Doris Forster, Konstanz

Rechtsvergleichende Argumentation in den Institutionen des Gaius*)

Übersicht:

I. GAIUS
II. Methoden der römischen Juristen – Interpretation und Intuition
III. Ignoranz der römischen Juristen? Ihre Ablehnung der Rechtsvergleichung
IV. Rechtsvergleichung in den Institutionen des Gaius – Gaius als Wendepunkt der Rechtsvergleichung?
A. Rechtsvergleichung anhand spezifisch fremden Rechts
B. Pauschalisierender Rechtsvergleich
C. Das Recht aller Staaten *(ius omnium civitatium)*
D. Völkergemeinrecht *(ius gentium)*
E. Rechtsanwendungsnormen
F. Sonstige Referenzen auf fremdes Recht
V. Ergebnis
VI. Kenntnisse fremden Rechts bei Gaius und den römischen Juristen im Allgemeinen
VII. Zweck der Referenzen auf fremdes Recht: Unterrichtende Erzählkunst oder durchdachte Methode?

I. GAIUS

‚GAIUS' – das ist der Titel der ersten österreichischen Zeitschrift für Rechtsvergleichung,[1]) erschienen zwischen den Jahren 1907 und 1912. Die Assoziation von Gaius mit dem Feld der Rechtsvergleichung liegt nahe, da Gaius in den Institutionen häufig Referenzen auf fremdes Recht gebraucht. Der vollständige Zeitschriftentitel deutet aber auf eine untergeordnete Bedeutung der Rechtsvergleichung hin: ‚GAIUS – Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtsunterricht für Studierende und praktische Juristen'. Der

*) Der Beitrag geht hervor aus dem vom Zukunftskolleg der Universität Konstanz mit Mitteln des Bundes und der Länder im Rahmen der Exzellenzinitiative geförderten Forschungsprojekt ‚The Legal History of Comparative Law'. Mein Dank für die stete Gastfreundschaft gilt dem Institut für Römisches Recht der Sapienza, Rom. Für wesentliche Impulse und Unterstützung danke ich dem Direktor Professor Dr. *Oliviero Diliberto,* Professor Dr. *Giuseppe Falcone* (Sapienza/Palermo) und Dr. *Antonio Angelosanto* (Sapienza). Auch dem/der anonymen Peer-Reviewer/in gebührt Dank für wichtige Hinweise.

1) *Pineles*, Urteile über die ‚Gaius'-Zeitschrift für Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, GAIUS 1907/1 (1-4) 4.

springende Punkt für die Wahl des Haupttitels liegt in den Worten des Herausgebers in etwas anderem: ‚Die Kunst der Rechtsunterrichtsweise des Gaius steht noch heute unübertroffen da'.[2]) Gaius, der Jurist, war auch ein großer Didakt. Aber inwiefern kam in seinem Werk die Rechtsvergleichung zur Geltung? Wurden Rechtsvergleiche von Gaius für die Kunst der Darstellung, also auf Seite der Rechtsbegründung, funktionalisiert? Dieser Beitrag will auch die andere Seite der Münze betrachten, die der Interpretation von Recht aufbauend auf Methoden. Ließ Gaius die Rechtsvergleichung auf Ebene der Rechtsdeduktion zur Geltung kommen?

Eine ‚nichtssagende' Rechtsvergleichung kann Gaius nicht vorgeworfen werden. Es wird anerkannt, dass Gaius seine komparative Arbeit nicht als bloße Nebeneinanderstellung bzw horizontale Konfrontation juristischer Standpunkte betrieb.[3]) Die Auffassung, dass er als Begründer institutioneller Rechtsvergleichung zu sehen sei,[4]) konnte sich jedoch nicht durchsetzen. Verbreiteter ist seine Einordnung als Rechtsethnograph,[5]) mithin als eine Art beschreibender Völkerkundler, der aber nach *Nörr* eine weitere Ambition verfolgte: ‚Gaius ist der Jurist, bei dem wir am meisten Rechtskritik finden.'[6]) Insofern wurde Gaius durchaus eine Sonderstellung bescheinigt, auch wenn der ‚Zeitgeist' nicht ganz spurlos an ihm vorüberging; in der nachklassischen Zeit wächst die Rechtskritik, ‚man sucht Rechtssätze zu begründen oder macht doch wenigstens ein Fragezeichen.'[7]) Es stellt sich auch hier die Frage: Inwieweit wagte Gaius eine Kritik am römischen Recht auf Grundlage fremden Rechts? Kam es zu einem Transfer von Rechtswertungen und Ähnlichem?

