

BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE
SITZUNGSBERICHTE · JAHRGANG 2005, HEFT 1

DIETER NÖRR

Römisches Recht:
Geschichte und Geschichten
Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19.1.43 sq)

Vorgetragen in der Sitzung
vom 3. Mai 2002

MÜNCHEN 2005

VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
IN KOMMISSION BEIM VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN

ISSN 0342-5991
ISBN 3769616324

© Bayerische Akademie der Wissenschaften München, 2005
Gesamtherstellung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)
Printed in Germany

Vorwort

Der Text des Vortrages vom 3. Mai 2002 wurde wesentlich geändert. Festgehalten wurde an dem (schwerlich Erfolg versprechenden) Versuch, sowohl ein altertumswissenschaftlich interessiertes Publikum als auch die Spezialisten des römischen Rechts durch eine eher ungewohnte Form der Textanalyse anzusprechen. Um die Lektüre zu erleichtern, finden sich Erörterungen zu Spezialfragen in Appendices.

Wie stets ist vielfacher Dank zu erstaten. Er gilt den Diskutanden in der Akademie, dem kritischen Freund und Mentor John Crook (Cambridge), den Mitgliedern der London Roman Law Group, die im März 2004 eine englische Fassung geduldig und ausführlich erörterten, und nicht zuletzt Hans-Dieter Spengler, der die Mühe auf sich nahm, das Manuskript kritisch durchzusehen.

München, im Mai 2005

Dieter Nörr

Inhalt

I. Einleitung	7
II. Vorfragen: Text und Werk – die beteiligten Juristen – die <i>bona fides</i> -Klausel der <i>actio empti</i> und die römische Rechtsmängelhaftung – Status des Freigelassenen und <i>manumissio fideicommissaria</i>	9
III. Der Sachverhalt: <i>personae dramatis</i> – Struktur des Textes – der Erbfall – der Verkauf der Sklaven – Freilassung und Patronat – die <i>actio empti</i>	20
IV. Fragen und Antworten im Umriß	28
V. <i>dolus</i> (?) des Erben-Verkäufers: Sinnlosigkeit der Diskussion bei <i>dolus</i> – zwei schwache Hypothesen – zwei stärkere Hypothesen – Vorschlag: <i>scientia</i> des Erben ohne <i>dolus</i>	32
VI. Die erste Frage: <i>actio empti</i> im Falle der <i>Arescusa</i>	43
VII. Die zweite Frage: <i>actio empti</i> hinsichtlich der Aufwendungen: Allgemeines zu den Folgen der Eviktion – das Wort „ <i>sufficere</i> “ als Indiz für die Diskussion von Konkurrenzproblemen – die dem Käufer nachteilige Entscheidung des <i>iudex</i> und ihre Gründe – Exkurs zur Urkundenpraxis – die Argumentation des Paulus (Rückgriff auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis) – zur problematischen Tragfähigkeit der Argumentation und ihrer Nichtrezeption in der Praxis	47
VIII. Die dritte Frage: Patronat über <i>Arescusa</i> : Die fideikommissarisch bedachte <i>Seia</i> als Patronin? – Argumentation aus dem Eigentum? – Argumentation mittels der Relation Verkäufer-Käufer – Exkurs: die <i>actio servi corrupti</i> – Kritik	59
IX. Erzähltes und Verschwiegenes: narrative Techniken der Juristen – Extrajuridisches – Selbstverständliches – Unbekanntes – Irrelevantes	63

X. Fall und Norm: Allgemeines – zur antiken Diskussion der Fallnorm und zu Paul. D.50.17.1 – Folgerungen für D.19.1.43 sq	67
XI. Offene Themen	72
XII. Epilog: Das Zivilrecht und die Moral – versteckte und offene Wertungen – Konsequenzen des <i>responsum</i> Ulpian und der Auffassung des Paulus – „Sozialethik“ bei Ulpian und Paulus (vor allem im Bereich von Sklaverei und Freilassung) – Motive? – Wer hat richtig entschieden?	74

Appendices

I. Literaturverzeichnis	89
II. Text und Paraphrase von D.19.1.43–45	92
III. Zum Text von D.19.1.43 sq. (und zur <i>auctoritas</i>)	97
IV. Ulp. 5 fid. D.40.5.24.21: Wiederherstellung und Interpretation	103
V. Paul. 5 ad Sab. D.21.2.26: Widerspruch zu D.19.1.43 sq.?	106
VI. Garantiestipulation oder (und) <i>actio empti</i> ?	111
VII. Verwendungen „im Übermaß“: Fallgruppen und Texte – Inkongruenzen in den Äußerungen des Paulus – D.19.1.44 und CJ 7.47.1	119
Quellenindex	135

I. Einleitung

Der folgende Versuch könnte – einen bekannten philosophischen Satz parodierend – unter dem Motto stehen: Dem Juristen ist die Welt alles, was in Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft, Fiktion ein Fall war (ist, sein wird). Die Rechtsnormen (wie man sie auch immer definieren mag) werden aus Fällen herausgezogen, sie werden an gedachten oder wirklichen Fällen ausprobiert, auf Fälle angewandt, sie versuchen, zukünftige Fälle vorzusehen.

Wir befassen uns mit einem Fall, der im Rom der ersten Jahrzehnte des 3. Jhds n. Chr. spielte. Es geht in ihm um längst vergangene private Existenzen, um Sklaven und Freigelassene, Fideikommissionen und Verkäufe, Ersatzansprüche und Patronatsrechte. Durch das Geschick – hier verkörpert zuerst in dem Juristen Iulius Paulus, dann in den justinianischen Kompilatoren – wurde der Fall in einem Text fixiert, gewann Autorität zuerst kraft Ansehens des Juristen, dann durch die Aufnahme in ein legislatives Corpus, wurde damit „normativ“ und als normativer Text durch die Jahrhunderte interpretiert. Von diesem Schicksal von Fall und Text läßt sich auch heute nicht völlig absehen. Doch konzentrieren wir uns auf eine andere Perspektive.

Als Basis dient eine Alltagsgeschichte, die – wie alle solche Geschichten – in juristische Irrungen und Wirrungen führen kann¹. Hier sind es – teils durchschaubare, teils undurchschaubare – Vorgänge, durch die die Akteure auf den Schauplatz des Rechts gerieten, das Eingreifen der Organe des „Rechtsstabes“ provozierten und schließlich den Stoff boten für das dem juristischen „Diskurs“ eigentümliche Wiederkäuen der Ereignisse und Probleme, dem wir uns auf einer weiteren (nicht unbedingt höheren) Ebene anschließen.

1 Da es nicht nur um „Geschichten“, sondern gerade auch um die „narrativen“ Aspekte des Textes geht, ist der Titel des Vortrages vielleicht weniger maniert als derjenige der „*Historiae iuris antiqui*“ (2003) und der „Römischen Rechtsgeschichten“ (2002) M.-Th. Fögen.

Für das Arbeiten mit Fällen und an Einzelproblemen könnte der *Arescusa* – Fall ein ideales Exempel bieten². Er ist nicht nur Stoff der wohl längsten Falldiskussion in den *Digesten*, sondern bietet auch eine Vielzahl von Elementen, an die sich weitere Erzählungen und vor allem eine fast infinite Menge von juristischen Fragen anknüpfen ließen, die den historischen Kontext, prozessuale Mechanismen, zivilrechtliche Institute, juristische Kontroversen, Normen verschiedener Herkunft, kurz all das, was man das römische Recht zu nennen pflegt, betreffen. Jedoch sowohl was den erzählten Stoff als auch was den normativen Komplex angeht, stößt man auf Verschwiegenes und Unbekanntes. Aber nicht nur deshalb ist die folgende – scheinbar überbordende – Erörterung fragmentarisch; auch dort, wo es um halbwegs Bekanntes geht, lassen sich Vereinfachungen und Auslassungen nicht vermeiden.

2 Die Tendenz, das römische Recht als Summe von Regeln, allenfalls von Instituten zu begreifen, läßt sich angesichts moderner Denkgewohnheiten kaum bremsen. Vgl. Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, *Historiae* I, 645 ff. (1969); Bretone, *Geschichte*, 201 ff.

II. Vorfragen

Wir beginnen mit einigen Bemerkungen zum Text von D.19.1.43 sq.³ und seiner Überlieferung, zu den beteiligten Juristen und zu den die Argumentation eingrenzenden Rechtsinstituten,

1. Der Text stammt aus den Digesten, einem Teil der justinianischen Kodifikation, in Kraft getreten im Jahre 533 und wesentliches Element der europäischen Rechtsentwicklung bis in die kaum vergangene Neuzeit. Nach der – freilich großzügigen⁴ – Zählung Justinians wurden fast 2000 *libri* rechtswissenschaftlicher Literatur mit mehr als drei Millionen Zeilen erfaßt; übrig blieb eine mit Gesetzeskraft ausgestattete Sammlung von 50 *libri*. Die zum kleinen Teil aus der späten Republik, zumeist aus der Prinzipatszeit stammenden Texte hatten die wiederholten Kopiervorgänge mehr oder weniger gut überstanden⁵. Die ausgewählten Texte wurden – zumeist vorsichtig – den Rechtszuständen des 6. Jhds angepaßt. Unvermeidlich waren (zum Teil beträchtliche) Kürzungen, deren potentielle Radikalität nicht nur D.19.1.44, sondern vielleicht auch der Paralleltext Paul. 5 quaest. D.21.2.70 erkennen läßt⁶.

3 vgl. Text und Paraphrase in App. II.

4 const. Tanta 1. Möglicherweise waren es kaum mehr als 1600 (s. nur F. Wieacker, SZ 89, 1972, 296); vgl. aber auch Tanta 17 (Lektüre in den Digesten nicht berücksichtigter Werke). S. zuletzt T. Honoré, SZ 121, 2004, 25 ff.

5 vgl. F. Wieacker, Textstufen klassischer Juristen, 1960, 25 ff. passim; ders., Röm. Rg. I, 133 ff. Deutliche Zeugnisse fast gleichzeitiger Kopiervorgänge sind „adnotierte“ Juristenschriften; vgl. nur Schulz, Rechtsw., 225 f., 275 ff.; J. Rastätter, Marcelli notae ad Iuliani digesta, Diss. Freiburg 1981, 23 ff.

