



## GdR Aufsatz

Ahmet Arslan\*

# Der *ius*-Begriff im römischen Recht

*Ius* ist ein eigenrömischer, juristisch-technischer Begriff und eines der am häufigsten benutzten Wörter in der römischen Rechtsgeschichte. Die Ziele dieses Aufsatzes sind es, Bedeutungsschichten des *ius*-Begriffs im römischen Recht zu erklären, die Rolle des Prätors in der Entwicklung des *ius* festzustellen, diese Ebenen mit heutigen Begriffen zu be- oder umschreiben und herauszufinden, welchen heutigen rechtswissenschaftlichen (Unter-)Disziplinen sie zugeordnet werden können.

## A. Einleitung

*Ius* wurde von *Celsus* als »Kunst des Guten und Gerechten« verstanden.<sup>1</sup> Zweifellos ist *ius* eine der wichtigsten Errungenschaften der Römer, die die Rechtskultur des heutigen Europas gestaltete. Dafür gibt es viele Gründe. Einer dieser Gründe ist, dass *ius*<sup>2</sup> als Begriff viele verschiedene Bedeutungen im römischen Recht besitzt, die sich im Laufe der über tausendjährigen römischen Geschichte vielfältig änderten.<sup>3</sup>

*Ius* ist der Begriff, welcher der Rechtswissenschaft ihren Namen (*Jus / Jura*) gab.<sup>4</sup> Juristen auf der ganzen Welt nutzen den *ius*-Begriff – insbesondere in verwandten Erscheinungsformen<sup>5</sup> – häufig zu verschiedenen Anlässen in

ihrem Leben. Beispielsweise taucht dieser Begriff häufig in lateinischen Rechtsregeln auf.<sup>6</sup> Auf den ersten Blick scheint es, als entspreche *ius* im heutigen Sinne einfach dem Begriff »Recht«. Diese Begriffsdefinition ist allerdings so nicht korrekt.<sup>7</sup>

In diesem Beitrag werden grundsätzlich fünf Bedeutungsebenen des *ius* erläutert: *ius naturale*, *ius civile*, *ius honorarium*, *ius* als Entscheidungsinhalt und *ius* als Gerichtsstätte. Diese von *Iulius Paulus*<sup>8</sup> in D. 1,1,11 beschriebenen Ebenen allein reichen allerdings nicht aus, um alle Bedeutungsebenen des *ius* zu verstehen.<sup>9</sup> Diese Arbeit erhebt nicht den Anspruch, alle Bedeutungen des Begriffs *ius* im römischen Recht zu erfassen. Da vorliegend die Definition von *Paulus* als Grundlage für die Untersuchung des *ius*-Begriffs herangezogen wird, ist der Zeitraum von der Gründung des Römischen Reiches (753 v. Chr.) bis in die spätclassische Periode (um 235 n. Chr.) für die Begriffsuntersuchung ausschlaggebend. Aber auch die anderen Bedeutungsebenen und die Situation in der Zeit nach *Paulus* werden berücksichtigt, nämlich nach dem 3. Jahrhundert.<sup>10</sup>

sind häufig zu finden.

<sup>6</sup> Wie z.B. bei »*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*« (D. 50,17,54).

<sup>7</sup> *Kaser* (Fn. 5), S. 3.

<sup>8</sup> *Iulius Paulus* war ein römischer spätclassischer Jurist und Prätorianerpräfekt des frühen 3. Jahrhunderts, der viele Werke zu verschiedenen Themenbereichen veröffentlichte. Er war dank seiner großen Autorität einer der Zitierjuristen, zusammen mit *Gaius*, *Papinian*, *Ulpian* und *Herennius Modestinus*. In der Literatur gilt er als Systematiker und Enzyklopädist (*Elvers* et al. ‚Julius‘, in: *Cancik/Schneider* (Hrsg.), (Antike)/Landfester (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte) *Der Neue Pauly*, IV 16. *Jhering* qualifiziert *Paulus* als den römischen Begriffsjuristen schlechthin. (*Jhering*, *Der Besitzwille*: zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode [1889], S. 283 ff.). Er ordnete das juristische Wissen seiner Zeit in »Klassifikationen, Regeln und Definitionen«. Auf dieser enzyklopädischen Linie liegt auch seine Definition des Rechtsbegriffs in D. 1,1,11. Die *Digesten* (abgekürzt als *D* und auch als *Pandekten* bezeichnet), das vom oströmischen Kaiser *Iustinianus* um 530 n. Chr. erlassene Gesetz, sind der umfangreichste Teil des *Corpus Iuris Civilis*. Die *Digesten* (sie enthalten tausende Fragmente klassischer juristischer Schriften) gelten als sehr bedeutend für die europäische Rechtsentwicklung.

<sup>9</sup> Die Bedeutungsebenen des *ius* haben sich derart stark verändert, dass gar die Definition nach *Paulus* in der Spätantike (ca. 300 bis 500 n. Chr.) eine ganz andere Bedeutung gewann. Zahlreiche Bedeutungsebenen bestehen für *ius* – je nach Periode der Jurisprudenz –, wie z. B. *ius* als Gesamtordnung, *ius* als subjektives Recht, *ius* als Urteilsgrundlage und Urteilsinhalt, *ius* als Kriterium, *ius* als Fallrecht, *ius* als Machtordnung, *ius* als Rechtslage etc. (zu verschiedenen Aspekten des *ius* s. *Kaser* [Fn. 5], S. 11 ff.; *Kaser* [Fn. 2], S. 195).

<sup>10</sup> S. dazu *Hammen*, *Der Jurist Iulius Paulus und der Stadtpräfekt Claudius Iulianus im Jahre 222/223 n. Chr.*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für*

\* Der Autor studierte bis zum Herbst 2021 Rechtswissenschaften für Studierende mit abgeschlossenem ausländischem rechtswissenschaftlichem Universitätsstudium (LL.M.) an der Georg-August-Universität Göttingen und zuvor Rechtswissenschaften an der Universität Ankara. Der Beitrag ging aus einer Hausarbeit im Rahmen der Vorlesung »Römische Geschichte I (Rechtsgeschichte der Antike)« bei Prof. Dr. *Inge Hanewinkel* und Dr. *Nikolaus Linder* hervor. Sein herzlicher Dank gilt Dr. *Nikolaus Linder* für dessen wertvolle Anmerkungen.

<sup>1</sup> *Ulpian*, *Digesten* I,1,1: »ars boni et aequi« (*Schiemann*, »*Ius*«, in: *Cancik/Schneider* [Antike]/Landfester [Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte], *Der Neue Pauly* [2003], S. 91).

<sup>2</sup> Zur historisch linguistischen Begriffsgeschichte des *ius*, s. *Behrends*, *Ius* und *ius civile*: Untersuchungen zur Herkunft des *ius*-Begriffs im römischen Zivilrecht, in: *Liebs*, *Symptica Franz Wieacker* (1970), S. 13 ff.; zur Etymologie des *ius* s. *Kaser*, *Das römische Privatrecht*, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage (1971), S. 25.

<sup>3</sup> *Schiemann* (Fn. 1), S. 89; diese deutet, dass das Recht (*ius*) ein lebendiger Mechanismus ist, der im Laufe der Zeit unterschiedliche Bedeutungen erlangen kann.

<sup>4</sup> Vor der Aufklärung wurde an Universitäten nicht nur das weltliche Recht (*ius civile*), sondern auch Kirchenrecht (*ius canonicum*) unterrichtet. Aus diesem Grund wird der Begriff *Jura (iura)* / Rechte (Pluralform von *ius*) für die Rechtswissenschaft benutzt. In der Schweiz und in Österreich wird für die Rechtswissenschaft die Singularform *Jus (ius)* benutzt.

<sup>5</sup> Es gibt auch viele verwandte Erscheinungen des *ius*, wie z.B. *iniuria*, *iudex*, *iudicare*, *iurisdictionis*, *iura*, *iudicatum* etc. s. *Kaser*, *Das altrömische ius* (1949), S. 35 ff. Auch die Pluralform (*iura*) und Genitivform (*iuris*) des *ius*

Unter Betrachtung der Bedeutungsvielschichtigkeit des *ius*-Begriffs in Rom und der Tatsache, dass dieser Begriff im Laufe der Zeit bzw. mit sozialem Wandel unterschiedliche Bedeutungen erlangt hat, stellen sich aus unterschiedlichen Perspektiven verschiedenste Fragen, etwa zur Kontinuität von Rechtsquellen oder zum Ursprung und Zweck des Rechts.