Von Belang für die Untersuchung sind Fragen zu den Methoden der römischen Juristen im Allgemeinen. Auch bei der Rechtsvergleichung im eigentlichen Sinne gilt die Methodenfrage als ungeklärt. Doch soll der vorliegende Beitrag nicht zu sehr vom klassischen ‚Gaius' abschweifen. Im Ergebnis ist festzustellen, dass Gaius in der Weise einer funktionalen Rechtsvergleichung argumentierte, ohne sich inhaltlich an eine eigentliche Methode, dh an ein Mittel zur Rechtserkenntnis im strengen Sinne, zu binden.

---

[2]) *Pineles*, Unser Ziel, GAIUS 1907/1 (1-3) 3.

[3]) *Goria*, Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio, in: FS Romano: Il modello di Gaio nella formazione del giurista (1981) 211-324, 223; *Lantella*, Le istituzioni di Gaio come modello pragmatico, in: FS Romano (1981) 27-87, 68-70.

[4]) *Wacke* mit Hinweis auf *Gorias* Untersuchung; *Wacke*, War ‚Gaius' das männliche Pseudonym einer Juristin? Zur Stellung römischer Frauen in Recht und Justiz, OIR 2008/12 (63-83) 77 Fn 59.

[5]) *Nörr*, Rechtskritik in der römischen Antike (1974) 93.

[6]) *Nörr*, Rechtskritik (1974) 102. Auch *Wacke* urteilt, dass sich in den Gaius Institutionen ‚signifikant häufiger als bei anderen römischen Juristen' rechtskritische Bemerkungen finden; *Wacke,* Pseudonym, OIR 2008/12 (63-83) 75.

[7]) *Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts (1934) 68. *Schulz* schreibt dazu: ‚Gaius fragt gelegentlich nach den Gründen der Rechtssätze und bezeichnet den ein oder anderen als mangelhaft'; *Schulz*, Prinzipien (1934) 67 f.

II. Methoden der römischen Juristen – Interpretation und Intuition

Auf welchem Wege fanden die römischen Juristen zu ihren rechtlichen Ergebnissen? Wie vollzog sich ihre Rechtserkenntnis? *Kaser* konstatiert eine typischerweise kasuistische Betrachtung römischer Juristen, welche letztlich auf subjektiver Intuition beruhe. Basis seien – so *Kaser* – juristisches Sachgefühl und Erfahrung der Juristen. Doch ‚Gründe für die Fallentscheidung werden bekanntlich häufig verschwiegen'.[8]) Es ist anzunehmen, dass die berühmte Intuition römischer Juristen vielfach einer gesetzgebenden Institution und ihrer gesetzgeberischen Intention nachfolgte.[9]) Systematiken sind in den Rechtsdiskursen erkennbar, wie auch in den Institutionen des Gaius.

Bei der Analyse hilft ein kurzer Blick auf das Selbstverständnis der Rechtsvergleichung, wie sie heute überwiegend auftritt.[10]) Für die Rechtsbegründung wird die Rechtsvergleichung beispielsweise im Rahmen der Rechtsprechung teilweise herangezogen. Dass sich die Rechtsvergleichung – im Sinne einer Methodenvielfalt – als Mittel der Rechtsdeduktion verwenden ließe, ist dabei nicht selbstverständlich. Es fehle schon das theoretische Fundament, wird angemerkt.[11]) Die Rechtsvergleichung ist damit auf andere Rechtfertigungen angewiesen. Ferner kann festgestellt werden, dass Rechtsvergleichung im Hinblick auf eine bestimmte Funktion betrieben wird. Auch insoweit wäre Gaius kein Solitär in der Geschichte der Rechtsvergleichung. ‚Funktional' im Sinne der herrschenden Lehre hat aber eine eigene Bedeutung. Die Rechtsvergleichung schreibt sich größtenteils einem funktionalen Verständnis in dem Sinne zu, dass Recht auf soziale Bedürfnisse reagiere, welche in verschiedenen Rechtsordnungen zu unterschiedlichen Lösungen führten. Der funktionale Rechtsvergleich lässt sich dabei in drei Schritten formulieren. Zunächst wird in einem sog Länderbericht das funktionale Äquivalent im ausländischen Recht dargestellt. Beispielsweise werden nicht Formvorschriften im deutschen oder österreichischen Recht verglichen, sondern man untersucht die Frage nach dem Schutz vor einem überschnellen Vertragsschluss. Im nächsten Schritt werden die Gemeinsamkeiten

---

[8]) *Kaser*, Zur Methode der Römischen Rechtsfindung (1962) 54. Gegen *Kaser* und mit weiteren Literaturangaben vgl *Harke*, Juristenmethode in Rom, in: *Riesenhuber* (Hg), Europäische Methodenlehre (2015) 7-10.