6 D.21.2.70: *Evicta re ex empto actio non solum ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit: ergo et se minor (sc. minoris) esse coepit, damnum emptoris erit.* – Der Text wirkt wie eine geschickte Zusammenfassung der kaufrechtlichen Problemlösung von Paul. 5 quaest. D.19.1.43, 45 (*a. empti* auf *pretium* und Interesse, Berücksichtigung der Wertminderung). Ist das richtig, so dürfte er nicht – wie üblich – als zusätzliches Zeugnis für den klassischen Rechtszustand verwertet werden. Anders nur dann, wenn der Zufall in

Die „Originaltexte“ stammen aus Quaestionen-Werken: fr. 44 aus dem 8. Buch der *quaestiones* des Sextus Caecilius Africanus, eines Schülers des Salvius Iulianus und wichtige Quelle von dessen juristischen Überlegungen (verfaßt in der Mitte des 2. Jhds?), die für uns wichtigeren fr. 43, 45 aus dem 5. Buch der *quaestiones* des Iulius Paulus (entstanden vielleicht zwischen 210 und 230). Dieser Werktypus diente – häufig erkennbar in „Problemstellung“ (Frage) und „Problemlösung“ (Antwort) – der Diskussion realer oder fiktiver Rechtsfälle⁷. In ihm verkörpert sich ein wesentliches Charakteristikum des von Kontroversen durchzogenen Juristenrechts: der bei allen Streitigkeiten gemeinsame Haushalt möglicher Argumente⁸. Das wird besonders deutlich, wenn man damit die „externe“ Auseinandersetzung mit dem Recht vergleicht⁹.

Was fr. 43, 45 angeht, so läßt sich fragen, ob Paulus (oder ein anderer Herausgeber) bei der Edition des Quaestionen-Werkes den Text so verändert hatte, daß weder der „historische“ Sachverhalt noch die Inhalte von Frage und Antwort für uns verläßlich verwertbar sind. Das wäre vor allem dann fatal, wenn Elemente von Sachverhalt und Problemdiskussion durcheinander geraten wären. Diese Frage läßt sich nicht mit Sicherheit beantworten. Doch gibt es keinerlei Indizien für eine bejahende Antwort. Daher dürfen wir im folgenden von der im wesentlichen gewährten Authentizität des ursprünglichen Dialogs ausgehen.

D.21.2.70 den Überrest einer fr. 43 sq. ähnlichen *quaestio* überliefert hätte. Offen bleibt die genaue Charakterisierung von D.21.2.70 als Produkt kompilatorischer Technik. – Zu Paul. 5 ad Sab. D.21.2.26 s. App. V.

7 Zur „Literatur der Problemata“ s. F. Schulz, Rechtsw., 218 ff.; P. Frezza, SDHI 43, 1977, 203 ff. (= Scritti III, 2000, 351 ff.); Liebs, Handbuch, 99 ff.; T. Masiello, *Le quaestiones di Cervidio Scevola*, 2000, 61 ff.; speziell zu den „Pauli quaestiones“ das gleichnamige Buch von J. Schmidt-Ott, 1993 (dazu H.-D. Spengler, SZ 110, 1996, 503 ff.); Frezza, l.c., 232 ff. (380 ff.); Liebs, Handbuch, 172 f. (mit weit. Lit.). Zum gleichnamigen Werk Afrikans s. A.D’Ors, *Las quaestiones de Africano*, 1997; Liebs, Handbuch, 107 f.

8 vgl. etwa Bretone, *Geschichte*, 195 ff.; T. Giaro, SZ 111, 1994, 66 ff.; F. Horak, RJ 17, 1998, 295 ff.

9 vgl. nur Rechtskritik, 78 ff. passim. Aufschlußreich wäre ein Vergleich mit der Argumentation des (juristisch gebildeten) jüngeren Seneca; ein Beispiel bei Nörr, *Ethik und Recht im Widerstreit*, *Historiae* III, 1991 ff. (1993).

Das gilt zwar für den klassischen Text, nicht aber für das uns in den Digesten überlieferte Fragment¹⁰. Der Schreiber der Digestenhandschrift (Florentina) ließ – verführt durch ein Homoioteleuton – einige Worte aus; doch ist deren Sinn im wesentlichen rekonstruierbar. Im übrigen hatte die zuständige Kommission von der ihr in Deo auctore 7 eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht, überflüssige Längen in den Texten zu beseitigen. Die Kürzungen berühren anscheinend nicht den Sachverhalt und die Fragestellung; sie erschweren jedoch das Verständnis der Argumentation des Paulus. Andere Eingriffe in den Text sind nach den derzeitigen (allerdings nicht klar definierbaren) Standards implausibel¹¹.

2. Drei der im Text genannten Juristen (Julian, Ulpian, Paulus) gehörten zugleich zur juristischen und zur imperialen Elite; Afrikan war anscheinend (nur) Rechtsgelehrter und Respondent¹². Der juristisch gebildete Fragesteller (vielleicht ein Schüler des Paulus) bleibt für uns anonym; die Kompilatoren hatten seinen Namen als uninteressant gestrichen¹³.

Salvius Iulianus diente den Kaisern Hadrian, Antoninus Pius und Mark Aurel; er war (zumindest einmal) *consul ordinarius*, *praefectus urbi*, aber auch Statthalter der militärisch bedeutsamen Provinz *Germania inferior*. In Bonn befindet sich der Grabstein seines „Hofphilosophen“ Q. Aelius Egrilius Euaretus, mit dem er sich –

10 Dazu ausführlich in App. III. – Indizien für Verkürzungen sind die Worte „*videndum est*“ (fr. 43) und „*idque*“ (fr. 45 pr.). Dergleichen Verkürzungen lassen sich nur selten durch Doppelüberlieferungen oder die Rechtsliteratur des 6. Jhds beheben.

11 So wird derzeit niemand daran Anstoß nehmen, daß die fideikommissarisch bedachte Seia als *legataria* bezeichnet wird. S. nur Kaser, RPR I, 758 A.1; differenzierend D. Johnston, *The Roman Law of Trusts*, 1988, 261 ff.

12 vgl. zu den im Text genannte Juristen die Angaben bei Liebs, *Handbuch*, 101 ff., 106 ff., 150 ff., 175 ff.; zu Afrikan s. jetzt auch D’Ors l.c., 9 ff. Weitere Angaben i. f.

13 vgl. Paul. 6 quaest. FV 227 mit D.26.2.30; dazu zuletzt Schmidt-Ott, 179 ff.; zu den Fragestellern bei Paulus s. nur O. Behrends, SZ 86, 1967, 207 A.75. – In Paul. 12 quaest. D.40.13.4 wird als Fragender der Digestenjurist Licinius Rufinus genannt; zu ihm – außer Liebs, *Handbuch*, 205 f. – die von P. Herrmann herausgegebene Inschrift aus Thyateira (Tyche 12, 1997, 111 ff.); dazu jetzt F. Millar, JRS 89, 1999, 90 ff.; ders., in (Hg. G. Clark, T. Rajak), *Philosophy and Power in the Greco-Roman World* (Ess. M. Griffin), 2002, 74; R. Gordon, JRS 93, 2003, 238 f.

folgt man entsprechenden Textpassagen – über logische und naturwissenschaftliche Fragen unterhalten hat¹⁴.

Ulpian¹⁵ und vielleicht auch Paulus¹⁶ erreichten mit der Prätorianerpräfektur den höchsten Rang innerhalb der ritterlichen Laufbahn. Im übrigen ist D.19.1.43 der einzige Beleg dafür, daß einer der beiden großen severischen Juristen (Paulus) von dem anderen (Ulpian) – kritisch und veranlaßt durch den Fragesteller – Notiz nahm¹⁷.

3. Die juristische Erörterung des Arescusa-Falles wurde letztlich ausgelöst durch die Klage eines Käufers gegen den Verkäufer in einem Sachverhalt, den man heute der Rechtsmängelhaftung und der Unmöglichkeit der Leistung zuordnen würde. Nach klassi-

14 ILS 7776; vgl. die Nachweise bei Nörr, SZ 113, 1996, 648 (ungenau zu Euarestos); *Historiae* III, 2338, sowie die beiden Militärdiplome vom Jahre 152 (s. W. Eck, A. Pangerl, ZPE 148, 2004, 259, 264ff.). – Julian hat den damals modisch gewordenen Philosophenbart getragen (Ael. Arist., hier. log. IV 23). Daß seine Wertungen von bestimmten philosophischen Meinungen beeinflusst waren, läßt sich m. E. nicht belegen. – Zum *liber de ambiguitatibus* Julians s. nur J. Miquel, SZ 87, 1970, 103ff.; zu den *contingentia futura* (?) und zu Arist. hist. anim. 7.4.36 s. Afric. D.46.3.38 (vgl. auch Paul. D.5.1.28.5; 5.4.3). – Zu den Hoffilosophen s. im übrigen Plin. ep. 1.10; Plut., *Maxime cum principibus viris philosophos esse disserendum*; J. Hahn, *Der Philosoph und die Gesellschaft*, 1989; P. Zanker, *Die Maske des Sokrates*, 1995, 242ff.; L. Alexander in „Philosophy and Power“ (A.13), 238ff. – Cassius ließ seinen Ziehsohn L. Iunius Silanus von dem (dubiosen?) Stoiker Heliodor erziehen; vgl. Nörr, *Zur Biographie des Juristen C. Cassius Longinus*, *Historiae* III, 1665 (1984).

15 zu Ulpian vgl. vor allem T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human rights*, 2. Aufl. 2002; zuletzt V. Marotta, *Ulpiano e l'impero I*, 2000 (dazu Honoré, SZ 119, 2002, 445f.); II, 2004; F. Millar l. c. (A.13), 69ff.; S. Faro, *Index* 30, 2002, 1ff.

16 Die Prätorianerpräfektur des Paulus ist schlecht bezeugt (HA Pesc. Niger 7.4; Alex. Sev. 26.5); dazu zuletzt H. Hammen, SZ 120, 2003, 61ff. – Zum wissenschaftlichen Profil des Paulus vgl. A. Berger, RE X 1, 1917, 690ff.; C. A. Maschi, ANRW II 15, 1976, 667ff.; A. Mantello, *Il sogno, la parola, il diritto*, 1993 (dazu G. Aricó Anselmo, IURA 44, 1993 (1996), 311ff.); Nörr, Paul. 32 ad ed. D.17.1.3, 5: Ein Traktat zum Mandatsexzeß, *Historiae* III, 1899ff. (1993); ders., l. c., *Ethik und Recht . . .* (A.9); vor allem H.-D. Spengler, *Dogmatik, Systematik, Polemik. Untersuchungen zu Stil und Methode des Iulius Paulus*, ungedruckte Habil.-Schrift München 1998.

17 Zum Verhältnis der beiden Juristen zueinander s. nur Berger, RE X 1, 693f.; Mantello l. c., 63.

schem römischen Prozeßrecht instruierte der Jurisdiktionsmagistrat (hier der Prätor) den von ihm eingesetzten Richter (*iudex*) mit Hilfe einer Formel (hier der Kaufklage (*actio empti*) über die Entscheidungsgrundlagen („Normen“)¹⁸. Zentrales Element der Formel der *actio empti* war die *bona fides*-Klausel; auch im Arescusa-Fall dreht sich letztlich alles um die angemessene Konkretisierung der *bona fides*.