Hierfür widmet sich das Hauptkapitel (B) – einschließlich der Beziehung zwischen *ius* und *lex* – den Bedeutungsebenen des *ius* im römischen Recht (*ius* als subjektives Recht, *ius* als objektives Recht, *ius* als Gerichtsstätte und *ius* als Urteilsgrundlage) und versucht anschließend eine Annäherung mit heutigen Begriffen und Disziplinen. Dabei werden diese Ebenen ebenfalls untereinander klassifiziert: *Ius civile*, *ius honorarium* und *ius naturale* etwa sind die Schichten des *ius* im objektiven Sinne. Das Fazit (C) fasst alle wichtigsten Erkenntnisse zusammen.

## B. Die Bedeutungsebenen des *ius*-Begriffs in der römischen Antike und die Zuordnung zu heutigen Begriffen und Disziplinen

### I. *Ius* als subjektives Recht sowie die Zuordnung zu heutigen Begriffen und Disziplinen

Ursprünglich ist *ius* die Ordnung, die durch Urteil bzw. im Prozess bestimmt, ob ein Verhalten rechtmäßig ist.<sup>11</sup> Um ein Verhalten im Streitprozess als rechtmäßig bezeichnen zu können, muss ein subjektives Recht bereits bestehen.<sup>12</sup> Daraus folgt, dass die Bedeutung des *ius* als subjektives Recht von vornherein vorhanden war.<sup>13</sup> Diese Bedeutung des *ius* trifft bis heute zu.<sup>14</sup> Im römischen Recht werden persönliche Forderungen bzw. Ansprüche (vgl. § 194 I BGB)<sup>15</sup> und beschränkte dingliche Rechte als *ius* bezeichnet.<sup>16</sup> Dazu gehören auch subjektive Rechte im Bereich Verwaltung und Befugnisse der Amtsträger und des Staates.<sup>17</sup>

Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, 2003, 77.

<sup>11</sup> Kaser (Fn. 5), S. 101 f.; in D. 1,1,11 erwähnte Paulus *ius* nicht als subjektives Recht als eine Bedeutungsebene des *ius*. Zwar bestand in Rom »Recht auf etwas« (*ius ad alqd*), aber die Vorstellung, dass zu jedem objektiven Recht ein subjektives Recht gehört, hatte aus systematischer Sicht keinen echten Platz im römischen Recht, denn ohne prozessualen Rechtsbehelf (*actio*) hatte ein solches Recht keine praktische Bedeutung. Eine solche wird in weiten Teilen erst im 19. Jahrhundert entwickelt. Das könnte der Grund sein, warum Paulus das subjektive Recht nicht erörterte.

<sup>12</sup> Kaser (Fn. 5), S. 97.

<sup>13</sup> Waldstein, Römische Rechtsgeschichte (2014), S. 41, 44; die Römer verwendeten *ius* nur selten im Sinne eines subjektiven Rechts (Kaser [Fn. 5], S. 97).

<sup>14</sup> Schieman (Fn. 1), S. 97.

<sup>15</sup> Die Römer machten z. B. für Forderungen wie *ius crediti* oder *ius nominis* von dem *ius*-Begriff Gebrauch.

<sup>16</sup> Kaser (Fn. 5), S. 97; Kaser, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode: Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen (Forschungen zum römischen Recht) (1986), S. 74; Behrends (Fn. 2), S. 11, 49; Schieman (Fn. 1), S. 97; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht (2016), S. 33; manche sind der Meinung, dass *ius* in Zwölf Tafelgesetzen nicht nur ein streng objektives, sondern auch subjektives Recht bedeutet.

<sup>17</sup> Schieman (Fn. 1), S. 98; die Amtsträger hatten beispielsweise das Veto

Im römischen Recht wird das Recht eher als Verfahren verstanden und es herrscht die aktionenrechtliche Denkweise.<sup>18</sup> Daher gibt es keine starke Trennung zwischen Prozessrecht und dem vom Kläger geltend gemachten materiellen Recht.<sup>19</sup> Vielmehr bilden sie eine Einheit.<sup>20</sup> *Ius* bedeutet – auch im ältesten Sinne – vom Kläger durch *actio*<sup>21</sup> geltend zu machendes Recht.<sup>22</sup> Dies wurde im römischen Recht auch so verstanden, dass ein *ius* zu haben zugleich eine *actio* (Klageberechtigung) zu haben bedeutet.<sup>23</sup>

*Ius* als subjektives Recht im römischen Recht entspricht nahezu dem heutigen Begriff des subjektiven Rechts, nämlich das einer Person zustehende Recht.<sup>24</sup> Dagegen unterscheiden sich die Berechtigung und die Durchsetzbarkeit in den heutigen Rechtssystemen voneinander. Zudem wird heute zwischen Prozessrecht und materiellem Privatrecht differenziert.<sup>25</sup> So besteht etwa in Deutschland und vielen anderen Ländern ein unabhängiges Zivilprozessgesetz. Insgesamt kann römisches *ius* somit eher dem heutigen Privatrecht zugeordnet werden.

### II. *Ius* als objektives Recht (*ius* als Rechtsordnung)

Eine der Hauptbedeutungen des *ius* in Rom ist zugleich aber auch objektives Recht, nämlich die sachliche und vernunftgemäße Rechtsordnung, die aus Normen und Ein-

recht (*ius intercedendi*) gegen Eingriffsrechte der Volkstribune. Die Volkstribune hatte *ius agendi cum plebe* und die Senatsmitglieder hatten als Geschäftsordnungsrecht *ius referendi* usw. (Schieman [Fn. 1], S. 97 f.).

<sup>18</sup> Stengl/Apathy, »Actio«, in: Cacnik/Schneider (Antike)/Landfester (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte), Der Neue Pauly (1996), S. 94; Hähnchen, Rechtsgeschichte: von der römischen Antike bis zur Neuzeit (2012), S. 19.

<sup>19</sup> S. dazu Hähnchen (Fn. 18), S. 19; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 45; nur mit bestimmten Ritualen konnte ein *ius* ausgeübt werden (Schieman [Fn. 1], S. 89 f.).

<sup>20</sup> Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 45, 48.

<sup>21</sup> Da es im römischen Recht keinen Unterschied zwischen Privat- und Zivilprozessrecht gibt, wird *actio* sowohl als Klage als auch als vom Kläger geltend gemachtes materielles Recht definiert. Parallel dazu lautet die Definition von Celsus (D. 44,7,51): »*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*« (Die *actio* bedeutet nichts anderes als das Recht, was einem geschuldet wird, gerichtlich durchzusetzen).

<sup>22</sup> Stengl/Apathy (Fn. 18), S. 94; Behrends (Fn. 2), S. 24, 27; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 45; Kaser (Fn. 5), S. 35.

<sup>23</sup> Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 45; andererseits wurde *actio* sowohl als Klage als auch als »geltend gemachtes materielles, subjektives Recht« verstanden und bezeichnet (Stengl/Apathy [Fn. 18], S. 94).

<sup>24</sup> Schieman (Fn. 1), S. 90; Honsell, Römisches Recht (2015), S. 19; Behrends (Fn. 2), S. 52; Die auch heute noch häufig verwendete Unterscheidung zwischen absoluten Rechten (Herrschaftsrechte) und relativen Rechten geht ebenfalls auf das frühe römische Recht zurück (Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 43).