[9]) Zur Methodik der römischen Juristen vgl ferner *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht[21] (2017) 24-27; *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz (1974) 19-61; *Vacca*, Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano (1976). Zur Rhetorik als Methode vgl *Babusiaux*, Papinians Quaestiones: Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen (2011); *Wesel*, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen (1967).

[10]) Für einen Kurzüberblick vgl *Forster*, Zur Methode des Rechtsvergleichs in der Rechtswissenschaft – On the Methods for Comparative Law Research in Legal Studies, Ancilla Iuris: Lagen des Rechts – Constellations of Law, Special Issue: Legal Scholarly Responses in Comparison, 2018/37 (98-109).

[11]) *Reimann*, The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century, AJCL 2002/50 (671-700) 671.

und Unterschiede festgestellt. Zum Schluss folgt mitunter eine Beurteilung der unterschiedlichen Lösungen.[12])

III. Ignoranz der römischen Juristen? Ihre Ablehnung der Rechtsvergleichung

Den römischen Juristen wurde seit jeher ein geringes bis kein Interesse am Recht fremder Völker nachgesagt. So bemerkte *Leopold Wenger*, dass für das ‚Sehen' fremder Rechte zunächst das Anerkennen der Existenzberechtigung anderer staatlicher Gebilde erforderlich sei, welches nicht bestehe, wenn man fremde Völker nur als Eroberungsgegenstand wahrnehme.[13])

Schulz bestätigt in seinen ‚Prinzipien des römischen Rechts', dass die republikanische und klassische Jurisprudenz das Privatrecht nur aus stadtrömischer Sicht bearbeitet, das ‚Peregrinenrecht' hingegen völlig bei Seite gelassen hätte.[14]) *Sturm* kommt zu dem harten Urteil: ‚fremdes Recht interessierte [die römischen Juristen] überhaupt nicht.'[15])

Ein in Ciceros Manier deutlicher Quellenhinweis, wonach jede Form von Rechtsvergleichung aus römischer Sicht wertlos sei, ergibt sich aus seinem *De Oratore*.[16])

> Cicero, De Oratore 1.44.197
> *Percipietis etiam illam ex cognitione iuris laetitiam et voluptatem, quod, quantum praestiterint nostri maiores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intellegetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis; incredibile est enim, quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum.*

---

[12]) *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung I (1996) 31 ff; siehe auch *Michaels*, Rechtsvergleichung, in: *Basedow/Hopt* (Hgg), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009) 1265 ff.

[13]) *Wenger*, Die Quellen des römischen Rechts (1953) 8: ‚Sowie ein Volk, für unsere Betrachtung also das römische Volk, zum Bewusstsein seines Rechts als einer seiner Kulturerscheinungen erwacht ist, sowie also seine Juristen juristisch zu denken, das römische Recht als einem dem Volke eigenen Kulturfaktor zu erfassen vermocht haben, sobald sodann die Umwelt des eigenen Raumes nicht mehr ausschließlich als feindliches, möglichst weit durch Zerstörung fern zu haltendes fremdes Land und zu vernichtendes fremdes Volk erscheint, sobald man eine andersstaatliche Umwelt überhaupt als existierend und wenn auch noch so widerwillig und misstrauisch als existenzberechtigt anzusehen gelernt hat, als eine Umwelt, die man sich vielleicht einmal unterwerfen können wird, die aber immerhin einstweilen noch da ist, seit diesen ersten Anfängen völkerrechtlichen Lebens hat der einheimische Jurist andere staatliche Gebilde und andere Rechte als das heimische, das nationale überhaupt erst zu sehen begonnen.'

[14]) *Schulz*, Prinzipien (1934) 22.

[15]) *Sturm*, Ius gentium: Imperalistische Schönfärberei römischer Juristen, in: *Muscheler* (Hg), Römische Jurisprudenz: Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag (2011) 663-669, 663.