Die Umwandlung des primär sozialetischen Standards der *fides* in ein juristisches Prinzip gehört zu den wichtigsten Erfindungen des römischen Rechts; demzufolge gibt es eine reiche Diskussion und eine unüberschaubare Literatur¹⁹. Zum dem hier vorausgesetzten Verständnis der *bona fides* bedarf es nur einer knappen Skizze²⁰. Es ist offensichtlich, daß sich aus der *bona fides* unmittelbar keine Regeln ableiten lassen; in üblicher Sprechweise: man kann sie nicht mittels Subsumtion praktikabel machen. Vielmehr verweist das Konzept auf das „Vertrauen“ (oder in moderner Terminologie: die „Erwartungen“), das man in den Partner setzt und auch glaubt setzen zu dürfen. Ob die Erwartungen berechtigt sind, darüber entscheiden sozialetische Normen, um deren juristische Stabilisierung sich gerade auch die römische Jurisprudenz bemühte. Um ein viel erörtertes Beispiel zu bringen: Es entspricht der *fides*, daß der Empfänger eines Versprechens dessen Erfüllung glaubt erwarten zu dürfen. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob er auch erwarten darf, daß die Rechtsordnung ihm außerhalb von typischen Situationen („Vertragstypen“) Instrumente bereitstellt, die ihm die Durchsetzung seiner Erwartungen garantieren²¹. Aber auch wenn – wie in unserem Fall – die *bona fides* –

18 zur Formel D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, 2. Aufl. 1999, 53; zum Formularprozeß umfassend Kaser/Hackl, *RZP*, 151 ff.; zur *taxatio* in der Formel der *a.empti* s. u. App. VII/3.

19 Reiches Material findet sich jetzt in der FS Burdese; s. etwa die Synthesen von M. J. Schermaier (III, 387ff.) und M. Talamanca (IV 1ff.). Vgl. im übrigen die Angaben bei F. Wieacker, *Röm.Rg.* I, 442f., 506 passim; Nörr, *Aspekte des römischen Völkerrechts*, *Abh. Bay. AdW NF* 101, 1989, 102 A.1, 145 ff. (s. auch ders., *Historiae* III, 1977 ff., 1933 ff.; 2121 ff. u. ö.; FS Burdese III 499 f., 538 ff.; SZ 121, 173 f.); E. Stolfi, *Bonae fidei interpretatio*, 2004.

20 Ausführlicher in „Aspekte“ (A.19), 149 ff.

21 vgl. das Dictum: *nuda pactio obligationem non parit*. – Da Talamanca l.c. (A.19), 46 ff., 66 ff. u. ö. von einem nicht näher begründeten „engen“ Konzept der

Klausel grundsätzlich Vertrauensschutz zu gewähren scheint, können die jeweiligen konkreten Erwartungen doch kollidieren. Enttäuschungen sind unvermeidlich. Wie man mit ihnen umging, ist eine weithin offene Frage²².

Der Grad der Sicherheit vor Enttäuschungen ist abhängig von vielen Faktoren: (etwa) intaktes Gerichtswesen, solide Urkundenpraxis, gut strukturiertes Normengefüge. Was letzteres angeht, so war die Arbeit der klassischen Jurisprudenz im Bereich der (hier besonders interessierenden) Rechtsmängelhaftung anscheinend nicht allzu erfolgreich gewesen²³. Diese Haftung gehört – mit ihren vielen Varianten – gleichsam zu den kaufrechtlichen Universalien. Ausgangsfall: Ein Dritter fordert („evinziert, vindiziert“) die Sache vom Käufer mit der Behauptung, sie gehöre ihm. Setzt er sich durch, so kann sich der Käufer im Prinzip an den Verkäufer halten.

Die Komplikationen beginnen, wenn man versucht, dieses Prinzip zu konkretisieren. Verwirrend ist bereits die Anzahl der Instrumente, die die römische Rechtsordnung zur Bewältigung der Rechtsmängelhaftung (i. w. S.) anbot: die alte aus der *mancipatio* (gerade auch der Sklaven) resultierende *a. de auctoritate*, die sie ergänzende (oder beseitigende) *a. ex stipulatu* (aus der vertraglich übernommenen Eviktionsgarantie oder auch der *clausula doli*), die *a. empti*, die die anderen Instrumente ergänzt, ersetzt oder auch verdrängt. Soweit die Quellen ein Urteil erlauben, wurden diese Instrumente allenfalls rudimentär aufeinander abgestimmt.

Die Folgen sind bis heute erkennbar. Wirft man einen Blick in eine moderne, detaillierte Darstellung der römischen Eviktions-

fides ausgeht, kommt er zu einer überflüssigen „Dialektik“ von *fides* und Typizität. Vgl. zum Problem auch W. Ernst, SZ 121, 2004, 378.

22 Ansätze in „Rechtskritik“, 49 ff., 88 f., 144 ff. u. ö. – Besonderes Interesse verdient hier die im juristischen Bereich häufigen Fluchtäfelchen; vgl. H. S. Versnel, RHD 65, 1987, 5 ff.; J. G. Gager, *Curse Tablets and Binding Spells from the Ancient World*, 1992, 116 ff. (vor allem griechisches Material).

23 Dazu ausführlicher Nörr (2004), 152 ff. u. App. VI. Zur Bedeutung der Urkundenpraxis (einschließlich der *clausula doli*) s. bereits H. Coing, *Ges. Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht I*, 1982, 61 ff. (1950).

haftung²⁴ und zählt man die alten und die sich teilweise mit ihnen überschneidenden modernen Streitfragen, so kommt man leicht auf zwei Dutzend und mehr. Selbst bei intensiver Anstrengung des Begriffes ist es unmöglich, ein harmonisches „System“ der römischen Rechtsmängelhaftung im Sinne der Schematismen von alten und neuen Lehrbüchern zu entwerfen²⁵ – und man kann daran zweifeln, ob die römischen Juristen an einem solchen „System“ interessiert waren.

Dazu nur einige Hinweise. In den Fällen, in denen die Eviktionshaftung am ehesten aktuell werden konnte (bei Grundstücken, Sklaven, Tieren), wird sie zumeist in vertraglichen Klauseln festgelegt, deren Formeln sich individuellen Interessen und Launen ebenso anpaßten wie lokalen Gewohnheiten und marktpolizeilichen Regelungen (in Rom dem *edictum aedilium curulium*). Soweit sich die Schriftlichkeit durchgesetzt hatte, war es üblich und ratsam, Sklavenkäufe in Schriftform niederzulegen; damit ist auch im Arescusa-Fall zu rechnen. Die Urkunden (*instrumenta*) begleiteten den Sklaven auf seinem Lebensweg²⁶.

Die Ausarbeitung der römischen Urkundenformulare lag in der uns interessierenden Epoche in den Händen durchaus achtbarer *iuris consulti*, die man in der Regel nicht im Kreis der klassischen Juristen sucht. Doch ist es eine offene Frage, wieweit diese – unmittelbar oder mittelbar – auf die Urkundenpraxis Einfluß nahmen²⁷. Sieht man von letzterem ab, so war es – vereinfacht – die

24 vgl. Talamanca, 385 ff., sowie die vielen Aufsätze H. Ankums (zitiert bei Ernst (1995), 245); zuletzt in „Viva Vox Iuris Romani“ (Ess. E. Spruit); BIDR 100, 1997 (2003), 49 ff.

25 vgl. Rabel, Haftung I, 105 ff., 132 ff. passim. – Für das moderne Verständnis der römischen Rechtsmängelhaftung waren vor allem die Untersuchungen P. Girards bedeutsam; vgl. *Mélanges* II, 1912, 1 ff.

26 s. nur FIRA III 132 sq.; P. Oxy XLI 2951 (dazu H. J. Wolff, Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens I, 2002, 139 A.121); P. Köln 232; CJ 8.51.3. In CJ 4.52.5 (Diocl.) wird ausdrücklich darauf verwiesen, daß kein *instrumentum fundi* existiert.

27 vgl. nur Ulp. libri 45 sq. ad Sab. (Lenel, Paling. II, 1180 ff.); Venul. libri 19 de stip. (Lenel II, 1218 ff.); vgl. etwa D.45.1.137.7 (Labeo). S. auch Schulz, Rechtsw., 130 ff.; W. Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl. 1967 (Nachdruck 2001 mit Vorwort von D. Liebs), 323 f.; Frezza, Scritti III, 2000, 255 ff., 264 ff. (1976); Nörr (2004), 171 f.

Aufgabe der Juristen, Rechtsschutz zu ermöglichen, Lücken zu füllen, Unklarheiten zu beseitigen, Unvorhersehbares zu bewältigen²⁸. Fehlende „rechtsdogmatische“ Ordnung und Urkundenpraxis sind wesentliche Stichworte (nicht nur) für das Verständnis der folgenden Ausführungen.

4. Wir haben mit dem Kaufrecht begonnen und folgten damit dem üblichen Ansatz der modernen Forschung, deren Interesse an fr. 43 sq. vor allem den kaufrechtlichen Fragen gilt. Ein Motiv hierfür ist zweifellos die Nähe dieser Fragen zu modernen Problemen des Kauf- und Schadensrechts. Doch werden in fr. 43 sq. gerade auch (aus moderner Sicht eher antiquarische) Themen aus dem Personen- und Erbrecht diskutiert, die – wie üblich in „vorindustriellen“ Gesellschaften – den Zeitgenossen wahrscheinlich mehr am Herzen lagen als kaufrechtliche Subtilitäten²⁹.

Der Fall spielt in Rom unter römischen Bürgern; Objekte und später Subjekte sind frühere Sklaven und jetzige Freigelassene. In wenigen Bereichen des römischen Rechts findet sich eine solche Regelungsdichte und -undurchsichtigkeit wie hinsichtlich Freilassung (*manumissio*) und Status des Freigelassenen (*libertus*). Es galt die Freiheit restringierende und fördernde Tendenzen (vgl. den *favor libertatis*) gleichzeitig zu befriedigen³⁰. Dazu kommt, daß die

28 vgl. die Parallele zum *ius honorarium* (Pap. 2 def. D. 1.1.7): *adiuvare – supplere – corrigere*.

29 vgl. zu den einschlägigen Problemen des Personen- und Erbrechts die Angaben bei Kaser, RPR I, 283 ff. (Sklaven und Freigelassene), 693 ff. (Kodizill), 757 ff. (Einzelfideikommission). Ausführlich zur komplizierten Materie der fideikommissarischen Freilassung W. Buckland, *The Roman Law of Slavery*, 1908, 611 ff.; Impallomeni, 59 ff.; Voci, DER II, 408 ff.