<sup>25</sup> Stengl/Apathy (Fn. 18), S. 94; insbesondere durch Bernhard Windscheid (durch das Buch »Die *actio* des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts«) sind nach heutigem Recht diese zwei Rechtsdisziplinen unabhängig voneinander geworden.

richtungen besteht.<sup>26</sup> In diesem Sinne schrieb *Iustinianus*<sup>27</sup> in Institutionen (I, 2) »*ius quo Populus Romanus utitur*« (das Recht, das beim römischen Volk in Gebrauch steht, nach dem es lebt).<sup>28</sup> Da *ius* als gesamte Rechtsordnung verstanden wurde, wurde es nach Gebieten gegliedert.<sup>29</sup> Im Gegensatz zu modernen Rechtssystemen war das römische Recht kein homogenes Rechtssystem.<sup>30</sup> Beispielsweise sind *ius civile*, *ius honorarium*, *ius naturale*, *ius quiritium*, *ius publicum* und *ius privatum* die Schichten des *ius* als objektive Rechtsordnung.<sup>31</sup> Paulus verwendete den *ius*-Begriff als Rechtsordnung, indem er *ius naturale*, *ius civile* und *ius honorarium* als Bedeutungsebenen des *ius* nannte.

Unter *ius* werden Juristenlehre, Gesetze (*leges*), *ius honorarium* (Amtsrecht)<sup>32</sup>, die ideale Gerechtigkeit, die Prinzipien<sup>33</sup>, das Gewohnheitsrecht<sup>34</sup> und andere juristische Quellen verstanden (z.B. *senatusconsulta*, *plebiscita* etc.).<sup>35</sup> Der *ius*-Begriff umfasst zudem auch strafrechtliche Angelegenheiten.<sup>36</sup> Viele Themen, die heute Gegenstand des Strafrechts sind, wurden in Rom in das römische Privatrecht aufgenommen.<sup>37</sup>

<sup>26</sup> Kaser (Fn. 2), S. 25, 195; Behrends (Fn. 2), S. 11, 49; Kaser (Fn. 5), S. 63; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 33, 36; *ius civile* galt auch ausnahmsweise für Nichtbürger. S. Cascione, Cosimo: Zur Anwendung von fremdem Privatrecht durch den römischen Prätor, in: *Ars iuris*. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag, S. 62; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 36; Kaser (Fn. 5), S. 77.

<sup>27</sup> *Iustinianus* war einer der einflussreichsten Personen in der Rechtsgeschichte und von 527 bis 565 römischer Kaiser. Seine prägende Bedeutung für die Rechtsgeschichte besteht darin, dass er die Compilation des römischen Rechts (*Corpus Iuris Civilis*) in Auftrag gab.

<sup>28</sup> Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 33.

<sup>29</sup> Wieacker, Vom Römischen Recht (1961), S. 48; Kaser (Fn. 5), S. 74.

<sup>30</sup> Kaser (Fn. 2), S. 198.

<sup>31</sup> Waldstein, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom, in: *De iustitia et iure*, FG f. U. von Lübtow z. 80. Geb. (1980), S. 114; Kaser (Fn. 16), S. 89 f.; Waldstein (Fn. 13), S. 42, 128; Atzeri, Römisches Recht und Rezeption, in: *Leibniz-Institut für Europäische Geschichte* (Hrsg.), *Europäische Geschichte Online* (EGO) (2017), Abs. 12; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 35; Cascione (Fn. 26), S. 64; Wieacker (Fn. 29), S. 112 f.; es ist nicht so einfach, die Schichten systematisch und begrifflich abzugrenzen (Kaser [Fn. 16], S. 90, 207).

<sup>32</sup> Hier gehört auch von Magistraten geschaffenen Einrichtungen. S. Kaser (Fn. 5), S. 81; S. dazu S. 10 ff.

<sup>33</sup> Von Priestern geschütztes und meist ungeschriebenes (Sakral-)Recht ging auch im Volk von Mund zu Mund und folglich wurden diese Prinzipien ein Teil des *ius*. Kaser (Fn. 5), S. 67.

<sup>34</sup> Es ist umstritten, ob das Gewohnheitsrecht von klassischen Juristen als zu Rechtsquellen des römischen gehörenden Rechts betrachtet wurde. Zu bejahendem Ansatz s. Waldstein (Fn. 31), S. 125; wenn man unter Gewohnheitsrecht ungesetztes Recht versteht, ist das römische Recht eher ein Gewohnheitsrecht (Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht* [1975], S. 11; Seeck, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, Bd. VI [1920], S. 134); die Meinungen der Juristen gehört auch zum *ius* (Flume [Fn. 34], S. 16).

<sup>35</sup> Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 33; Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Unveränderter Nachdruck der 1934 erschienenen ersten Auflage (2003), S. 10; Kaser (Fn. 5), S. 69, 71, 81; dazu parallel *cicero topica* 5, 28 (Kaser [Fn. 5], S. 81).

<sup>36</sup> Kaser (Fn. 5), S. 63.

<sup>37</sup> Kaser (Fn. 2), S. 25, 26.

Ein charakteristisches Merkmal<sup>38</sup> des römischen Rechts ist, dass in Rom das Recht früh von göttlichen Regeln (*fas*) unterschieden wurde. Als allgemein verbindliche Ordnung wurde *ius* dadurch verstanden, dass das Recht seit altrömischer Zeit säkularisiert wurde und es – statt Gottesurteil – wie heute von selbstständigen Richtern bearbeitet wurde. Zwar galt *ius* als von Gott gewährt, aber die Geltung der Rechtsnormen beruhte nicht auf Gott und die Verletzung des *ius* führt zu einem weltlichen, nicht jedoch zu einem sakralen Verfahren.<sup>39</sup>

So wie der Begriff *Recht* in der heutigen deutschen Sprache sowohl objektives Recht (z.B. deutsches Recht) als auch subjektives Recht bedeutet, umfasste *ius* in Rom ebenfalls beide Bereiche.<sup>40</sup> Diese enge Beziehung spiegelt sich in vielen fremdsprachigen Ausdrücken wider. Genau wie im römischen Recht wird das gleiche Wort im Deutschen mit »*Recht*«, im Italienischen mit »*diritto*« und in der französischen Sprache mit »*droit*« genutzt, um sowohl subjektives Recht als auch die objektive Rechtsordnung auszudrücken. Im türkischen Recht ist das Wort für die objektive Rechtsordnung »*hukuk*« und die Singularform des Wortes für subjektives Recht lautet »*hak*«.

## 1. *Ius und lex*

*Lex* ist im römischen Recht die Festsetzung der Normen, die durch Gesetzgeber, Amtsträger oder Privatperson durchgeführt wird.<sup>41</sup> Das Verhältnis zwischen *lex* (Gesetz) und der römischen Rechtsordnung (*ius*) zu kennen, erleichtert es, die Bedeutungsebene von »*ius als Rechtsordnung*« zu verstehen.

Dass es bis zum Ende der römischen Klassik (ca. 50 v. Chr. bis 235 n. Chr.) nur wenige Gesetze gab, zeigt den mündlichen Charakter des römischen Rechts.<sup>42</sup> Die *leges* spielten für die Bedeutung des römischen Rechts und für die Beeinflussung der nachfolgenden Rechtsordnungen nur eine geringe Rolle, denn die Gesetze in Rom waren fragmentarisch und willkürlich.<sup>43</sup> Im Gegensatz zu den neuzeitlichen Gesetzen waren die ältesten Gesetze nicht allgemein und abstrakt.<sup>44</sup> Das Erlassen allgemeiner Normen im römischen Recht begann mit

<sup>38</sup> Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 33; Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Unveränderter Nachdruck der 1934 erschienenen ersten Auflage (2003), S. 10; Kaser (Fn. 5), S. 69, 71, 81; dazu parallel *cicero topica* 5, 28 (Kaser [Fn. 5], S. 81).

<sup>39</sup> Kaser (Fn. 5), S. 29; Waldstein (Fn. 13), S. 41.

<sup>40</sup> Kaser (Fn. 2), S. 195.

<sup>41</sup> Schiemann, »*Lex*«, in: Cancik/Schneider, *Der Neue Pauly* (1999), S. 113.

<sup>42</sup> Schulz (Fn. 35), S. 4; Flume (Fn. 34), S. 21; ein Grund für die Spärlichkeit der Gesetze in Rom ist, dass in Rom die Rechtsbildung eine große Rolle spielte (Wieacker [Fn. 29], S. 57). Für den Gegensatz zwischen Wachstum der Jurisprudenz und die Rückwicklung der Gesetzgebung ist auch ein Anlass, dass die Römer dachten, dass sie die Probleme nicht durch normative Ideen oder Kodifikation, sondern durch Verfahren überwinden könnten (Schulz [Fn. 35], S. 4; Wieacker [Fn. 29], S. 58).

