Prätor die Schöpfung neuer Prozessformeln ermöglicht oder zumindest erleichtert hat.

³⁰ Gai 4.25.

³¹ Vgl. *Rotondi* (Fn. 6), 472f.

³² Gai 4.15.

³³ HRP/*Babusiaux*, § 6 Rn. 51.

³⁴ Vgl. *Rotondi* (Fn. 6), 479.

³⁵ Gai 4.95.

³⁶ Zu dieser sehr unsicheren Einordnung *Rotondi* (Fn. 6), 304f.

³⁷ Vgl. *Rotondi* (Fn. 6), 448.

³⁸ Gai 4.30-31.

³⁹ Gell 16.10.8.

Wieder spezieller, aber gleichfalls von erheblicher Innovationskraft ist eine *lex Glitia*. Vermutlich unter Tiberius entstanden, etabliert sie wohl ein Verfahren für die Beschwerde gegen ein pietätloses Testament – die *querela inofficiosi testamenti*.⁴⁰ So schafft sie eine institutionelle Grundlage für Eingriffe in die Testierfreiheit, die schließlich ein regelrechtes Pflichtteilsregime zeitigen.⁴¹

3. Deliktsrecht

Die Gesetze, die das Deliktsrecht betreffen, haben mit Ausnahme der *lex Aquilia* keine grundlegende Bedeutung, sondern betreffen vergleichsweise spezifische Schädigungstatbestände. Dies gilt sogar für den zweiten Abschnitt des aquilischen Gesetzes. Er ist nicht der Körperverletzung oder Sachbeschädigung gewidmet, sondern sieht die Haftung eines Nebengläubigers vor, der eine Schuld zum Nachteil des Hauptgläubigers erlassen hat.⁴² Mehr Potential zur Verallgemeinerung hat eine *lex Laetoria*, die im dritten oder zweiten Jahrhundert v. Chr. ergeht. Sie sieht eine mittels Popularklage durchzusetzende Strafe für denjenigen vor, der vorsätzlich einen Minderjährigen unter 25 Jahren übervorteilt,⁴³ und regt später den Prätor zur Schaffung eines verschuldensunabhängigen Rechts auf Wiedereinsetzung an. Wieder spezieller ist eine *lex Pesolania*, durch die eine schon im Zwölftafelgesetz vorgesehene Halterhaftung für vierfüßige Herdentiere auf Hunde ausgedehnt wird.⁴⁴ Bloß die Verfolgung eines ebenfalls schon im Zwölftafelgesetz geregelten Delikts betrifft eine *lex Hostilia*, die eine Verfolgung der Tat in Prozesstandschaft für einen verhinderten Geschädigten vorsieht.⁴⁵

4. Sachenrecht

Gesetze mit sachenrechtlichem Gegenstand sind überaus rar und betreffen vor allem die Ersitzung. Durch eine wohl schon im zweiten Jahrhundert v. Chr. erlassene⁴⁶ *lex Atinia* wird sie bei Diebstahl⁴⁷ und durch *lex Plautia* aus der Zeit um 70 v. Chr.⁴⁸ bei einer gewaltsamen Sachentwendung⁴⁹ und damit auch bei der Vertreibung von einem Grundstück ausgeschlossen.⁵⁰ Auf Immobilien bezieht sich

⁴⁰ D. 5.2.4 Gai sing ad legem Glitiam. Vgl. *Buongiorno*, Ad legem Glitiam. Eine rätselhafte *lex publica*, die *fasti* der Jahre 21 und 22 n. Chr. und die Gestalt der kognitorischen *querela inofficiosi testamenti* im 1. Jhd. n. Chr., SZ 2015, 96, 101 ff.

⁴¹ Für wichtig hält sie zu Recht auch *Stagl*, Nachwort (Fn. 13), 122 Fn. 63.

⁴² Gai 3.215-216.

⁴³ Cic nat deor 3.74 spricht von einem „iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria“.

⁴⁴ PS 1.15.1.

⁴⁵ IJ 4.10pr.

⁴⁶ *Rotondi* (Fn. 6), 291.