30 Es erscheint mir wenig erhellend, wenn man die Einstellung Ulpian generell oder den *institutus a maioribus libertatis favor* speziell (Tryph. D.49.15.12.9) mit der neuzeitlichen Idee der Menschenrechte in Verbindung bringt (Honoré, Ulpian, 86 ff. passim). Plakativ: Es gibt keine Literaturgattung (*sit venia de iure hominum* (zum Konzept s. Cic. Tusc. 1.64), dagegen eine reiche Literatur zu den *officia* und *beneficia*. Überdies läßt sich das Konzept des *favor (libertatis)* – trotz Ulp. 1 inst. D.1.1.4 (vgl. aber auch Ulp. 5 fid. D.40.5.24.21 a.E.; Mod. 1 reg. D.34.5.27; Gai. (Ant. Pius) 1 fid. D.35.1.90) – schwerlich mit der Vorstellung eines „subjektiven“ Rechts vereinbaren. Anders ausgedrückt: Das *ius naturale* hat Institutionen, nicht Rechte einzelner im Auge; s. auch Nörr, Rechtskritik, 24 ff. passim. Schließlich: Man sollte sich vergegenwärtigen, daß die Einstellung gerade auch der Stoa zur Sklaverei nicht eindeutig

römische Gesetzgebungstechnik nicht geeignet war, Reformen gleichsam in einem großen Wurf durchzuführen³¹. Schließlich ist auch die Quellenlage wenig günstig; infolge spätantiker und justinianischer Eingriffe ist der klassische Rechtszustand häufig nur fragmentarisch erkennbar³². Wiederum begnügen wir uns mit einer knappen Skizze.

Nach Ulpian (1 inst. 1.1.4 a.E.) sind Freigelassene zwar nicht nach dem *ius naturale*, aber nach dem *ius gentium* ein eigenes (*tertium*) *genus (hominum)* – neben Freien und Sklaven. Der nach den Regeln des *ius civile* freigelassene Sklave erhielt formal das römische Bürgerrecht. Doch war es weder juristisch noch praktisch ein Bürgerrecht *optimo iure*. Der Freigelassene blieb zumeist von seinem früheren Eigentümer (Patron) abhängig. Er schuldete ihm *reverentia* und *obsequium*, war – wie andere Mitglieder der *familia* – Züchtigungen ausgesetzt, konnte seinem Patron zur Leistung von *operae* verpflichtet sein; diesem stand in bestimmten Fällen ein „Pflichtteilsrecht“ an seinem Nachlaß zu. Waren die strengen „zivilrechtlichen“ Voraussetzungen der Freilassung nicht erfüllt, so war diese häufig nicht völlig wirkungslos. Vielmehr erhielt der Freigelassene den minderen Status eines *Latinus (Iunianus)* – etwa mit der Folge, daß sein gesamter Nachlaß dem Patron zufiel.

Im Laufe der Zeit wurden die Regelungen über die Freilassung seltener verschärft, häufiger gelockert. Wichtigstes Instrument in dem zuletzt genannte Sinne war die *manumissio fideicommissaria* (womit wir zugleich zum Arescusa-Fall zurückgeführt werden). In republikanischer Zeit wurde es üblich, Erben oder Vermächtnisnehmer „auf Treu und Glauben“ zu bitten („*fidei tuae committo*“), Wünsche des Erblassers hinsichtlich des Nachlasses oder einzel-

war; Belege bei Nörr, C. Cassius Longinus: der Jurist als Rhetor, *Historiae III*, 1608f. (1983). Zum *favor libertatis* s. auch u. XII/4. – Quellen und Lit. zum *favor libertatis* zuletzt bei H. Ankum, *Revista de Direitos difusos* 23, 2004, 3239 ff.

31 vgl. nur die Angaben bei Nörr, Planung in der Antike . . ., *Historiae II*, 1093 ff. (1977); Wieacker, *Röm. Rg.* I, 411 ff.

32 vgl. Kaser, *RPR II*, 132 ff. – Die Dichte der „klassischen“ Diskussionen lassen die (im übrigen schwer verwertbaren) Pariser Papinian-Fragmente erkennen (FIRA II 441 ff.).

ner Nachlaßgegenstände zu erfüllen³³. Im Gegensatz zu den testamentarischen Verfügungen waren keine Förmlichkeiten einzuhalten. Die Bitte konnte in das Testament aufgenommen werden. Üblich war jedoch auch die Verwendung einfacher Schreiftäfelchen (*codicilli*), die dem Institut der formlosen Verfügung von Todes wegen den Namen gaben³⁴. Unter Augustus³⁵ wurden die Bitten zu einklagbaren „Forderungen“ (mit teilweise unscharfen Konturen)³⁶, die in einem besonderen Verfahren (in unserem Falle vor dem *praetor fideicommissarius*) geltend zu machen waren³⁷.

Obwohl man heute geneigt sein wird, das Fideikommiß als eine glückliche und folgenreiche Erfindung der römischen Rechtspraxis zu bezeichnen, so waren mit ihr doch kaum vorhergesehene Nebenwirkungen verbunden, die (renitente oder begehrlische) Normadressaten³⁸ und (eifrig reagierende) Normgeber in große Schwierigkeiten stürzten. Das galt vor allem von der fideikommissarischen Freilassung. Mit der Bitte an den Erben oder den Vermächtnisnehmer, einen Sklaven freizulassen, war diesem noch nicht geholfen. Denn nach allgemeinen Grundsätzen (fehlende „Rechtsfähigkeit“) konnten Sklaven ihre Freilassung an sich nicht selbst

33 vgl. nur A. Weishaupt, Die lex Voconia, 1999, 109 ff. zu Cic.de fin. 2.17.55.

34 vgl. zur Form D. Johnston (A.11), 155 ff. Zu „mündlichen Kodizillen“ s. Kaser, RPR II, 496 A.11; Voci, DER II, 232; hier empfahl sich eine *testatio* (Scaev. 20 dig. D.32.39.1).

35 Inst. Iust. 2.25 pr.; s. auch Ofilius bei Pomp. 5 ex Plaut. D.40.4.40.1 (dazu Iul. 42 dig. D.40.5.47.3 und die (nicht voll überzeugende) Interpretation Impallomenis, 62 ff.). Im Institutionentext wird Trebatius, der Zeitgenosse des Ofilius, genannt (Pomp.D.1.2.2.44 sq.). Zum Zeitpunkt des Juristenkonsils bei Augustus s. Bretonne, Geschichte, 309.

36 s. Johnston (A.11), 227 ff.

37 zum Verfahren s. nur Kaser/Hackl, RZP, 452 f.; zuletzt P. Garbarino, Index 30, 2002, 407 ff. (zu V. Giodice-Sabbatelli, Fideicommissorum persecutio, 2001).

38 Es ist kein Zufall, daß ein vor vorschnellen Neuerungen warnender Text (wahrscheinlich eine Konstitution) sich gerade auf das bewegliche *ius novum* der Fideikommisse bezieht (Ulp. 4 fid. D.1.4.2; dazu Nörr, Zum Traditionalismus der römischen Juristen, Historiae II, 1149 f. (1978)): *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est.* – Beispiele für überzogene Rechtsschutzerwartungen finden sich etwa im Mandatsrecht; s. Nörr, Ethik und Recht (A.9), 2004 ff.

durchsetzen. Um diese Situation zu bewältigen wurde ein komplexes Regelwerk entwickelt – enthalten in Senatsbeschlüssen und kaiserlichen Konstitutionen³⁹. Der Anschaulichkeit halber seien die uns bekannten Senatsbeschlüsse der ersten Jahrzehnte des 2. Jhds aufgezählt, die – moderner Gesetzgebungstechnik nicht unähnlich – Regeln gaben, Lücken füllten, Varianten statuierten, Ausnahmen berücksichtigten: *SC Rubrianum*, *Dasumianum*, *Articuleianum*, *Iuncianum*, *Vitrasianum* (jeweils nach dem Antragsteller benannt) und ein anonymes Senatuskonsult.

Die Grundregel, die die Senatsbeschlüsse und Kaiserkonstitutionen zu realisieren suchten, war relativ einfach: Der freizulassende Sklave lud den Erben (oder einen anderen Belasteten) vor den *praetor fideicommissarius*. Dieser erzwang die (normale) Prozedur der *manumissio vindicta*; über das „Wie“ ist wenig bekannt (*multa*?). Subsidiär kam es zur Freilassung durch den Prätor selbst⁴⁰. Der Freilasser wurde Patron des Freigelassenen – allerdings mit eingeschränkten Befugnissen⁴¹. Neben diese Verfahrensregel trat eine Art von „Günstigkeitsprinzip“, dessen sich vor allem die Konstitutionen annahmen; etwa: Schutz des Freizulassenden vor Veräußerungen, Verzögerungen, unerwünschten Patronaten.

39 Die meisten Quellen finden sich in Ulp. 5 fid. (Lenel, Paling. II 917 sq.); s. auch Dig. 40.5 (*de fideicommissariis libertatibus*). Eine Liste der Konstitutionen gibt Impallomeni, 242 ff. – Es liegt außerhalb des Zweckes dieser Studie, jeweils die genaue Normenquelle zu eruieren.

40 Einzelheiten bei Impallomeni, 78 ff. passim; Voci, DER II, 410 ff.

41 Ulp. (Hadrian) 28 ad Sab. D.38.1.7.4; Marcian 9 inst. D.38.2.29 (keine *operae*); s. auch Val. 6 fid. D.38.1.47; Pap. 11 quaest. FV 225 (D.27.1.24); 9 resp. D.38.1.42. Umfassend dazu Waldstein, *operae*, 186 ff., 201 ff.; C. Masi Doria, *Bona libertorum*, 1996, 296 ff.; s. auch u. bei A.284.

III. Der Sachverhalt

1. Versehen mit diesem Basiswissen können wir uns jetzt dem Fall zuwenden. Zuerst seien die *personae dramatis (comoediae)* aufgezählt. Von ihnen sind einige anonym, andere tragen Spielnamen. Ob das auch für Arescusa gilt, darf offen bleiben⁴².

Im ersten Akt (Exposition des Sachverhalts) finden wir den verstorbenen Titius (der ein Fideikommiß mit fideikommissarischer Auflage ausgesetzt hatte), den (anonymen) Erben (und späteren Verkäufer), die (passive) Vermächtnisnehmerin (*fideicommissaria*) Seia, die drei Sklaven Stichus, Pamphilus, Arescusa (als Gegenstände von Fideikommiß, fideikommissarischer Auflage der Freilassung, Verkauf, Freilassung, Patronatsrechten), den Käufer (und Verlierer) Sempronius.

Zu den genannten Personen gesellen sich im folgenden Akt (der die rechtlichen Prozeduren zum Inhalt hat): der *praetor fideicommissarius*, der *praetor urbanus* (nicht genannt) als Jurisdiktionsmagistrat, der von ihm eingesetzte (anonyme) *iudex privatus*, dem ein Gutachten (*responsum*) Ulpians vorlag (das sich auf Konstitutionen ungenannter Kaiser berief). Prätores und *iudex* werden von (nicht ausdrücklich erwähnten) *consilia* unterstützt. Zu rechnen ist mit der Beteiligung von Advokaten⁴³.