<sup>43</sup> Schiemann (Fn. 40), S. 118; aber die Rolle des Prätors und der Juristen war enorm.

<sup>44</sup> Schiemann (Fn. 40), S. 113.

den Zwölftafelgesetzen (ca. 450 v. Chr.).<sup>45</sup> Durch die Zwölftafelgesetze wurde eine dauerhafte Verbindung zwischen *ius* und *lex* hergestellt.<sup>46</sup> *Leges* wurden im Laufe der Zeit Teil des *ius (civile)*.<sup>47</sup>

Von den Zwölftafelgesetzen bis zum Ende der klassischen Zeit – mehr als ein Jahrtausend – bestand keine echte Kodifikationsbewegung.<sup>48</sup> Bei der Lösung eines Rechtskonflikts oder bei der Vorbereitung eines Gutachtens beruhte die Rechtsanwendung nur teilweise auf geschriebenem Recht.<sup>49</sup> Dies zeigt, dass die Bedeutungsebenen des *ius* als objektives Recht grundsätzlich auf ungeschriebenem Recht basieren.

*Ius* hat gegenüber *lex* sowohl historische als auch begriffliche Priorität. Denn selbst die ältesten Gesetze beruhen darauf, das Gewohnheitsrecht aufzuzeichnen. Das Ziel dieser *leges* war es nicht, das Recht zu erneuern, sondern die aktuelle Rechtslage zu erläutern, zu sichern und im Verfahren eine zuverlässige Quelle zu haben.<sup>50</sup> Im Laufe der Zeit wurde *lex* ein Rechtsschöpfungsmittel und erhielt hohes Ansehen.<sup>51</sup> Dies bedeutet, dass die Römer unter Recht nicht nur Gesetze verstehen, sondern die »von der Jurisprudenz geleitete Praxis«. <sup>52</sup> Sie unterscheiden *ius* und *lex*<sup>53</sup> (Plural: *leges*), nämlich Recht und Gesetz.<sup>54</sup> Im Laufe der Zeit – nach recht-

licher Generalisierung von *ius* und *lex* – konnten im Gesetz geregelte Gegenstände auch als »*ius*« bezeichnet werden.<sup>55</sup>

In der Kaiserzeit wurden mehr (schriftliche) Gesetze erarbeitet.<sup>56</sup> *Lex* holte in der Kaiserzeit zu *ius* auf, aber traditionelle und republikanische Vorstellungen blieben.<sup>57</sup> Ab ungefähr 350 n. Chr. stieg die Anzahl der Gesetze deutlich und es gab nunmehr zwei Hauptrechtsbestände in der Rechtsordnung: *ius* und *lex*.<sup>58</sup> Da das *Corpus Iuris Civilis* nach den Ideen und Ansätzen der vom Kaiser bestimmten Juristen und der kaiserlichen Vorschriften gebildet wurde, verschwand das Problem, dass *ius* und *lex* historisch ein gegensätzliches Verhältnis hatten und zwischen beiden eine Spannung bestand.<sup>59</sup>

## 2. *Ius civile* und Zuordnung zu heutigen rechtswissenschaftlichen Begriffen und Disziplinen

*Paulus* sah das *ius civile* explizit als eine Bedeutungsebene des *ius* (D. 1,1,11). Der Begriff »*ius civile*« wurde mit unterschiedlichen Definitionen benutzt und verstanden.<sup>60</sup> *Paulus* definierte *ius civile* als »das, was allen oder den meisten in der jeweiligen civitas, Bürgerschaft, von Nutzen ist«.

Im allgemeinsten Sinne bedeutet *ius civile* das gesamte Wissensgebiet, das auch *ius praetorium* und *ius gentium* enthält, nämlich sämtliches Privatrecht und Zivilprozessrecht.<sup>61</sup> *Ius civile* wurde auch so verstanden, dass es Gesetze, Gesetzesauslegungen (Juristenrecht/*interpretatio*), weltliche Jurisprudenz, ungeschriebenes und auf Rechtsüberzeugung beruhendes Recht enthält, nämlich als Juristenrecht.<sup>62</sup> Im engeren Sinne ist *ius civile* das nur für *cives Romani* – also römische Bürger – geltende Recht.<sup>63</sup> Im engsten Sinne meint

45 Kaser (Fn. 5), S. 72; die Rechtssicherheit war das Hauptmotiv der Zwölftafelgesetze (Kaser [Fn. 5], S. 72).

46 Schiemann (Fn. 40), S. 113; mit der Erlassung der allgemeinen *leges* wurden die in Gerichtsentscheidungen und *lex* enthaltenen Prinzipien als gleichwertig betrachtet. Mit der Einführung der urteilmäßigen Rechtsfindungen in *leges* wurde der Anwendungsbereich von *ius* und *lex* gleich (Kaser [Fn. 5], S. 67, 68).

47 Schiemann (Fn. 40), S. 114.

48 Hähnchen (Fn. 18), S. 19; Flume (Fn. 34), S. 17; Schulz (Fn. 35), S. 4; Waldstein (Fn. 13), S. 128; Stagl, Juristenrecht oder Gesetzesrecht?, Nachwort in: Dario Mantovani, Legum multitudo: die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht. Eine Kritik der Thesen von Rotondi und Schulz, Schriften zur Rechtsgeschichte (2018), S. 110; zu den Nachteilen der Kodifikation s. Schulz (Fn. 35), S. 9. Trotz der Edikte, *leges*, Kaiserkonstitutionen, Senatusconsulte, Plebiszite etc. war das klassische Recht nicht gesetzesorientiert (Flume [Fn. 34], S. 7). Dazwischen gab es nur kleine Gesetze wegen Einzelfragen (Hähnchen [Fn. 18], S. 19); wie *ius* war *lex* auch kasuistisch im römischen Recht im Gegensatz zur heutigen Lage. S. dazu Wieacker (Fn. 29), S. 60; Kaser (Fn. 5), S. 64; S. Wieacker (Fn. 29), S. 45.

49 Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 41; wenn bezüglich eines Konfliktes kein geschriebenes Recht besteht, dann mussten die Juristen – nach Sachgerechtigkeit – Recht schaffen (Rechtsschöpfung) (Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 43).

50 Kaser (Fn. 5), S. 69.

51 Kaser (Fn. 5), S. 71.

52 Schulz (Fn. 35), S. 9; wie es auch etwa im ersten Artikel des schweizerischen und türkischen Zivilgesetzbuchs heißt, folgt der Richter nicht nur den Gesetzen, sondern auch den Gerichtsentscheidungen und wissenschaftlichen Arbeiten, um Rechtsfragen zu beantworten.

53 In der frühen Zeit wurden Gesetze (*Leges*) von Volksversammlungen erlassen, jedoch hatten gleichzeitig Senatsbeschlüsse (Senatusconsulte) Gesetzeskraft. S. Hähnchen (Fn. 18), S. 19.

54 Wieacker (Fn. 29), S. 57; zum Verhältnis zwischen Recht, Gesetz und Kodifikation (law and code) s. auch Kroppenberg/Linder, Coding the nation. Codification History from a (Post-)Global Perspective, in: Duve [Hrsg.], Entanglements in Legal History. Conceptual Approaches [2014], S. 68 f.).

55 Kaser (Fn. 5), S. 67.

56 Seeck (Fn. 34), S. 143; Hähnchen (Fn. 18), S. 66.

57 Wieacker (Fn. 29), S. 78; die römische Rechtsordnung und kaiserliche Rechtsschöpfung wurden als *ius* bezeichnet. Somit änderte sich auch die Betrachtung des *ius*-Begriffs nochmal (Schiemann [Fn. 1], S. 92; Wieacker [Fn. 29], S. 80).