[16]) Er lässt dazu Crassus sprechen, auch wenn es sich um die Auffassung Ciceros selbst handelt. So auch *Goria*, Osservazioni, in: Romano (1981) 270 Fn 91.

> Auch insofern werdet ihr aus der Erkenntnis des Rechtes Freude und Vergnügen schöpfen, als ihr die großen Vorzüge unserer Vorfahren in der Staatsklugheit vor anderen Völkern dann am leichtesten einsehen werdet, wenn ihr unsere Gesetze mit denen eines Lykurgos, Drakon und Solon vergleichen wollt. Denn es ist unglaublich, wie das bürgerliche Recht überall außer bei uns ungeordnet und, ich möchte fast sagen, lächerlich ist.[17])

Nach Cicero zeigt ein Vergleich von römischem Recht und dem des Lykurgos, Drakon und Solon nur die Lächerlichkeit deren Rechte.[18]) Auch wenn es sich nicht um eine ‚juristische' Quelle handelt und der Inhalt sicherlich auch eine Provokation oder zumindest Polemik beinhaltet,[19]) so lässt er sich als Ausdruck der Überzeugung lesen, dass der Vergleich mit fremden Rechten keinen Mehrwert für die römische Jurisprudenz darstelle.

IV. Rechtsvergleichung in den Institutionen des Gaius – Gaius als Wendepunkt der Rechtsvergleichung?

Ein augenscheinlich anderes Bild ergibt sich bei der Betrachtung der Institutionen des Gaius.[20]) Darin bezieht sich Gaius explizit auf fremde Rechtsordnungen, wie das Recht der Bithyner (Gai. I.193) und der Galater (Gai. I.55). Diese Verweise sind in den Institutionen Justinians nicht zu finden.[21]) Gaius beschreibt aber nicht nur fremdes Recht, sondern stellt es auf eine Ebene neben das römisch-rechtliche funktionale Äquivalent. Dabei nennt er Gemeinsamkeiten, allerdings ohne den Anspruch eines erschöpfenden Vergleichs. Seine Vorgehensweise erinnert somit an den funktionalen Rechtsvergleich.

Neben den spezifischen Referenzen auf fremdes Recht stellt er die Ergebnisse pauschaler Rechtsvergleiche dar, bei denen er das fremde Recht nicht näher konkretisiert. So bezeichnet er römische Rechtsinstitute wie das *duplex dominium* (Gai. II.40), die *patria potestas* (Gai. I.55) und die *tutela mulierum* (Gai. I.190) als einzigartig bzw singulär *(ius proprium civium Romanorum)* oder erwähnt umgekehrt, dass eine Rechtsregelung sich bei allen Völkern *(apud omnes gentes)* wie-

---

[17]) Vgl die Übersetzung bei Marcus Tullius Cicero: Scripta quae manserunt omnia, Fasc. 3, De oratore, eds. *Kazimierz/Kumaniecki/Teubner* (1995); Ciceros drei Bücher vom Redner, ed. *Kühner* (1873); Über den Redner / De Oratore, Lateinisch – Deutsch, ed. *Nüßlein* (2013).

[18]) Nach *Corbino* fußt Ciceros Aussage auf seiner Beobachtung, dass allein das römische Recht systematisiert worden sei; *Corbino*, La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio, IVRA 2016/64 (9-100) 15.

[19]) *Quadrato* sieht es als Ausdruck von *'orgoglio patriottico': Quadrato*, D. 1.2.1: Gaio fra storia e retorica, LR 2015/4 (227-241) 227.

[20]) *Sturm* bezeichnet ihn insoweit als eine ‚Ausnahme'; vgl *Sturm*, Ius gentium, in: FS Liebs (2011) 667 Fn 14.

[21]) Dies könnte der Grund sein, weshalb *Schulz* mit Hinweis auf die Arbeiten von *Solazzi* die Stellen als interpoliert vermutet; *Schulz*, Prinzipien (1934) 22 Fn 65. *Albertarios* Untersuchung entbehrt hingegen eines Interpolationsverdachts der genannten Stellen; *Albertario*, Elementi postgaiani nelle istituzioni di Gaio, RendIstLomb 1926/59 (3-15) 3. *Solazzis* Vermutung dürfte überzogen sein.

derfinde. Insofern handelt es sich offenbar um Feststellungen, die als Ergebnisse einer diskursoffenen vergleichenden Betrachtung gelesen werden können. Doch was ist, um auf die Ausgangsfrage zurückzukommen, solch ein Rechtsvergleich bei Gaius wert?