Der dritte Akt dient der Reflexion über Fall und Fallentscheidung. Der Name des Fragestellers (*ego*) wurde von den Kompilatoren gestrichen⁴⁴; die Antworten gibt Iulius Paulus. Beide ziehen eine Rechtsmeinung des einige Zeit zuvor verstorbenen Salvius

42 „Arescusa“ ist als Sklavename bezeugt (s.ann.ép. 1998 Nr. 160 und die *libertae* (?) in RE I 2, 1894, 2310 Nr. 106), doch anscheinend nicht allzu häufig (s.H. Solin, in (Hg. H. Bellen, H. Heinen) Fünfzig Jahre Forschungen zur antiken Sklaverei, 2001, 307 ff.). Angesichts der übrigen Namen wird man zögern, dem Namen Historizität zuzuerkennen; s. auch Tryph. 10 disp. D.1.5.15.

43 arg. „*nomine emptoris desiderabatur*“ (fr. 43).

44 s. o. bei A.9.

Julianus heran; beide lassen Kritik an dem *responsum* Ulpianus und der Entscheidung des Richters erkennen.

2. Der Fragesteller *ego* macht sich Gedanken über einen Rechtsstreit zwischen dem Erben und dem Sempronius, sowie über den Status der Arescusa. Der Duktus des Textes und (vor allem) die dritte Frage (nach dem Patronat) zeigen, daß der Rechtsstreit bereits entschieden ist – und zwar zuungunsten des Sempronius⁴⁵. Die Struktur der Erörterung ist einfach. Zuerst schildert *ego* den Sachverhalt (bis *consequi*). Danach stellt er drei Fragen (bis *nammissi sunt*), die Paulus der Reihe nach beantwortet.

Da die juristische Interpretation bis heute dazu neigt, Digestentexte als einheitlich normative Texte auszulegen, sei ausdrücklich betont, daß es unzulässig wäre, den Sachverhalt mit Hilfe der Antworten des Paulus aufzufüllen⁴⁶. Vielmehr ist – bis zum Beweis des Gegenteils – davon auszugehen, daß Paulus nur diejenigen Elemente des Sachverhalts seiner Antwort zugrunde gelegt hatte, die *ego* ihm vorgelegt hatte oder – damit beginnen die Probleme – die ihm selbstverständlich waren⁴⁷. Reichten diese Elemente nicht aus, so wären Alternativentscheidungen zu erwarten⁴⁸.

3. Wir beginnen mit einer kommentierenden Paraphrase des Sachverhalts.

Titius ist gestorben und wird von einem Anonymus (*heres*) beerbt. Dem Erben war durch Fideikommiß auferlegt worden, der Seia zwei zum Nachlaß gehörende Sklaven (Stichus, Pamphilus) und eine Sklavin (Arescusa) zu übereignen. Der Seia war – wiederum durch Fideikommiß – auferlegt worden, die drei Sklaven

45 richtig Schmidt-Ott, 85.

46 s. o. nach A.9.

47 Zum „Selbstverständlichen in der Rechtsgeschichte“ vgl. D. Daube, SZ 90, 1973, 1ff.

48 Man könnte allenfalls erwägen, ob in fr. 45.1 a.E. (*scientia venditoris*) eine Alternativentscheidung angedeutet ist (s. u. V/2). – Sachverhaltsalternativen finden sich häufiger in den Antworten des Paulus; vgl. Schmidt-Ott, 63ff. passim. Besonders aufschlußreich ist Paul. 12 quaest. D.40.13.4 (dazu Schmidt-Ott, 102ff. und u. bei A.55): Alternativentscheidung bei *scientia emptoris*. S. auch u. A.92. – Das zur Trennung von Sachverhalt und Antwort Gesagte gilt beispielsweise auch für die *responsa* und *digesta* Scaevolae; s. nur W. J. Zwalve, in (Hg. L. De Blois), Administration, Prosopography and Appointment in the Roman Empire, 2001, 158 A.21.

nach einem Jahr freizulassen. Über die Motive des Erblassers wird nichts gesagt. Festzuhalten ist, daß die drei Sklaven eine Gruppe bilden⁴⁹: Sie werden gemeinschaftlich vermacht, sollen gemeinschaftlich freigelassen werden, werden gemeinschaftlich veräußert; nach manchen Irrungen und Wirrungen erhalten sie anscheinend den gleichen Patron – und finden sich somit wieder wie Figuren aus Plautus oder Terenz.

Seia wollte das Fideikommiß weder annehmen noch es dem Erben erlassen. Es blieb somit bestehen. Im Gegensatz zu den Sklaven hatte der Erbe keine Möglichkeit, den „Schwebezustand“ zu beenden⁵⁰. Die Sklaven erhalten vorerst keine Kenntnis von der ihnen „aufschiebend befristet“ zustehenden Freiheit. Doch selbst wenn sie davon gewußt hätten, würde es ihnen in der Regel nicht schaden, daß sie sich weiterhin als Sklaven behandeln ließen. Wie Ulpian (5 fid. D.40.5.26.1) bei der Diskussion von Statusfragen emphatisch feststellt, gibt es viele Gründe, die den Sklaven zur Passivität veranlassen können: (etwa) Energielosigkeit (*ignavia*), Schüchternheit (*timiditas*), Unkenntnis (*ignorantia iuris sui*), Ansehen und Rang (*auctoritas et dignitas*) des Verpflichteten⁵¹. Gefahr drohte ihnen nur, wenn sie sich in Kenntnis der ihnen zustehenden Freiheit veräußern ließen⁵². Davon kann hier keine Rede sein.

4. Der Erbe veräußert die drei Sklaven an Sempronius – ob vor oder nach Jahresfrist, ist ebenso unbekannt wie die mögliche Beteiligung von Mittelspersonen; beides war anscheinend irrelevant. Unterstellt man seine Kenntnis vom Fideikommiß, so lag ihm möglicherweise daran, den lästigen Schwebezustand zu beenden⁵³. Sicher ist, daß die Fideikommissen beim Kaufabschluß nicht erwähnt wurden.

„Ego“ berichtet dem Paulus nichts über den genauen Inhalt des Kaufvertrags (einschließlich der Eviktionsgarantie). Anscheinend

49 Über die Gründe (etwa Verwandtschaft) kann man nur spekulieren. Vgl. auch die „illoyale“ Dreiergruppe in dem Grabepigramm CEL 95 (Rom); dazu J. A. Ruffel, JRS 93, 2003, 46 f.

50 vgl. dazu u. bei A.116.

51 vgl. Impallomeni, 117 f.

52 vgl. nur Paul. 12 quaest. D. 40.3.4 (i. V. mit Lic.Ruf. 8 reg. D.18.1.70);

Ulp. 55 ad ed. D.40.12.14 sq.; CJ 7.18.1 (a.239).

53 s. u. V/4.

hielt er das Verschwiegene entweder für irrelevant oder für selbstverständlich. „Selbstverständlich“ in diesem Sinne war in Rom die *stipulatio duplae* (Vertragsstrafe in Höhe des doppelten Kaufpreises). Entgegen den – schwerlich akzeptablen – gängigen Meinungen unterstellen wir im folgenden, daß die römischen Vertragspartner *heres* und Sempronius das stadtrömische Standardformular benutzten⁵⁴. Diese Unterstellung wird auch durch einen Paulus-Text (12 quaest. D.40.13.4) – ebenfalls zum Thema der Veräußerung eines kraft Fideikommisses freizulassenden Sklaven – unterstützt. Wiederum erzählt der Fragesteller (hier der Jurist Licinius Rufinus) nichts über eine Eviktionsgarantie als Bestandteil des Kaufaktes; Paulus geht in seiner Antwort von ihrer Existenz als selbstverständlich aus⁵⁵.

5. Die Sklaven verbleiben einige Zeit bei Sempronius. Aus der zweiten Frage des „ego“ ersehen wir, daß Sempronius einen der Sklaven ausbilden läßt. Damit erhalten wir ein Indiz für das Minimum der Verweildauer der *plures anni* und für das Alter eines der Sklaven. Sempronius läßt irgendwann Arescusa (und nur sie) frei. Spätestens jetzt erhalten (aus nicht bekannten Gründen) Stichus, Pamphilus und Arescusa Kenntnis von dem Fideikommiß. Zwar waren die Sklaven inzwischen veräußert worden. Doch enthielten bereits die XII Tafen (VII 12) den Satz, daß ein testamentarisch bedingt Freigelassener (*statu liber*) mit dem Eintritt der Bedingung automatisch frei wird; das galt auch im Falle der Veräußerung. Der Erwerber des Sklaven wird durch die Eviktionshaftung geschützt⁵⁶. Bedingung und Befristung werden weithin gleich behandelt⁵⁷.

Diese Regelung wird sinngemäß auf die fideikommissarische Freilassung übertragen. War sie bedingt, so wird der Sklave einem *statu liber* angeglichen⁵⁸; allerdings muß das Fehlen der unmittelbaren testamentarischen Freilassung durch eine Freilassung *inter vivos* ersetzt werden. Diese obliegt anscheinend in erster Linie dem

54 s. auch Nörr, Copanello 2002 (im Druck); Weßel, 196f. – Gründe und Gengründe werden in App. VI diskutiert.

55 s. Schmidt-Ott, 102ff. (104 A.6) mit reicher Lit.

56 Iul. 57 dig. D.21.2.39.4 (zur *auctoritas*); dazu Lit. bei Calonge, 84f.; Ernst, 101 A.41 (Aufsätze H. Ankums).

57 s. Kaser, RPR I, 258f.

58 Pap. 9 quaest. D.40.5.21; Marcian 9 inst. 51.3 h.t.

Eigentümer (hier also dem Käufer). Doch können die freizulassenden Sklaven auch den Bedachten oder – falls dieser ein Vermächtnisnehmer ist – den Erben als *manumissor* und künftigen Patron wählen⁵⁹.

In unserem Fall war die für die Freilassung gesetzte Frist von einem Jahr längst abgelaufen. Arescusa hatte bereits die Freiheit erhalten. So führen Stichus und Pamphilus den Erben (und Verkäufer) vor den *praetor fideicommissarius*, der die Freilassung (*manumissio vindicta*) veranlaßte.

Nur beiläufig sei erwähnt, daß von einem – freiwilligen oder erzwungenen – Rückkauf der Sklaven hier keine Rede sein kann⁶⁰. Hätte sich der Käufer – freiwillig oder gezwungen – darauf eingelassen, so wäre nicht nur die Eviktionsgarantie aus dem „ersten“ Kaufvertrag erloschen; erklärungsbedürftig wäre auch die lange Diskussion über die (weiterbestehende ?) *actio empti*. Nicht zur Debatte steht für den Fragesteller „ego“ (und für uns) die Möglichkeit, daß der Erbe-Verkäufer dem damit einverstandenen Käufer den Kaufpreis für die beiden männlichen Sklaven zurückgezahlt hatte.