58 Seeck (Fn. 34), S. 166; Wieacker (Fn. 29), S. 81; daher bemühten sich die Kaiser, *ius* schriftlich festzuhalten. Um dieses Ziel zu erreichen, haben sie angefangen, die klassischen juristischen Werke durch die *Zitiergesetze* zu überliefern (Schiemann [Fn. 1], S. 92). Im Jahr 426 wurde die *lex citationum* (Zitiergesetz) von Kaiser *Valentinian III.* erlassen. Laut diesem Zitiergesetz müssen die Gerichte nach den Rechtsideen/Schriften der fünf klassischen Juristen (*Zitierjuristen*) die Konflikte lösen. Diese Juristen waren *Gaius*, *Papinian*, *Ulpian*, *Iulius Paulus* und *Herennius Modestinus*. Mit Hinzufügen des Zitiergesetzes in Kaiser *Theodosius II.* Rechtskompilation im Jahr 438 wurde das Zitiergesetz allgemein verbindlich (Waldstein [Fn. 13], S. 269). Unter den Zitierjuristen galt das Mehrheitsprinzip. Richter mussten bei Entscheidungen die herrschende Rechtsmeinung zwischen diesen Zitierjuristen einhalten. Im Fall einer Stimmgleichheit hatte die Rechtsmeinung von *Papinian* Übergewicht (Seeck [Fn. 34], S. 170).

59 Wieacker (Fn. 29), S. 82.

60 Sturm, *Ius gentium*. Imperialistische Schönfärberei römischer Juristen, in: Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, S. 663; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 36; Kaser (Fn. 5), S. 78.

61 Kaser (Fn. 16), S. 201; Sturm (Fn. 59), S. 663; Waldstein (Fn. 13), S. 129.

62 Flume (Fn. 34), S. 37; Stagl (Fn. 47), S. 111; Kaser (Fn. 5), S. 79.

63 Kaser (Fn. 16), S. 88; Cascione (Fn. 26), S. 62: im engeren Sinne.

*ius civile* nur in *interpretatio* bestehendes Recht, mit Ausnahme von *ius honorarium* und *ius gentium*.<sup>64</sup>

Im engeren Sinne entspricht *ius civile* dem gesamten Zivilrecht (Privatrecht/Bürgervorrecht) eines Staates.<sup>65</sup> Folglich kann *ius civile* heute als nationales Zivilrecht (Privatrecht) des einzelnen Staates verstanden werden.<sup>66</sup> Jedoch meint *ius civile* als römische Gemeinschaftsordnung im weiteren Sinne nicht nur das Privatrecht, sondern auch andere Rechtsgebiete.<sup>67</sup>

### 3. *Ius honorarium* und Zuordnung heutigen rechtswissenschaftlichen Begriffen und Disziplinen

*Ius civile* war sehr streng, formalistisch, relativ irrational und insbesondere schwerfällig. Daher war es teilweise nicht ausreichend, um ein anhängiges Verfahren zu lösen.<sup>68</sup> Im Jahr 367 v. Chr. wurde den Prätor eine Rolle in der Zivilgerichtsbarkeit und Gerichtsverfassung zugewiesen, sofern sie *ius civile* einhielten, ergänzten und korrigierten, um ein besseres *ius* zu finden.<sup>69</sup> Da dies durch das prätorische Amt (*honos*/Gerichtsmagistrat) durchgesetzt wurde, wird diese Ordnung auch *ius honorarium* genannt, das ursprünglich keine echte Rechtsquelle ist, sondern eine Befugnis des Prätors für anhängige Verfahren.<sup>70</sup>

Die Macht der Gerichtsmagistrate spielte eine herausragende Rolle bei der Entwicklung des römischen Rechts.<sup>71</sup> Durch *ius honorarium* – nämlich durch Edikte der Gerichtsmagistrate – wurde altes Recht an neue Lebensumstände

angepasst.<sup>72</sup> *Ius honorarium* verzichtete auf alte Rituale des *ius civile* und wirkte gegen einen Formalismus und Flexibilität vereinende Rechtsschöpfung.<sup>73</sup> *Ius honorarium* entwickelte sich durch Fallverfahren, insbesondere durch »Klageformeln« und »Gegenrechte« (*exceptio*)<sup>74</sup> – also als kasuistische Kunst.<sup>75</sup>

Zu Beginn des Amtsjahres veröffentlichte der Prätor den Rahmen seiner künftigen Jurisdiktion und entschied so, unter welchen Bedingungen ein Schiedsgericht eingesetzt wurde. Gleichzeitig veröffentlichte er auch Muster für eine Schriftformel.<sup>76</sup> Jeder Prätor machte sich frühere Edikte zunutze. Dank dieser Anwendung hat sich *ius honorarium* schnell entwickelt.<sup>77</sup> Beim Veröffentlichen der Edikte nutzten die Prätores die Werke der Fachjuristen. Das heißt, dass dieser Prozess wissenschaftlich war.<sup>78</sup> *Edictum praetoris* meint auch die Summe des Amtsrechts, das regelmäßig übernommen wurde.<sup>79</sup> Die Römer betrachten die Gesamtedikte neben *ius civile* als zweite Rechtsordnung (*ius*).<sup>80</sup> Darüber hinaus war »Verfahrensteilung« ein charakteristisches Merkmal der Prätores. Hierbei handelt es sich um ein besonderes Verfahren, das *in iure* heißt. Sie entschieden und bestimmten, ob und unter welchen Bedingungen ein juristisches Urteilungsverfahren stattfand (wie die heutige Schlüssigkeitprüfung).<sup>81</sup> Sie waren keine Richter. Im Formularprozess kontrollierten sie nur die rechtliche Zulässigkeit. Meistens fand diese Prüfung anhand der Beweislage statt.<sup>82</sup>

*Ius honorarium* entspricht nur teilweise dem Richterrecht.<sup>83</sup> Es gibt grundlegende Unterschiede. Zum einen ist der Prätor, wie bereits erläutert, kein Richter. Weiterhin muss der Richter heute nach dem Gesetz entscheiden (Art. 20 III GG). Er ist zudem kein Gesetzgeber und es ist ihm nur unter sehr strengen Bedingungen möglich, Recht fortzubilden. Im heutigen Rechtssystem können höchstrichterliche Rechtsprechungen mittels Generalklauseln im BGB den Formalismus überwinden und Recht fortbilden.<sup>84</sup> In der Regel ist es

64 Kaser (Fn. 5), S. 80; Sturm (Fn. 59), S. 664; auch so: *Gaius* I, 1.

65 Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 36.

66 Kaser (Fn. 16), S. 90 ff.; Waldstein (Fn. 13), S. 129; Charwath, *Römisches Recht: Ein Lesebuch* (2011), S. 274, f. Es ist klar, dass *ius civile* umfassender als bürgerliches Recht im heutigen Sinne ist (Cascione [Fn. 26], S. 62).

67 Waldstein (Fn. 13), S. 128; die Einteilung zwischen *ius publicum* und *ius privatum* entstammt dem römischen Recht. Im kontinental-europäischen Recht wird diese Einteilung als Grundlage genommen. Im römischen Recht wurde *ius* im systematischen Sinne nicht als öffentliches Recht und privates Recht zweigeteilt, sondern dieses Begriffspaar untechnisch und mehrdeutig benutzt (Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 35; Kaser [Fn. 2], S. 197). Es ist umstritten, ob *ius publicum* und *ius privatum*, der heutigen Einteilung Privatrecht und öffentliches Recht vollkommen entspricht. Eher zeigte sich in Rom die Zweigliederung *ius privatum* und *ius publicum* als Gegensatz zwischen Privatautonomie und Staatsangelegenheiten/von Staats wegen geltendes Recht (Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 35; Kaser [Fn. 5], S. 76; Kaser [Fn. 2], S. 197); parallel dazu: D. 1,1,1, 2 (= Ulpian Ins. 1,1,4).

68 Seeck (Fn. 34), S. 135 ff.; Schieman (Fn. 1), S. 92; Wieacker (Fn. 29), S. 92.

69 Kierdorf, »Praetor«, in: Cacnik/Schneider (Antike)/Landfester (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte), *Der Neue Pauly* (2001), S. 260; Wieacker (Fn. 29), S. 93, 112; Seeck (Fn. 34), S. 139; Schieman (Fn. 1), S. 92; *Aemilius Papinianus* drückte als »*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi gratia*« aus (D. 1,1,7,1). *Paulus* bezeichnete *ius honorarium* als eine Bedeutungsebene des *ius* (D. 1,1,11). In dieser Digestenstelle definierte er *ius honorarium* aber nicht.