Die dargestellten Fragen sollen anhand der Quellen untersucht werden. Dabei lassen sich sechs Kategorien unterscheiden. Zunächst jene Quellen, in denen Gaius das römische Recht mit einer spezifischen fremden Rechtsordnung vergleicht (wie dem Recht der Bithyner und Galater, siehe Unterpunkt A). Sodann solche Texte, bei denen er das römische Recht pauschal mit dem Recht der ‚Fremden' konfrontiert, ohne dieses zu präzisieren (Unterpunkt B). Daneben spricht Gaius vom ‚Recht aller Staaten' *(ius omnium civitatium)* und von Recht, das bei allen Völkern existiert *(ius gentium)*, Kategorien, die Ergebnis rechtsvergleichender Erwägungen sein könnten (Unterpunkte C und D). Außerdem erklärt er bei bestimmten Normen, dass diese allein für römische Bürger Anwendung finden, aber nicht für Fremde (Unterpunkt E). Schließlich erwähnt er fremde Rechtsvorschriften in Form einer bloßen Auslandsrechtskunde, ohne dabei weitere vergleichende Erwägungen anzustellen (Unterpunkt F).

A. Rechtsvergleichung anhand spezifisch fremden Rechts

1. Gai. I.55: Vergleich mit den Galatern

Eine Darstellung des römischen Rechts der *patria potestas* im Vergleich zum Recht der Galater findet sich in Gai. I.55. Bei den Galatern handelt es sich um ein Volk aus Galatia, dem östlichen Teil von Großphrygien in Kleinasien.[22])

Gai. I.55
Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus, quod ius proprium civium Romanorum est. Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus, idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestatem parentum liberos esse.

Ferner stehen unsere Kinder, die wir in rechtmäßiger Ehe erzeugt haben, in unserer Hausgewalt; dieses Rechtsinstitut ist den römischen Bürgern eigen. Es gibt nämlich fast überhaupt keine anderen Menschen, welche eine derartige Gewalt über ihre Kinder haben, wie wir sie haben, und das hat der verewigte Hadrian in einem Edikt klargestellt, das er für diejenigen erlassen hat, welche für sich und für ihre Kinder das römische Bürgerrecht von ihm erbaten. Es entgeht mir aber nicht, dass das Volk der Galater glaubt, Hauskinder stünden in der Hausgewalt ihrer Hausväter.[23])

Die Bezeichnung ‚*ius proprium civium Romanorum*' (das den römischen Bürgern eigene Recht) kann hier nicht im Sinn einer Kollisionsnorm missver-

[22]) *Bürchner*, Galatia, in: RE (1897).

[23]) Gaius Institutiones, ed. *Manthe* (2004) 56 f: Er übersetzt ‚Sonderrecht der römischen Bürger'.

standen werden, wonach die Regel exklusiv für römische Bürger gelte.[24]) Gaius spricht über die Unterschiedlichkeit der verschiedenen Rechtskreise. Er weist zunächst auf eine Alleinstellung des römischen Rechts hin, was freilich unterschiedliche Deutungen zulässt: Einerseits gleicht einem Cicero die Betonung der Einzigartigkeit des römischen Rechts, andererseits aber im Gegenteil die Relativität römischer Rechtsregeln. Gaius möchte das Fremde allerdings nicht allzu konfrontativ dem Eigenen entgegenstellen, was sich auch an der stilistischen Vergleichskonstruktion ‚*talem… qualem*' zeigt. Durch die rechtsvergleichende Beobachtung erzeugt Gaius zunächst eine Dichotomie, die das römische Recht als alleinstehend erscheinen lässt. Durch den Verweis auf die Galater wird diese Sonderstellung sodann wieder aufgehoben. Zweifel an der Legitimation von ‚Eigenartigkeiten' des römischen Bürgerrechts treten insoweit nicht zu Tage, der Verweis auf die übereinstimmende Regel der Galater trägt zur Unterstützung des bereits feststehenden, römischen Rechts bei, da die rechtliche Parallele auf eine Rechtsüblichkeit und damit auch auf die sachliche Notwendigkeit einer Norm hindeutet.[25]) Zur Legitimation der *patria potestas* schweigt Gaius im Übrigen.