Patron von Stichus und Pamphilus war jetzt der Erbe-Verkäufer. Problematisch war der Status der Arescusa. Ihr Patron war ihr Freilasser, der Käufer Sempronius. Möglicherweise war sie bei dem Verfahren, das zur Freilassung von Stichus und Pamphilus geführt hatte, anwesend. Wie auch immer – befragt vom zuständigen *praetor*, erklärte sie („*responderat*“), daß sie den Sempronius

59 Ulp. 5 fid. D.40.5.24.21 sq. (dazu ausführlich App. IV (mit Text und Paraphrase)); Paul. 3 fid. 25 h.t.; s. Voci, DER II, 423. Weniger beweiskräftig sind die Sonderfälle (s. Impallomeni, 101) Paul. 3 fid. D.40.5.29; Marcian 9 inst. 51.10 h.t. – Soweit ich es übersehe, wird der Erbe als Substitut des Vermächtnisnehmers ausdrücklich nur in D.19.1.43 erwähnt. Zu legislativischen Lücken vgl. beispielsweise Ulp., Paul. D.40.5.26.11; 27.

60 Anders eine weit verbreitete Meinung; s. nur Impallomeni, 76; Schmidt-Ott, 78 (mit Lit.). Weder in fr. 43 noch in Ulp. D.40.5.24.21 sq. ist von einem Rückkauf die Rede. Der Sonderfall Mod. 3 pand. D.40.5.15 bringt keinen Beweis: Der zur Freilassung Verpflichtete hatte den Sklaven zum Zwecke der Freilassung durch den Käufer veräußert (der damit den Patronat erwerben sollte); hier ist der Zwang zum Rückkauf angemessen (kein Problem der Eviktionsgarantie). Nicht einschlägig sind Ulp. 26.2; Paul. 31.4 h.t., fernzuhalten der Wiederkaufsvorbehalt (s. F. Peters, Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts, 1973, 277 ff.).

nicht als Patron wünsche. Man könnte weiterhin (für die den „ego“ interessierenden Fragen ebenfalls unerhebliche) Zweifel äußern, ob bereits der unsichere *praetor fideicommissarius* das *responsum* Ulpian eingeholt hatte⁶¹ oder ob dies – wie im folgenden unterstellt – erst beim Prozeß zwischen dem Käufer Sempronius und dem Erben geschah. Jedenfalls darf nach den von Ulpian erwähnten *sacrae constitutiones* ihre Situation weder durch die unterlassene Freilassung seitens der Seia noch durch die Veräußerung verschlechtert werden⁶². Da sie bei ordnungsgemäßer Freilassung nicht *liberta* des Sempronius geworden wäre, erhält sie die – von Ulpian *responsum* bestätigte – Befugnis, dessen Patronat zurückzuweisen.

Eine weitere (wahrscheinlich nur für uns bestehende) Unklarheit könnte für das Verständnis des Falles erheblich sein. Obwohl im Text nicht ausdrücklich erwähnt, dürfte der Entzug des Patronats durch einen (von Ulpian für richtig gehaltenen) Spruch des *praetor fideicommissarius* erfolgt sein⁶³. Fraglich ist, ob der Spruch auch positiv festgelegt hatte, wer jetzt Patron der Arescusa ist. Dagegen spricht – im Vorgriff auf die dritte Frage des „ego“⁶⁴ – die Formulierung dieser Frage: *cuius sit liberta?* Auch Paulus scheint in seiner Antwort davon auszugehen, daß eine ausdrückliche Zuweisung der Patronatsrechte an den Erben fehlte⁶⁵. Nicht auszuschließen ist, daß sie – als selbstverständlich – nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem *praetor fideicommissarius* war. Ein anderer Grund dürfte näher liegen: Der Magistrat wollte kein Präjudiz für einen möglichen Streit zwischen Erben und Vermächtnisnehmerin Seia schaffen⁶⁶. Ohne es strikt beweisen zu können, gehen wir im

61 Die Äußerung Ulpian zur Kaufklage wäre dann als (wenig wahrscheinliches) *obiter dictum* zu qualifizieren.

62 s. nochmals Ulp. D.40.5.24.21 u. App. IV.

63 vgl. auch Ulp. 5 fid. D.35.1.92; Paul. 12 quaest. D.40.13.4.

64 s. u. IV, VIII.

65 vgl. fr. 45.2: . . . *et non sine ratione dicitur* . . . ; s. auch Ankum (1993), 16 ff. – Kein brauchbares Indiz für die Zuweisung des Patronats an den Erben ist die *a.empti* des Sempronius; sie stützt sich auf den Verlust der Patronatsrechte, nicht auf den Erwerb derselben durch den Erben.

66 vgl. Ulp. 38 ad ed. D.40.14.6 und die Angaben bei Kaser/Hackl, RZP, 347, 457.

folgenden davon aus, daß sich Arescusa als *liberta* des Erben verhielt. Immerhin war damit die Dreiergruppe (Stichus, Pamphilus, Arescusa) wieder vereint – jetzt unter dem gemeinschaftlichen Patronat des Erben.

6. Sieht man von den Zweifeln hinsichtlich des Patronats über Arescusa ab, so war der Fall für die drei Freigelassenen zumindest juristisch zu Ende, nicht aber für den Käufer Sempronius. Er hatte nicht nur die beiden männlichen Sklaven verloren, sondern auch den Patronat über Arescusa. Gewinner war – als jetziger Patron über die Freigelassenen – der Erbe-Verkäufer. Es kommt zur *a.empti* des Käufers gegen den Verkäufer⁶⁷. Daß im Falle von Stichus und Pamphilus die Eviktionsgarantie verfallen war, war so offensichtlich, daß weder „ego“ noch Paulus darauf eingehen: Mit der Freilassung durch den Verkäufer hatte der Käufer das *habere licere* verloren⁶⁸. Unbekannt ist, ob der Fall insoweit gerichtlich oder außergerichtlich erledigt worden war⁶⁹. Umgekehrt im Falle der Arescusa. Hier war evident, daß die Eviktionsgarantie nicht verfallen war; hatte der Käufer doch durch die Freilassung von sich aus das *habere licere* aufgegeben⁷⁰.

Konsequenterweise diskutieren „ego“ und Paulus Ansprüche, die nicht ohne weiteres von der Eviktionsgarantie erfaßt waren. Zum einen: Rückzahlung des Kaufpreises als Ausgleich für den Verlust des Patronats über Arescusa; zum anderen: Ausbildungskosten für einen der männlichen Sklaven. Beide Ansprüche konnten nur mit Hilfe der *bona fides*-Klausel der *a.empti* begründet werden. Mit beiden Ansprüchen war Sempronius vor dem *iudex* gescheitert.

Problematisch erschien (dem Gericht oder den Parteien) der auf den Verlust des Patronats gestützte Anspruch des Käufers. Man wandte sich an Ulpian, der in einem (wohl bindenden) Gutachten

67 Es handelt sich um einen normalen Zivilprozeß; von einer *extraordinaria cognitio* ist keine Rede; unrichtig Honsell, 44.

68 Paul. D.21.2.26 (s. u. App. V); vgl. auch Iul. 57 dig. D.21.2.39.4 (zur *auctortas*). Fungiert die Eviktionsgarantie hier als „Nichtangriffsklausel“? Vgl. Nörr (2004), 159 ff.

69 s. auch App. VI.

70 vgl. Paul. (Labeo) 11 ad Sab. D.21.1.47 pr.; Ulp. 29 ad Sab. D.21.2.25; s. auch Pomp. 27 ad Sab. 34 pr. h.t.

(*responsum*) den Anspruch verneinte⁷¹. Der Sachverhalt dürfte ihm im wesentlichen so vorgetragen worden sein, wie „*ego*“ ihn dann dem Paulus (und uns) geschildert hatte. Nach dessen Bericht begnügte sich Ulpian nicht mit der einfachen Feststellung, daß der Käufer nichts vom Verkäufer verlangen könne (*nihil posse a venditore consequi*). Die Gesetze der Gattung *responsum* schließen Begründungshinweise nicht aus⁷². Ulpian deutet darauf hin, daß der Käufer selbst *Arescusa* freigelassen habe (daher keine Eviktionshaftung). Es liege an der durch die *sacrae constitutiones* geschaffenen Rechtslage, daß dem Käufer die Patronatsrechte entzogen werden konnten⁷³. Daher – so muß der Adressat wohl folgern – könne der Verlust der Patronatsrechte nicht dem Verkäufer zugerechnet werden. Wir werden im folgenden versuchen, die Andeutungen Ulpians zu explizieren⁷⁴.

71 Gai.inst. 1.7; s. zuletzt K. Hackl, SZ 121, 2004, 636f. – Der Inhalt wird durch Ulp. 29 ad Sab. D.21.2.25 bestätigt; die *a.empti* fanden die Kompilatoren anscheinend erst bei Paul. 5 ad Sab. fr. 26 h. t. Vgl. u. App. V.

72 Ulpian werden zwei Bücher *Responsa* zugeschrieben (Lenel, Paling. II, 1017 ff.). Zu ihnen zuletzt C.Zülch, *Der liber singularis responsorum des Ulpianus Marcellus*, 2001, 41 ff. und die Bemerkungen von Liebs, SZ 120, 2003, 248f. Entgegen Zülch sind in den *Responsa* Ulpians bisweilen Begründungen angedeutet (vgl. D.23.4.25; 46.5.10).

73 s. nochmals Ulp. D.40.5.24.21; Text in App. IV. Die dort zitierten Konstitutionen sind nur analog oder über die Generalklausel (*ius suum laedi*) auf den *Arescusa*-Fall anwendbar; von drei möglichen Patronen (Erwerber, Bedachter, Erbe) ist in ihnen keine Rede.

74 s.u. VI. – Der Deutlichkeit halber sei nochmals betont, daß Ulpian nach der hier vertretenen Interpretation nicht nach der Anwendbarkeit der Konstitutionen gefragt worden war; letztere sind Teil seiner Argumentation.

IV. Fragen und Antworten im Umriß

Der Prozeß zwischen Erbe-Verkäufer und Käufer Sempronius ist jetzt ebenso abgeschlossen wie die Erzählung des „ego“. Es folgt die in der alten und modernen Jurisprudenz gängige kritische Verarbeitung der Probleme.

1. Ulpian (und der *iudex*) hatten dem Käufer nach der Freilassung der Arescusa alle Ansprüche gegen den Verkäufer versagt. Demgegenüber hatte Julian das Fortbestehen von Kaufansprüchen trotz Freilassung durch den Käufer für möglich gehalten (*empti actionem durare*). Was ist richtig?