70 Kaser (Fn. 16), S. 86; Schieman (Fn. 1), S. 92; Wieacker (Fn. 29), S. 119; *Atzeri* (Fn. 31), Abs. 12; seit der frühen Kaiserzeit begriffen die Römer *ius honorarium* als Rechtsordnung.

71 Seeck (Fn. 34), S. 139 ff.; Schieman (Fn. 1), S. 92; Wieacker (Fn. 29), S. 117; *Flume* (Fn. 34), S. 18.

72 Waldstein (Fn. 13), S. 131; Kaser (Fn. 16), S. 86; Wieacker (Fn. 29), S. 92, 113; beispielsweise: prätorisches Testament *publiciana fideiussio* und formlose zusage *constitutum debiti alieni*.

73 Wieacker (Fn. 29), S. 92, 113, 118.

74 Schieman (Fn. 1), S. 93; Wieacker (Fn. 29), S. 60; *Nörr*, Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses in ausgewählten Kapiteln, *Tübinger Rechtswissenschaftl. Abhandlungen (TübRA)*, Bd. 118 (2015), S. 3.

75 Kaser (Fn. 16), S. 84; Wieacker (Fn. 29), S. 60.

76 Seeck (Fn. 34), S. 139, 140; Wieacker (Fn. 29), S. 117; durch Edikte wurde quasi Rechtssicherheit geschaffen, denn vor den Edikten war nicht klar, nach welcher Formula einen Prozess durchgeführt werden kann (Seeck [Fn. 34], S. 139).

77 Schieman (Fn. 1), S. 93.

78 Wieacker (Fn. 29), S. 108, 118.

79 Wieacker (Fn. 29), S. 117; Seeck (Fn. 34), S. 141.

80 Wieacker (Fn. 31), S. 119.

81 Kierdorf (Fn. 68), S. 261; Schieman (Fn. 1), S. 90; ursprünglich urteilte der Magistrat *iudex* selbst, aber danach urteilte im geteilten Verfahren der Geschworene. S. Kaser (Fn. 5), S. 3.

82 Stengl/Apathy (Fn. 18), S. 95; Schieman (Fn. 1), S. 92.

83 Wieacker (Fn. 29), S. 119.

84 Wieacker (Fn. 29), S. 92.

dem Richter nicht möglich, von der Anwendung der bestehenden Gesetze aus Billigkeitsgründen abzusehen.<sup>85</sup>

Die Edikte können im heutigen Sinne nicht als Verfahrens- oder Rechtsnormen oder als Gesetze bezeichnet werden.<sup>86</sup> Der Prätor hatte nämlich keine legislativen Befugnisse und entschied nur im Einzelfall.<sup>87</sup> Allerdings wiesen sie Ähnlichkeiten zu einer Rechtsnorm auf.<sup>88</sup> Prätorische Neuerungen galten zwar für den Einzelfall; im Laufe der Zeit wurden sie und häufig gleiche Prinzipien aber in prätorischen Edikten regelmäßig einbezogen und dadurch für den Magistraten bindend.<sup>89</sup> Hinzu kommt, dass die Juristen die Ediktstexte wie ein Gesetzbuch kommentierten. Die Ediktensammlungen können als eine quasi-legislative Kollektion betrachtet werden. Aus diesen Gründen könnte *ius honorarium* eher zwischen heutiger Rechtsfortbildung und Zivilprozessrecht eingeordnet werden.<sup>90</sup>

#### 4. *Ius naturale* / *ius gentium* und Zuordnung zu heutigen rechtswissenschaftlichen Begriffen und Disziplinen

*Ius naturale* (Naturrecht) ist eine Quelle des römischen Privatrechts.<sup>91</sup> Es wurde aus der philosophischen Literatur hergeleitet und mehrdeutig verwendet.<sup>92</sup> Es gibt verschiedene Theorien und Konzeptionen zum *ius naturale*.<sup>93</sup> Grundsätzlich nehmen alle Konzepte das *ius naturale* als ideales Recht wahr, das für alle Menschen ohne Unterschied gilt.<sup>94</sup> Im römischen Recht wurde es der philosophischen Grundlage entkleidet und eher kasuistisch als »*Naturrechtspraxis*« wahrgenommen.<sup>95</sup> Die römischen Juristen betrachteten *ius naturale* als vorgegebenes und auf *naturalis ratio* (der Vernunft der Natur) beruhendes Recht.<sup>96</sup> Es könnte

in dieser Hinsicht auch der Rechtsphilosophie oder Rechtsgeschichte zugeordnet werden. Modernes Naturrecht beruht – im Unterschied zum *ius naturale* – nicht auf *naturalis ratio*, die mit der Natur im Einklang steht und von menschlichem Willen unabhängig ist, sondern eher auf »dem Willen und der Einsicht des Einzelnen«, nämlich auf der Vernunft der Menschen.<sup>97</sup>

Unter der römischen Regierungsgewalt lebten viele Nicht-Römer bzw. Fremde, nämlich *peregrini*. Mit Erweiterung der Grenzen der römischen Republik traten auch viele juristische Konflikte zwischen *cives Romani* (Römer) und *peregrini* oder zwischen *peregrini* aus verschiedenen Nationen ein.<sup>98</sup> Bei diesen Konflikten konnte nicht gemäß *ius civile* verurteilt werden, da dieses als objektive Rechtsordnung nur für Konflikte zwischen *cives Romani* galt.<sup>99</sup> Um diese gemischten Konflikte (zwischen *cives Romani* (Römer) und *peregrini* oder zwischen *peregrini* aus verschiedenen Volksgruppen) zu lösen, gab es wegen des Personalitätsprinzips keine juristische Möglichkeit. Da Kollisionsrecht im römischen Recht nicht bekannt war und bestimmtes fremdes Recht außerhalb der römischen Jurisdiktion steht, konnte das Heimatrecht der eroberten Länder bei gemischten Konflikten nicht angewendet werden.<sup>100</sup> Dafür wurde wohl im Jahr 242 v. Chr. ein neuer Fremdenprätor erstellt, der *praetor peregrinus*.<sup>101</sup> Um diese gemischten Konflikte zu lösen, erschuf die römische Rechtsbildung eine alle Freien bindende, hauptsächlich privatrechtliche objektive Rechtsordnung, das *ius gentium*.<sup>102</sup> Dank des Einsatzes des *praetor peregrinus* hat sich das römische Recht schnell entwickelt, denn mittels *ius gentium* konnten neue rechtliche Institutionen entwickelt werden und es fungierte wie ein Experimentfeld.<sup>103</sup> Einige Grundgeschäfte wie formfreie Eigentumsübertragung, formfreier Kauf und abgewandelte Formen von *stipulatio* wurden eingerichtet.<sup>104</sup>

(Fn. 16), S. 39.

<sup>97</sup> Kühl, Naturrecht, in: Joachim Ritter, Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 6 (1984), Sp. 560–623; Schlosser, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, S. 147, 152.

<sup>98</sup> Seeck (Fn. 34), S. 136; Cascione (Fn. 26), S. 63; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37; Wieacker (Fn. 29), S. 114. Die Konflikte zwischen Menschen aus denselben Nationen wurden in der Regel laut jeweiligem nationalem Recht gelöst. S. Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37. Mit der *Constitutio Antoniniana* im Jahr 212 wurde allen freien Untertanen vom Kaiser Severus Antoninus (*Caracalla*) die römische Bürgerschaft gewährt (Sturm [Fn. 59], S. 668; Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 40; für dahinterliegende Gründe s. Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 40).

<sup>99</sup> Cascione (Fn. 26), S. 63; Sturm (Fn. 59), S. 663; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37; Schiemann (Fn. 1), S. 91; Wieacker (Fn. 29), S. 115.

<sup>100</sup> Schiemann (Fn. 1), S. 91; Wieacker (Fn. 29), S. 115; Cascione (Fn. 26), S. 62.

<sup>101</sup> Wieacker (Fn. 29), S. 115; Cascione (Fn. 26), S. 64; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37; Schiemann (Fn. 1), S. 91; Sturm (Fn. 59), S. 667; mit der Zeit stieg die Anzahl der fremden Prätores ein (Kierdorf [Fn. 68], S. 260, 261; Wieacker [Fn. 29], S. 115).