Bei allem im Hinterkopf zu behalten ist, dass Gaius selbst mit einem derart minimalistischen Rechtsvergleich lange hervorstach. Zur Zeit Justinians herrschte ein anderes Selbstverständnis und es wurde weniger für erforderlich gehalten, eigene Rechtsmeinungen mit Hilfe rechtsvergleichender Erwägungen abzustützen, was in Inst. 1.9.2 deutlich wird, wo die oben genannte Textstelle von Gaius ihrer rechtsvergleichenden Zusätze entledigt wiedergegeben wird:

> Inst. 1.9.2
> *Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*
>
> Das Recht der väterlichen Gewalt aber, das wir über die Kinder haben, ist eine Eigentümlichkeit der römischen Bürger. Es gibt nämlich anderswo keine Menschen, die solche Gewalt über ihre Kinder haben wie wir.[26])

Der ‚Schwund' an Rechtsvergleichung in den Rechtstexten kann aber verschieden erklärt werden, was wiederum zur Frage der Bewertung der rechtsvergleichenden Arbeit des Gaius zurückführt. Hinsichtlich Inst. 1.9.2 lässt sich zB nüchtern feststellen, dass Verweise auf peregrines Recht nicht mehr notwendig waren, nachdem 212 n. Chr. mit Erlass der *Constitutio Antoniniana* das römische Recht für alle Bewohner des Reichs galt.[27]) Die Entstehung der Institutionen wird auf ca 160 n. Chr. datiert.[28]) Für die klassische Zeit vermutet *Kunkel*, dass die

---

[24]) *Majer*, Das römische internationale Privatrecht (2017) 14.

[25]) *Goria* wertet den Einsatz des Rechtsvergleichs als Zeichen der Zustimmung: *Goria*, Osservazioni, in: FS Romano (1981) 299.

[26]) *Knütel/Kupisch/Lohsse/Rüfner* (Hgg), Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung I (2013) 14.

[27]) *Castello*, Nota su I.1.9 de patria potestate, I.1.10 de nuptiis e D. 23.2.1, in: *Bianchini* (Hg), Diritto e società nel mondo romano (1988) 158-179, 158; *Kunkel*, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen (1967) 211.

[28]) *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht[21] (2017) 4.

Verweise auf das peregrine Recht bei den klassischen Juristen gar üblich gewesen sein könnten, die heute nicht mehr überliefert sind.[29]) Denkbar scheint auch, dass der Verweis auf die Galater zum Opfer typischer Verkürzungsbestrebungen wurde.[30])

2. Gai. I.193: Vergleich mit der Lex Bithynorum

Zu einem anderen Zweck wird der Rechtsvergleich in Gai. I.193 eingesetzt.

Gai. I.193
Apud peregrinos *non similiter, ut* ***apud nos,*** *in tutela sunt feminae; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt; ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier <contra> hat, maritum auctorem esse iubet aut filium eius puberem.*

Bei den Nichtbürgern stehen Frauen nicht in ähnlicher Weise wie bei uns unter Vormundschaft, aber sie stehen meistens sozusagen unter Vormundschaft; so schreibt zum Beispiel ein Gesetz der Bithyner vor, dass der Ehemann oder sein mündiger Sohn zustimmen muss, wenn eine Frau einen <Vertrag> schließt.[31])

Hier vergleicht Gaius die römische *tutela mulierum* und die *quasi-tutela* im Recht der Bithyner. Bei den Bithynern handelt es sich um ein Volk im nordwestlichen Kleinasien.[32]) Die Kennzeichnung als ‚*lex*' könnte als weitgehende Konzession missverstanden werden. Wie bei Gai. I.55 hätte es der Autor dabei bewenden lassen können, was andere ‚glauben'. Doch spricht Gaius nicht über genuines oder erworbenes römisches ‚Gesetz'. Insbesondere kann ‚*lex*' nicht als *lex data* Bestandteil römischer Gesetze in Bezug auf die Provinzen verstanden werden. Zu denken wäre insoweit an die ‚*lex Pompeia municipalis Bithyniae data*' des Prokonsuls Pompeius Magnus aus dem Jahr 63 v. Chr. Sie regelte für die Verwaltung einer Provinz typische Materien wie die Aufnahme in den Gemeindeverband und in den städtischen Senat.[33]) Privatrechtliche Fragen, wie diejenigen der *tutela mulierum*, waren gewöhnlich nicht Inhalt eines Provinzialstatuts *(lex data)*.

Für einen ‚internen Rechtsvergleich' im oben genannten Sinn des Begriffs ‚*lex*'[34]) gibt es auch sonst keinen Hinweis. Dass in der östlichen Reichshälfte der

[29]) *Kunkel,* Juristen (1967) 211.