2. Der Käufer hatte einen der Sklaven ausbilden lassen und dementsprechend vom Verkäufer Kostenersatz verlangt. Auch dieser Anspruch wurde zurückgewiesen. Zu Recht?

3. Die dritte Frage betrifft den Patronat über Arescusa. Sie hat mit dem inzwischen beendeten Prozeß nur insoweit etwas zu tun, als der Patronat des Erben zweifelhaft sein konnte (mit möglichen Folgen für die *a.empti*)⁷⁵. Im Gegensatz zu den beiden männlichen Sklaven hatte der Erbe-Verkäufer nicht die Freilassung der Arescusa vollzogen. Wenn diese mit Erfolg den Patronat des Käufers abgelehnt hatte, wer kommt als Patron in Betracht: die (untätige) Vermächtnisnehmerin Seia oder der Erbe?

Bevor wir uns den in diesen Fragen enthaltenen Problemen im einzelnen zuwenden, seien zuerst Argumentation und Ergebnis skizziert.

Zur ersten Frage: Paulus bejaht die Möglichkeit einer *a.empti* ohne explizite Begründung mit dem Hinweis auf die von „ego“ erwähnte *sententia Iuliani*, die er ausdrücklich billigt („*semper proba-*

75 vgl. auch Schmidt-Ott, 85; s. aber o. A.65. – Zur Beseitigung der Bindungswirkung des *responsum* Ulpians hätte es im übrigen eines *responsum* des Paulus bedurft. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß das Imperfekt „*desiderabatur*“ nicht auf die Fortdauer des Prozesses zur Zeit der Anfrage hindeutet.

vi“)⁷⁶. Der genaue Kontext der *sententia Iuliani* ist unbekannt. Zu erwägen wäre eine – im Verhältnis zum Arescusa-Fall – einfachere Konstellation: Kauf eines fremden Sklaven, Freilassung durch den Käufer, *vindicatio in servitatem* durch den Eigentümer⁷⁷. Die Eviktionsgarantie war nicht verfallen, da der Käufer den Verlust des *habere licere* selbst veranlaßt hatte; so blieb nur der Rückgriff auf die *a.empti*. Bei einem solchen Sachverhalt kämen weder Interessen von Freigelassenen noch die *sacrae constitutiones* ins Spiel.

Autorität ist ein zulässiges Argument. Doch gibt Paulus zu verstehen, daß er die Begründung Julians nachvollzogen, vielleicht sogar durch eigene Argumente ergänzt hatte⁷⁸. Autorität und Rationalität stehen in problematischen, nicht unbedingt antagonistischen Beziehungen⁷⁹. Festzuhalten ist, daß im Verhältnis zur Umwelt die Autorität der Juristen auch dort, wo sie sich kognitiver Instrumente zu bedienen scheint, letztlich (und formelhaft) auf der ihnen „gesellschaftlich“ zugestandenen Macht beruht (die im 3. Jhd. zusammenbricht).

Zur zweiten Frage: Sie enthält – nach dem überlieferten Text und langer (von den Kompilatoren zusammengestricherter) Argumentation – eine differenzierende Antwort. Hierbei greift Paulus wiederum auf Äußerungen Julians zurück; doch ist das Ausmaß unsicher⁸⁰. Wir versuchen eine Zusammenfassung⁸¹.

a) Die *a.empti* geht auf das „Interesse“ an der unterterlassenen Eviktion und damit grundsätzlich auch auf den Ersatz der Auf-

76 Wie Julian möglicherweise Aburnius Valens (bei Paul. D. 40.5.25); Prioritätsprobleme interessieren hier nicht. Vgl. auch u. bei A.260.

77 Zur Verdeutlichung: Bei der in fr. 45.1 erwähnten *vindicatio in servitatem* fehlt das Element der Freilassung durch den Käufer.

78 Eigenständig „paulinisch“ ist zumindest die Erörterung der *a.empti* im Rahmen der dritten Frage; s.u. IX. – Zum Umgang des Paulus mit „Autoritäten“ s. nur Berger, RE X 1, 1917, 698 ff.

79 s. nur Seneca, ep. 94.27; F. Horak, Rationes decidendi I, 1969, 712 ff. – Theoretisch anregend P. Bourdieu, Was heißt Sprache?, 1990, 11 ff. passim.

80 Sehr weitgehend Tafaro (2003), 582 ff. (s.u. App. VII/2). Zu Julian-Zitaten generell und zur Zitiermethode des Paulus E. Stolfi, Riv.di Diritto Romano I, 2001, 1 ff.

81 Zum folgenden vgl. u. VII und die ausführliche Diskussion der zwiespältigen Haltung des Paulus zum Aufwendungsersatz in App. VII.

wendungen. Hier wie im folgenden beschränkt sich Paulus nicht auf den Spezialfall der „Eviktion durch Freilassung“.

b) Vorbehalte gibt es bei Aufwendungen, deren Ersatz dem Pflichtigen nicht zuzumuten ist (übermäßige Aufwendungen)⁸². Als Beispiel wird genannt der billig eingekaufte und kostspielig zum Wagenlenker (*agitor*) oder Schautänzer (*pantomimus*) ausgebildete Sklave⁸³.

c) Klagt der Käufer auf das Interesse, so müssen im Gegenzuge auch „Verschlechterungen“ des Sklaven berücksichtigt werden (fr. 45 pr.)⁸⁴.

d) Nicht erörtert wird, ob dem Käufer Nutzungen anzurechnen sind, die ihm aus dem erlernten Beruf des Sklaven zugeflossen waren⁸⁵.

e) Der Käufer hat den Ersatz seiner Aufwendungen mit Hilfe der *exceptio doli* in erster Linie bei dem vindizierenden Eigentümer zu suchen (fr. 45.1); insoweit ist die *a.empti* subsidiär. Hinsichtlich des von Sempronius ausgebildeten Sklaven gibt es keinen vindizierenden Eigentümer; der Verlust des *habere licere* beruhte auf der Freilassung durch den Verkäufer. Daher ist die *a.empti* zuständig.

f) Unbeschränkt ist der Ersatzanspruch im Falle des dolosen Käufers (*venditor sciens*)⁸⁶.

82 vgl. den (eigenartigen) Satzteil fr. 43 a.E.: *ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa*; s. App. VII/2.

83 vgl. Luk. de salt. 69 passim; de spect. 172; weitere Belege bei Bürge, 54 A.198. S. auch L. Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms II, 8. Aufl. 1910, 473 ff. Aufschlußreich für die Ausbildungskosten zur Zeit der justinianischen Kodifikation ist CJ 6.43.1 (a.531).

84 vgl. demgegenüber die Nichtbeachtung von Verbesserungen und Verschlechterungen bei der *auctoritas*-Haftung (Pap. 7 quaest. D.21.2.64 pr.; dazu K. Hackl, SZ 114, 1997, 435 ff.; Pennitz, 462 ff.). – Offen bleibt, ob sich die Anrechnung der Verschlechterungen auch auf den Fall bezieht, daß der Käufer nur den Kaufpreis herausverlangt; die Analogie zur *a.redditoria* würde für eine bejahende Antwort sprechen (s. u. VII/7).

85 Anders derselbe Paulus in 21 ad ed. D.6.1.31; s. App. VII/1.

86 dazu Nörr (2004), 182 ff. – Hätten diejenigen Bearbeiter, die für die Einteilung der Digestenfragmente in Paragraphen verantwortlich waren, diesen letzten Satz von fr. 45.1 als eigenen Paragraphen gekennzeichnet, so wäre man eher geneigt, ihn unmittelbar auf den *Arescusa*-Fall zu beziehen; s. auch u. A. 88 zu Cuiacius. Zu Paul. D.21.2.26 s. App. V.

Zur dritten Frage: Ein Patronatsrecht der Vermächtnisnehmerin Seia wird von Paulus stillschweigend verneint (fr. 45.2). Die Wahl der Arescusa hat Konsequenzen für die Kaufklage; Seia steht außerhalb des Rechtsverhältnisses Kauf. Dem Käufer oder dem Verkäufer werden von Paulus entweder der Patronat oder der Kaufpreis zugeordnet; nach dem *responsum* Ulpian's konnte der Verkäufer beides erhalten.

Vereinfacht: Paulus beruft sich bei der ersten Frage auf die (geprüfte) Autorität Julians, bei der zweiten Frage auf das „System“ (Zusenspiel von *rei vindicatio* und *a.empti*), bei der dritten Frage (implizit) auf die Konsequenzen (hier der Zuweisung des Patronats an Seia für die kaufrechtlichen Beziehungen zwischen Erben und Sempronius).

V. *dolus* des Verkäufer-Erben?

Es mag als paradox erscheinen, daß die juristische Analyse bei einer Frage ansetzen muß, die im Text (fr. 45.1 a.E.) allenfalls angedeutet ist⁸⁷, bei deren Bejahung aber weite Teile der Diskussion gegenstandslos wären. Es war unstrittig, daß ein Verkäufer, der um die Fremdheit der verkauften Sache wußte, arglistig handelte. Je nach Vertragsgestaltung verstieß er gegen die *clausula doli* des Kaufgeschäftes oder die *bona fides*-Klausel der Kaufklage – mit der Folge, daß er für alle Schäden des Käufers einzutreten hatte. Gleiches gilt für die Veräußerung eines bedingt (oder befristet) freigelassenen Sklaven, wenn der Verkäufer die Bedingung verschwieg (und diese eintrat). Wußte also der Erbe-Verkäufer von der Freilassungsaufgabe⁸⁸ und verschwieg er diese dem Käufer, so haftete er unbeschränkt; die ausführliche Diskussion des „*ego*“ und des Paulus wäre überflüssiges Gerede.

Hier stehen wir vor einem Dilemma. Spätestens seit Cuiacius⁸⁹ ist man fast einhellig der Meinung, daß der Erbe von dem Freilassungsfideikommiß hätte Kenntnis haben müssen⁹⁰. Andererseits wurde in dem Prozeß zwischen ihm und dem Käufer doloses Verhalten des Erben-Verkäufers anscheinend nicht vorgetragen, sicherlich aber nicht festgestellt; der Käufer hätte sonst den Prozeß gewonnen⁹¹. Kein Wort hierzu findet sich auch in dem *responsum* Ulpian's. Wenn der ihm vorgelegte Sachverhalt ähnlichen Inhalt hatte wie die Erzählung des „*ego*“, so hätte es für ihn nahe gelegen, für den Fall des

87 s.o. A.48.

88 s.o. III/5.

89 Opera V, 1607; er bezieht die *scientia* in fr. 45.1. a.E. auf den Erben-Verkäufer (1610). – Aus dem Paulus-Text D.21.2.26 lassen sich keine brauchbaren Argumente gewinnen; s. App. V.

90 anders Ankum (1993), 1 ff.; s. auch Ernst, 26 ff.; Cannata (1996), 608 ff.