<sup>102</sup> Herbert (Fn. 92), S. 23. *Ius gentium* wurde es seit der späteren Republik genannt. S. Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37; Wieacker (Fn. 29), S. 115.

<sup>103</sup> Schiemann (Fn. 1), S. 93; Kaser (Fn. 2), S. 206.

<sup>104</sup> Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37; Seeck (Fn. 34), S. 137; Die Normen in *ius gentium* waren absichtlich flexibler und anders als *ius civile* (Wieacker [Fn. 29], S. 115; Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 37; Seeck [Fn. 34], S. 137); weltweit ausbreitete Ausgaben und Verwaltung erweichten den Formalis-

<sup>85</sup> Es wird auch behauptet, dass *ius honorarium* eine Art »*Billigkeitsrecht*« ist. Es weist jedoch wichtige Unterschiede zum *Common Law*-System auf. Es ist nicht möglich, sich *ius honorarium* im Sinne von *common law* als Fallrecht zu qualifizieren. Denn im römischen Recht entscheidet sich der Prätor für den Einzelfall und diese Entscheidung ist im Gegensatz zum *common law* nicht bindend (Kaser [Fn. 9], S. 24).

<sup>86</sup> Wieacker (Fn. 29), S. 119.

<sup>87</sup> Kaser (Fn. 2), S. 208; Wieacker (Fn. 29), S. 119.

<sup>88</sup> Wieacker (Fn. 29), S. 119.

<sup>89</sup> Kaser (Fn. 2), S. 206; Wieacker (Fn. 29), S. 119.

<sup>90</sup> Die Prätores schufen eine Art progressives Amtsrecht, das über den entschiedenen Einzelfall hinaus durch Aufstellung und Anwendung von prätorisch aufgestellten Rechtsgrundsetzen auch in weiteren Fällen Anwendung fand. S. Wieacker (Fn. 29), S. 92.

<sup>91</sup> Waldstein, Zur Bedeutung des Naturrechts in der Entwicklung des Römischen Rechts, in: *Iustum Aequum Salutare* IV. 2008/4. (2008), S. 116; *ius naturale* ist auch das Fundament der modernen Menschenrechte (Waldstein [Fn. 90], S. 125).

<sup>92</sup> Kaser (Fn. 9), S. 203.

<sup>93</sup> Herbert, *Ius gentium* und *ius naturale* in ihren Verhältnis zum *ius civile* bei Gaius (1960), S. 30; Waldstein (Fn. 90), S. 120.

<sup>94</sup> Herbert (Fn. 92), S. 113.

<sup>95</sup> Herbert (Fn. 92), S. 113, 142.

<sup>96</sup> Waldstein (Fn. 90), S. 122; Kaser (Fn. 2), S. 204; Herbert (Fn. 92), S. 125, 130; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 39; Cascione (Fn. 26), S. 64; Paulus verstand *ius naturale* als allezeit gerechtes und gutes Gesetz. Laut *Ulpian* wird weitgehender unter Naturrecht, das von Natur alle Lebewesen gelehrte Recht (D. 1,1,1,3) verstanden (Behrends, Knütel, Kupisch, Seiler (gemeinschaftlich übersetzt): *Digesten* 1-10, (1995), S. 24; Kaser/Knütel/Lohsse

*Ius gentium* entspricht eher nicht dem heutigen Rechtsgebiet des *internationalen Privatrechts*.<sup>105</sup> Es bezieht sich nicht auf die nationalen Ordnungen anderer Länder und wurde auf Fremde direkt angewendet.<sup>106</sup> Das *ius gentium* enthielt keine Kollisionsnormen (vgl. Art. 3 I EGBGB).<sup>107</sup> Das heißt, im Gegensatz zum heutigen Kollisionsrecht wurde nicht entschieden, welche nationalen Regeln angewendet werden sollen.<sup>108</sup> Nicht dem heutigen internationalen Privatrecht entsprechende Aspekte des *ius gentium* sind, dass es auch manche öffentlich-rechtliche Gegenstände enthält und es mitunter auch auf eigene (römische) Bürger angewendet wurde.<sup>109</sup>

*Ius gentium* kann als »gemeinsames Recht aller Völker«, als »bei allen Völkern geltende Rechtssätze«, als »Völkergemeinrecht« oder als »Recht der Völker« bezeichnet werden.<sup>110</sup> Jedoch entspricht *ius gentium* dem Völkerrecht nur teilweise, da es nur einen Teil des heutigen Völkerrechts abdeckte.<sup>111</sup> Das Völkerrecht – heute auch als internationales öffentliches Recht bezeichnet – ist nämlich auf das zwischenstaatliche Recht bezogen und bindet v.a. die Völkerrechtssubjekte.<sup>112</sup> Ein einzelner Staat kann heute die Regeln des Völkerrechts nicht festlegen. Darüber hinaus spielen die internationalen Gemeinschaften heute eine wichtige Rolle im Völkerrecht. Aus diesen Gründen könnte *ius gentium* eher zwischen heutigem internationalem Privatrecht und Völkerrecht eingeordnet werden.

### III. *Ius* als Gerichtsstätte und Zuordnung zu heutigen rechtswissenschaftlichen Begriffen und Disziplinen

Wie *Paulus* auch erwähnte, meint *ius* zudem die Gerichtsstätte, in der der Prätor Recht spricht und wo subjektive Rechte verfolgt werden können.<sup>113</sup> Schon in den Zwölfafelgesetzen (1,1; 3,2; 3,3; 6,5a) wird *ius* als prätorische Gerichtsstätte bezeichnet.<sup>114</sup> In diesem Sinne wird *ius* auch im

mus des *ius* (Wieacker [Fn. 29], S. 80).

105 *Cascione* (Fn. 26), S. 61.

106 *Seeck* (Fn. 34), S. 137; *Cascione* (Fn. 26), S. 61.

107 *Kaser* (Fn. 2), S. 202; *Cascione* (Fn. 26), S. 61.

108 *Kaser* (Fn. 2), S. 202; *Cascione* (Fn. 26), S. 65; *Charwath* (Fn. 65), S. 274, 275; *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 16), S. 38; nach Ansicht einiger Autoren gab es internationales Privatrecht und Kollisionsrecht, wenn auch nur teilweise (s. dazu *Cascione* [Fn. 26], S. 66, 67, 70).

109 *Charwath* (Fn. 65), S. 274, 275; *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 16), S. 38; bei der Entnationalisierung des *ius gentium* war Billigkeit (*bonae fidei iudicia*) einer der Hauptgründe. S. *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 16), S. 38.

110 *Atzeri* (Fn. 31), Abs. 12; *Herbert* (Fn. 92), S. 7; Ausnahmsweise hatte *ius gentium* auch den überstaatlichen Aspekt, zwischenstaatliches öffentliches Recht, nämlich »Völkerrecht«. Es bezieht auch das Kriegsrecht (*ius belli*), das Recht der Staatsverträge und der Gesandten ein (*Kaser/Knütel/Lohsse* [Fn. 16], S. 38; *Herbert* [Fn. 92], S. 23; *Kaser* [Fn. 2], S. 203, 204). In diesem Sinne verwendete es nur *Pomp.* 50, 7, 18.

111 *Herbert* (Fn. 92), S. 7.

112 *Herbert* (Fn. 92), S. 7; *Charwath* (Fn. 65), S. 274, 275.

113 *Forgó-Feldner*, Rezension zu: *Färber*, Römische Gerichtsorte. Räumliche Dynamiken von Jurisdiktion im Imperium Romanum (2016) S. 563; *Honsell* (Fn. 24), S. 19; *Färber*, Römische Gerichtsorte: Räumliche Dynamiken von Jurisdiktion im Imperium Romanum (2014), S. 2, 3; *Nörr* (Fn. 73), S. 3; *Wieacker* (Fn. 29), S. 51; *Kaser* (Fn. 5), S. 11; *Kaser* (Fn. 2), S. 25.