⁴⁷ Gell 17.7.1; D. 41.3.4.6 Paul 54 ed.

⁴⁸ Zur Datierung *Rotondi* (Fn. 6), 377 f.

⁴⁹ Gai 2.45.

⁵⁰ Vgl. HRP/*Klinck*, § 44 Rn. 26.

ebenfalls eine *lex Scribonia*,⁵¹ die vielleicht aus dem Jahre 50 v. Chr. stammt und die zuvor mögliche Ersitzung einer Dienstbarkeit ausschließt.⁵² Ebenso wie die an Delikte anknüpfenden älteren Ersitzungsverbote dient sie erkennbar dem Interessenausgleich, weil sie den Erwerber eines Grundstücks vor einer nicht dokumentierten Belastung schützt. Sind die Gesetze auf dem Gebiet des Sachenrechts demnach nicht von einer privatrechtsfremden Motivation getragen, handelt es sich aber doch um sehr punktuelle Bestimmungen. Allgemeine Regeln zur Entstehung, Reichweite und Konkurrenz der dinglichen Rechte sind der Jurisprudenz überlassen, die auch durch die Rechtsschutzverheißungen im prätorischen Edikt nur begrenzt Hilfestellung erfährt.

5. Vertragsrecht

Weiten Spielraum hat die Rechtswissenschaft auch im Vertragsrecht, wo sich die Gesetzgebung vor allem in Form von Verboten und Beschränkungen für bestimmte Geschäfte bemerkbar macht. Eine nicht gering zu achtende Neuerung bewirken freilich eine *lex Silia* und eine *lex Calpurnia*. Mit ihnen wird im dritten oder zweiten Jahrhundert v. Chr.⁵³ der Vorläufer der *condictio*, einmal für Geldforderungen, das andere Mal für die Forderung bestimmter Sachen, eingeführt⁵⁴ und der Anspruch aus formlosem Darlehen als Prototyp des Realvertrags klagbar.⁵⁵

Dem Darlehen, allerdings in seiner verzinslichen und durch Stipulation abzuschließenden Variante, gilt auch eine *lex Marcia* aus unbekannter Zeit, die einen leicht durchsetzbaren Anspruch auf Rückgewähr von Wucherzinsen einführt.⁵⁶ Auch wenn sie eine schuldnerfreundliche und gläubigerfeindliche Tendenz hat, bleibt sie durchaus dem Ziel eines Ausgleichs der Parteiinteressen treu, die beim Darlehensvertrag im Lichte des besonders hohen Verschuldungsrisikos zu bewerten sind. Dramatisch gesteigert ist es im Fall der Darlehensgewährung an einen Haussohn wegen dessen fehlender Vermögensfähigkeit. Die hieran anknüpfende Praxis der Vereinbarung einer Rückzahlung beim Tod des Vaters wird durch eine *lex Claudia* aus dem Jahr 47 n. Chr. untersagt.⁵⁷

Weniger speziell sind die zahlreichen *leges publicae*, die zum Schutz von Bürgen geschaffen sind. Deren älteste ist wohl eine *lex Publilia*,⁵⁸ die den Regress eines Bürgen gegen den Hauptschuldner erleichtert, wenn dieser ihn nicht innerhalb von

⁵¹ D. 41.3.4.28 Paul 54 ed.

⁵² Vgl. *Rotondi* (Fn. 6), 414; *Möller*, Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstücksvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht, 2010, 247 ff.

⁵³ *Rotondi* (Fn. 6), 261 ff. ordnet die eine vor, die andere nach *lex Cincia* von 204 v. Chr. ein.

⁵⁴ Gai 4.17b, 19-20.

⁵⁵ So richtig *Kaser/Hackl* (Fn. 27), 112; HRP/Wegmann-Stockebrand, § 68 Rn. 21; anders *Behrends* (Fn. 26), 99 ff.

⁵⁶ Gai 4.23.

⁵⁷ Tac ann 11.13.2.

⁵⁸ Vgl. *Rotondi* (Fn. 6), 473.