[30]) Allgemeines dazu vgl bei *Kaser,* Zur Methodologie der römischen Rechtsquellen-Forschung (1972) 80; *Platschek*, Logische Formalisierung und juristische Textkritik am Beispiel D. 34.5.13(14).2-3 (Iul. sing. amb.), *per litteras* 3 f.

[31]) Gaius Institutiones, ed. *Manthe* (2004) 106 f.

[32]) *Majer*, Privatrecht (2017) 26 Fn 159; *Brandis*, in: RE (1897).

[33]) *Rotondi*, Leges publicae populi romani (1990) 492; *Brandis*, in: RE (1897); vgl mwN *Mancinetti*, La naturalis ratio e la critica degli ordinamenti particolari in Gaio: La nulla pretiosa ratio dei Romani e la lex dei Bitini in tema di tutela mulierum, in: *Mantovani/Schiavone* (Hgg), Testi e problemi del giusnaturalismo romano (2007) 475-495, 475, 492 Fn 29.

[34]) In der deutschen Übersetzung wäre daher besser ‚Recht' anstatt ‚Gesetz' der Bithyner zu verwenden.

Vertragsschluss im Beisein des Ehemanns erfolgte, geht stattdessen aus verschiedenen Urkunden hervor.[35])

Wie in Gai. I.55 bildet Gaius zunächst eine Antithese zwischen dem römischen Recht einerseits und dem fremden Recht im Allgemeinen andererseits. In einem zweiten Schritt separiert er das Recht der Bithyner, um dadurch eine Klammer zu bilden: Auch bei den Bithynern sei die Zustimmung des Ehemanns zum Vertragsschluss erforderlich, weshalb zumindest eine *quasi-tutela* bestehe.[36])

Im Unterschied zum Vorgehen in Gai. I.55, blickt Gaius bei der römischen Frauentutel allerdings tiefer anhand der Unterscheidung von Grund und Begründung:[37])

> Gai. I.190
> *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. Nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.*
>
> Dass aber volljährige Frauen unter Vormundschaft stehen, dazu dürfte kaum ein gewichtiger Grund geraten haben; denn wenn man gemeinhin glaubt, dass Frauen wegen ihrer Leichtfertigkeit häufig betrogen[38]) würden und es deshalb angemessen sei, dass sie durch die Zustimmung ihres Vormunds geleitet würden, so ist das wohl eher ein scheinbarer und kein wahrer Grund. Volljährige Frauen führen ihre Geschäfte nämlich selbst, und in einigen Fällen gibt ein Vormund nur der Form halber seine Zustimmung,

---

[35]) *Johannsen*, Das Privatrecht der griechischen Urkunden vom mittleren Euphrat (2017) 44 ff, 205 f, 264 ff. Für weitere Hinweise zur ‚*quasi-tutela*' im griechisch-hellenistischen Raum vgl *Mancinetti*, La naturalis ratio, in: *Mantovani/Schiavone* (Hgg), Testi e problemi (2007) 487 Fn 21.

[36]) Es handelt sich nicht um eine ‚Kollisionsnorm' im modernen Sinne. Dass das fremde Recht durch das römische Recht beachtet werden muss, wird hier nicht gesagt. Es ist ein bloßer Länderbericht über die *Lex Bithynorum* iSd Rechtsvergleichung; vgl *Majer*, Privatrecht (2017) 27 mit Ablehnung der Meinung von *Gröschler* und *Saredo*. Nach *Gröschler* zeige Gai. I.193, dass der Vormund ausländischer Frauen nach peregrinem Recht zu bestimmen sei; *Gröschler*, Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden (1997) 194 ff. Dies ergibt sich nicht unmittelbar aus Gai. I.193; vgl *Saredo*, Saggio sulla storia del Diritto internazionale privato (1873).

[37]) Zur Parallelüberlieferung bei Isidor vgl *Nelson/David*, Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai. Institutiones (1981) 154.

Mancinetti klassifiziert die Argumentiation in Gai. I.189-193 als ‚discorso polemico'; *Mancinetti*, La naturalis ratio, in: *Mantovani/Schiavone* (Hgg), Testi e problemi (2007) 475. *Goria* meint, Gaius möchte anhand des Vergleichs die fehlende *naturalis ratio* der Frauentutel im Gegensatz zur der für *inpuberes* zeigen; *Goria*, Osservazioni, in: FS Romano (1981) 283 ff.