114 In *Tabula I*, die Zwölfafelgesetze: »*si in ius vocat ito*« bedeutet, dass

*in-iure*-Verfahren als »auf der Gerichtsstätte/Gerichtsbühne« verstanden.<sup>115</sup> Gerichtsstätte bedeutet *ius* in »*iurisdictio*«, »*ius dicere*«, »*in ius vocare*«, »*in ius ducere*« sowie »*in ius cedere*«. <sup>116</sup>

Die Gerichtsstätte des Prätors erforderte keine besonderen Bedingungen (*Paul. D.* 1,1,2).<sup>117</sup> Sie wurde als Gerichtsort des Prätors bezeichnet, wo dessen Richterstuhl (*sella curulis*)<sup>118</sup> aufgestellt wurde.<sup>119</sup> Dieser Stuhl symbolisierte die Jurisdiktionsgewalt.<sup>120</sup> *Ius* als Gerichtsstätte entspricht entfernt dem heutigen Gerichtsstand/Gerichtsort, nämlich dem Ort des zuständigen Gerichts.<sup>121</sup> In diesem Sinne könnte *ius* dem Zivilprozessrecht zugeordnet werden (§§ 12 bis 37 ZPO).

### IV. *Ius* als Entscheidungsinhalt

Die ursprüngliche Bedeutung des *ius*-Begriffs ist rechtmäßiges (und sakral unbedenkliches) Verhalten im Einzelfall, das niemanden verletzt oder keine Privatrache verursacht.<sup>122</sup> In diesem Sinne ist *ius* der spezifische Entscheidungsinhalt, der durch Urteil bzw. im Prozess feststellt, ob ein bestimmtes Verhalten rechtmäßig ist.<sup>123</sup> Dank autoritativer Entscheidung kann die Richtigkeit dieser Entscheidung nicht mehr diskutiert werden.<sup>124</sup>

In den Zwölfafelgesetzen wird *ius* in erster Linie als »Urteil« verstanden, in dem Recht geäußert wird.<sup>125</sup> Die Urteile sind eine wichtige Quelle des Rechts, denn sie enthalten juristische Erfahrungen. In der Vergangenheit hatten sie ein höheres Ansehen als Rechtsnormen.<sup>126</sup>

In der altzivilen Rechtspflege trat der Gerichtsmagistrat (ab 367 v. Chr.: Prätor) beispielsweise im *in-iure-cessio*-Prozess mit Jurisdiktionsanspruch bei.<sup>127</sup> Diese Jurisdiktion stand über der Feststellung einer *ius*-Behauptung. Wenn die notwendigen Bedingungen erfüllt sind, spricht der Magistrat *ius* in diesem Verfahren, denn der Gegenstand ist *ius*.<sup>128</sup> Der

»Wenn der Kläger vors Gericht ruft, soll Beklagte gehen«. Hier wurde *ius* im Sinne von Gerichtsstätte verwendet. S. *Hähnchen* (Fn. 18), S. 19f.

115 *Waldstein* (Fn. 31), S. 123; *Schiemann* (Fn. 1), S. 90; *Wieacker* (Fn. 29), S. 93; *Honsell* (Fn. 24), S. 19.

116 *Kaser* (Fn. 2), S. 25.

117 *Forgó-Feldner* (Fn. 112), S. 563.

118 »Die *Sella curulis* ist etruskischen Ursprungs: ein Sitzmöbel ohne Arm- oder Rückenlehne, einfach zu zerlegen und zu transportieren.« (*Forgó-Feldner* [Fn. 112], S. 563).

119 *Forgó-Feldner* (Fn. 112), S. 563.

120 *Forgó-Feldner* (Fn. 112), S. 562, 563.

121 *Färber* (Fn. 112), S. 3, 4.

122 *Paulus* schrieb: »[A]uch vom Prätor sagt man, daß er Recht spricht, selbst wenn er ungerecht entscheidet, wobei man sich natürlich nicht auf das bezieht, was der Prätor in diesem Fall getan hat, sondern auf das, was der Prätor hätte tun sollen« und erwähnte somit eine andere Bedeutungsebene des *ius* (*D.* 1,1,11).

123 *Kaser* (Fn. 5), S. 101 f.

124 *Kaser* (Fn. 5), S. 102.

125 *Kaser* (Fn. 5), S. 39.

126 *Kaser* (Fn. 5), S. 71.

127 *Behrends* (Fn. 2), S. 26 f.

128 *Behrends* (Fn. 2), S. 26 f.

Prätor kann selbst keine Urteile verfassen. Daher urteilt er nicht, sondern er spricht Recht.

### C. Fazit

Nach eingehender Untersuchung der Bedeutungsebenen von *ius* im römischen Recht hat sich gezeigt, dass dieser Begriff äußerst mehrdeutig ist und mit der Zeit teils völlig verschiedene sowie heute nicht immer präzise übersetzbare Bedeutungsinhalte angenommen hat. Der Jurist *Paulus* etwa machte fünf grundlegende Bedeutungsebenen aus; gut begründet lassen sich auch noch weitere Bedeutungsdimensionen identifizieren. Nur beispielhaft genannt werden soll die Verwendung des *ius*-Begriffs im römischen Recht für persönliche Forderungen und beschränkt dingliche Rechte, für das subjektive Recht, aber auch die römische Rechtsordnung insgesamt. Wesentliche heutige Bezugspunkte wären das Privat- und Zivilprozessrecht. Der *ius*-Begriff wird dabei schon seit altrömischer Zeit weltlich verstanden – auch dies führte zur Entwicklung des Rechts als eigenständige Disziplin durch Juristen. Hinzu kommt, dass im römischen Recht kein *Gesetzesmonopol* bestand (wohingegen in heutigen Rechtssystemen – auch in Deutschland – dagegen eher ein »*gesetzesstaatliches Denken*« vorherrscht). Die Herausbildung der klassischen Juristen war dabei einer der Gründe für die fortschrittliche Entwicklung des römischen Rechts. Das Recht (*ius*) in Rom kann mithin eher als »*Rechtswissenschaft*« bezeichnet werden, die sich heute dagegen eher als eine »*Gesetzeswissenschaft*« darstellt.

*Ius civile* schließlich wurde begrifflich zwar in verschiedenen Bedeutungen verwendet, aber die häufigste Verwendung war die als objektives Recht, das nur für römische Bürger galt. In diesem Sinne entsprach *ius civile* dem gesamten Zivilrecht (Privatrecht/Bürgerrecht) eines Staates. *Ius honorarium* war eine das *ius civile* ergänzende und korrigierende Schicht, die durch die prätorische Amtsgewalt durchgesetzt wurde. Dank des durch Fallergahrungen entwickelten *ius honorarium* wurde altes *ius civile* an neue Lebensanforderungen angepasst. Zu *ius* im objektiven Sinne zählen auch *ius naturale* und *ius gentium*, die einen engen, teils kaum zu trennenden Bedeutungszusammenhang aufweisen. Während das *ius naturale* durchaus auch heute noch als Naturrecht verstanden werden kann, lässt sich das *ius gentium* nicht mit dem Völkerrecht im heutigen Sinne gleichsetzen, sondern steht vielmehr zwischen letzterem und dem internationalen Privatrecht.

Als eine örtliche Bedeutungsebene bedeutet *ius* ferner die Gerichtsstätte des Prätors. Dort konnte das eigene subjektive Recht verfolgt werden und der Prätor sprach Recht. In diesem Sinne entspricht *ius* dem heutigen Gerichtsstand/Gerichtsort und könnte daher dem Zivilprozessrecht zugeordnet werden.

Zwischen all diesen Bedeutungsebenen bestehen enge Verbindungen. Dass das subjektive *ius* aus dem objektiven *ius* hervorgeht, zeigt dies ebenso wie die ergänzende, korrigierende und gegensätzliche Beziehung zwischen den Schichten des objektiven Rechts, *ius civile*, *ius gentium* und *ius honorarium*.

Wie eingangs erwähnt, verstand *Celsus* den *ius*-Begriff als »*Kunst des Guten und Gerechten*« – die vielen Merkmale des *ius*-Begriffs und seine unterschiedlichen Bedeutungen wie auch Funktionen im römischen Recht belegen, dass dieses wunderbare Verständnis des Rechts kein Zufall ist.