[38]) *Wacke* kritisiert die Übersetzung von ‚*decipiuntur*' mit ‚betrogen werden' als zu eng. Für ihn sollen auch objektive Benachteiligungen erfasst sein. Daher wählt er ‚hintergehen' als Übersetzung; *Wacke,* Pseudonym, OIR 2008/12 (63-83) 73 Fn 35. *Kaser/Knütel/Lohsse* wählen ‚täuschen'; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Privatrecht[21] (2017) 381.

und er wird auch oft vom Prätor gegen seinen Willen zur Zustimmung gezwungen.[39])

Gaius beschreibt, dass die angebliche ‚Leichtfertigkeit' der Frauen[40]) bei Geschäften nur ein vorgeschobener Grund sei. In Wahrheit würden sie ihre Geschäfte sehr wohl eigenständig führen und die Zustimmung des Vormunds würde daher nur der Form halber erfolgen bzw durch den Prätor ersetzt werden. Damit versagt er der *tutela mulierum* ihre sachliche Notwendigkeit.

Gaius sucht den Grund der Norm also außerhalb der Vorschriften, ohne sich mit einer ausdrücklichen Kritik an der *tutela mulierum* der Sache nach exponieren zu wollen. Die Beschreibung des Umstandes, wonach die Zustimmung des Tutors durch den Prätor fingiert werde, ließe sich aber anstatt als Bruch der Regel auch als ihre Ausnahme beschreiben. Gut möglich, dass Gaius hier weniger Wert auf subtile Rechtskritik legt, als didaktisch darauf abzuzielen, scharfsinniges Denken seiner Studenten herauszufordern.

In Zusammenschau von Gai. I.190 und Gai. I.193 zeigt sich allerdings ein Widerspruch: Können Frauen ihre Geschäfte eigenständig abschließen, so bedarf es weder der *tutela mulierum*, noch einer *quasi-tutela*.[41]) Diesen Schluss zieht Gaius nicht.

3. Ergebnis

Gaius geht in seinem Rechtsvergleich nicht so weit, dass er ihn im Findungsprozess seiner Rechtswertungen einsetzen würde. So gesehen steht sein Ergebnis schon vor dem Rechtsvergleich fest. Der Vergleich erscheint funktional im genannten Sinn, da das verglichene Rechtsinstitut in seiner sozialen Funktion mit dem römischen Recht korrespondiert.

An den zwei Beispielen wurde aufgezeigt, dass Kritik an der *tutela mulierum* nicht konsequent und an der *patria potestas* gar nicht erfolgt. In der Spanne von Cicero bis Justinian sticht Gaius mit seinem Rechtsvergleich dennoch heraus.

---

[39]) Gaius Institutiones, ed. *Manthe* (2004) 104 ff. Siehe auch die Übersetzung bei *Kaser/Knütel/Lohsse*, Privatrecht[21] (2017) 381 f.

[40]) Die Zuschreibung einer ‚*infirmitas*' des Willens findet sich bei Seneca und Cicero und geht auf Aristoteles zurück. Der ‚Gegenbeweis' ist in Ciceros Frau Terentia zu sehen, die Cicero als ‚tapferer als irgendein Mann' beschreibt (Cicero, Ad fam. 14.8.2). *Kaser/Knütel/Lohsse* vermuten bereits durch die augusteischen Ehegesetze eine nur künstliche Verlängerung der *tutela mulierum*, *Kaser/Knütel/Lohsse*, Privatrecht[21] (2017) 382. Siehe auch die Untersuchung *Lambertis,* wonach die *levitas animi* bei Gaius als ‚fittizio e specioso' und bloßer ‚*topos*' bezeichnet wird; *Lamberti*, Ricchezze e patromoni femminili in Apuleio, in: *Urso* (Hg), Moneta mercanti banchieri (2002) 301-310, 301. Vgl zu Gai. I.190 auch *Lamberti*, ‚Mulieres' e vicende processuali fra repubblica e principato: ruoli attivi e ‚presenze silenziose', INDEX 2012/40 (244-256) 247. Vgl mwN das Kapitel ‚Schwäche und Rollenbilder' bei *Höbenreich*, Scylla – Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom (2003) 40 ff (kurz zu Gaius auf Seite 41); *Gardner*, Frauen im antiken Rom (1995) 28 ff.

[41]) So auch *Mancinetti,* La naturalis ratio, in: *Mantovani/Schiavone* (Hgg), Testi e problemi (2007) 480.