91 s. nur Ulp. 28 ad Sab. D.40.7.9.1. – Zwischen „*dolus*“ und „dolosem Verhalten“ machen wir im folgenden keinen Unterschied; s. aber Cannata, FS Burdese I, 470 ff.

dolus eine Alternativentscheidung anzubieten⁹². Auffällig ist schließlich auch, daß die drei Sklaven keine Bedenken hatten, ihren früheren Eigentümer (und Verkäufer) zum Patron zu wählen.

Wenn wir im folgenden verschiedene (schwächere und stärkere) Erklärungshypothesen vorstellen, so ließe sich die relative Umständlichkeit der Erörterung nicht allein mit dem Bedürfnis rechtfertigen, den Hintergrund von fr. 43 sq. aufzuhellen. Vielmehr sind einige der Hypothesen zugleich geeignet, Einblicke in Probleme der praktischen Handhabung des Rechts im 2./3. Jhd zu gewähren, Probleme, die sich nicht nur uns, sondern auch den Zeitgenossen stellten⁹³. Ex eventu ließe sich sogar fragen, ob sich in ihnen bereits krisenhafte Tendenzen ankündigten.

2. Zwei (schwache) Hypothesen dürfen wir rasch erledigen. Zu ihnen gehört m.E. auch die gängige Meinung, die dem Verkäufer Wissen und Arglist zuschreibt. In ihrer Konsequenz liegt die Behauptung, daß der Prozeß zwischen Erben und Käufer eindeutig falsch entschieden worden war. Zudem muß sie unterstellen, daß sich Paulus auf die unfruchtbare Diskussion nur eingelassen hatte, um die (den *dolus* aussparenden) Fragen des „*ego*“ fügsam der Reihe nach zu beantworten. Man könnte dann den beiläufigen Hinweis auf die umfassende Haftung des *venditor sciens* am Ende von fr. 45.1 als höfliche Zurechtweisung interpretieren.

Letzteres gälte auch für die zweite (schwache) Hypothese, die den Fragesteller als Vertreter einer längst obsoleten Auffassung hinstellt, die Bedenken hatte, neben der reinen Eviktionshaftung eine (subsidiäre) Haftung aus der *clausula doli* des Kaufgeschäftes oder der *bona fides*-Klausel der *a.empti* zuzulassen⁹⁴.

92 Ein solcher Hinweis findet sich am Ende von Ulp. 32 ad ed. D.19.1.11.18, einem Text, der in der Ablehnung der *a.empti* und in der Gegnerschaft zu Julian Parallelen zu unserem Text erkennen läßt; s. Nörr (2004), 183. In den Responsen Ulpian's (s. o. A.72) trifft man auf Indizien für Alternativentscheidungen; s. D.26.7.19; 27.6.12; 30.120.2 (FV 44); 45.2.8. – Was Paulus angeht, so sei nochmals auf 12 quaest. D.40.13.4 verwiesen.

93 Da der Sachverhalt nicht von der Einschaltung eines *procurator* beim Veräußerungsgeschäft spricht, dürfen wir Überlegungen zur möglichen Zurechnung seiner *scientia* beiseite lassen; vgl. das Material bei H.-P. Benöhr, SZ 87, 1970, 123 ff.

94 s. Nörr (2004), 184 ff.

3. Läßt man diese fragwürdigen Konstruktionen ebenso beiseite wie andere fern liegende Möglichkeiten, so bleiben drei Wege: a) Der Verkäufer war *dolus*; doch gab es Gründe, den *dolus* nicht in den Prozeß einzuführen. – b) Man ergänzt das in der Erzählung Verschwiegene derart, daß die Unkenntnis des Erben von der fideikommissarischen Freilassung als plausibel erscheint. – c) Man konzidiert seine Kenntnis, findet aber Gründe dafür, daß ihm diese nicht als *dolus* angelastet werden kann⁹⁵.

Beginnen wir mit der Überlegung, daß aus situationsbedingten Motiven, die (zwar nicht für uns, aber) für „*ego*“ und Paulus verständlich waren, eine Diskussion des *dolus* des Erben im Prozeß vermieden wurde. Ein Beispiel: Wer wissentlich einen *statu liber* veräußerte und dessen Status verschwieg, setzte sich nicht nur der *a.empti*, sondern auch der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung (*stellionatus*) aus⁹⁶. Unterstellt man etwa ein gemeinschaftliches soziales Netz unter den Beteiligten, so mochte es dem Käufer geraten erscheinen, den Verkäufer nicht dem Risiko einer Bestrafung auszusetzen, die bis zur Infamie und Verbannung führen konnte. Daß er hierfür sogar den Prozeßverlust in Kauf nahm, ist im Rahmen derartiger sozialer Strategien nicht unvorstellbar⁹⁷. Es bleibt die Frage nach den prozessualen Instrumenten, die die Eliminierung gewisser Sachverhaltselemente aus dem Prozeßstoff ermöglichen⁹⁸.

95 Eine (lockere) Parallele zur Nichtidentifizierung von *scientia* und *fraus* findet sich in Ulp. 7 disp. D.17.1.29.4; vgl. zuletzt Talamanca, FS Burdese IV, 249 ff.

96 Ulp. 28 ad Sab. D. 40.7.9.1; s. dazu nur R. Mentxaka, BIDR 91, 1988 (1992), 298 ff.; L. Garofalo, La persecuzione dello stellionato in diritto romano, 1992, 102 ff.

97 Dazu anschaulich G. Binder, R. Weisberg, Literary Criticisms of Law, 2000, 500 ff. (mit Lit.). – Eine gewisse Parallele ist der prozessuale Schutz von Respektspersonen; Beispiele bei P. Gröschler, *actiones in factum*, 2002, 42 ff., 265 ff.

98 zum *edere actionem* s. A.Bürge, SZ 112, 1995, 1 ff. – Fraglich ist, ob hier die Klausel in der *lex Imitana* c.84 (. . . *neque pro socio auf fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur* . . .) weiter hilft; vgl. nur Nörr, *Mandatum, fides, amicitia*, *Historiae* III, 1936 (1993) und die Angaben bei F.-St.Meissel, SZ 117, 2000, 562 ff. Doch könnte sie vielleicht als Indiz für die Möglichkeit dienen, den *dolus* aus dem Prozeß herauszuhalten. Das war bei der *a.depositi*

Grundlage für die zweite Alternative ist die Formlosigkeit des *fideicommissum*⁹⁹. Konstruieren wir ein extremes Beispiel¹⁰⁰: Der Erblasser legte die Fideikommisse zugunsten der Seia und der drei Sklaven in einem Kodizill nieder, dessen Tafeln er nicht dem Erben, sondern der Seia übergab. Man müßte dann die Erzählung des „*ego*“ so interpretieren, daß Seia das Kodizill „unterschlug“. Folglich erfuhren weder der Erbe noch die Sklaven etwas von dessen Inhalt; der Erbe verkaufte die Sklaven *bona fide*.

Diese Version ist weder auszuschließen noch plausibel. Die Quellen zum Fideikommiß fließen relativ reichlich; für die hier vorgestellte Situation gibt es keine brauchbaren Hinweise¹⁰¹. Es ist auch nicht glaublich, daß dieses – für die Beteiligten riskante – Vorgehen weit verbreitet war. Man denke nur an den Fall, daß der nichts ahnende Erbe die Sklaven zu einem Zeitpunkt veräußerte, in dem der Fideikommissar vom Eintritt des Erbfalls noch nichts wußte. Wenn aber im *Arescusa*-Fall eine solche außergewöhnliche Situation vorlag, wäre ihre Erwähnung im Sachverhalt zu erwarten.

Im übrigen enthält die Schilderung des „*ego*“ Elemente, die dem Paulus (und uns) das Wissen des Erben nahe legen. Der Erbe verkaufte die Sklaven, „da“ oder „als“ („*cum*“) die Seia das Fideikommiß weder annehmen noch den Erben befreien wollte; mit dieser Formulierung werden Kontakte zwischen Seia und dem Erben angedeutet. Ähnliches gilt für die betonte Feststellung, daß der Erbe beim Verkauf das Fideikommiß nicht erwähnt hatte (*nulla commemoratione . . . facta*). An dieser Stelle hätte sich eine Bemerkung über die fehlende *scientia* des Erben geradezu aufgedrängt¹⁰².

(*in factum concepta*) ausgeschlossen. Sollte das entsprechende *bonae fidei iudicium* zur Zeit des Sabinus existiert haben (Ulp. 41 ad Sab. D.16.3.11; s. nur Talamanca, FS Burdese IV, 117ff.), so stellt sich wieder einmal die Frage nach den Vorlagen von lex Iritana c.84.

99 vgl. nochmals Ankum (1993), 1ff.; s. auch o. II/4.

100 Obwohl für den vorliegenden Fall wegen des fehlenden Kontextes nicht unmittelbar verwertbar, sei doch PS 4.1.5 zitiert.: *Qui fideicommissum reliquit, etiam cum eo loqui potest cui reliquit, velut: peto, Gai Sei, contentus sis illa re aut volo tibi illud praestari.*

101 Erwähnenswert ist immerhin die Variante der verspäteten Auffindung des Kodizills (s. nur Cels. 3 dig. D.2.15.12).

102 Offen bleibt, ob man aus Paul.D.21.2.26 auf die „Normalität“ der Kenntnis des Erben schließen darf; s. u. App. V.

4. Text- und lebensnäher ist die letzte Alternative, die wegen ihrer Komplexität einer ausführlichen Darstellung bedarf. Ausgangspunkt ist jetzt die Kenntnis des Erben von dem Fideikommiß für Seia und der befristeten (fideikommissarischen) Freilassungsaufgabe zugunsten der drei Sklaven. Der Anschaulichkeit halber operieren wir jetzt unsererseits mit Fällen. Dabei unterstellen wir zuerst, daß die Beteiligten versuchten, die Fideikommission ordnungsgemäß abzuwickeln.

Der Erbe hätte die drei Sklaven der Seia übereignet. Entsprechend der Bitte des Erblassers hätte sich Seia nach einem Jahr daran gemacht, die Sklaven freizulassen. Dabei wäre sie auf ein Hindernis in der Gestalt der alten *lex Aelia Sentia* gestoßen (4. n. Chr.); diese galt grundsätzlich auch für testamentarische Freilassungen¹⁰³. Das Gesetz war Teil der bevölkerungspolitischen Maßnahmen des Augustus, die sich u. a. auch auf die Begrenzung von Freilassungen richteten¹⁰⁴. Uns interessiert die Anordnung, daß Sklaven, die jünger sind als dreißig Jahre, nur nach Prüfung (*causae cognitio*) durch Magistrat und *consilium* freigelassen werden durften¹⁰⁵. Als *iustae causae* nennt Gaius (inst. 1.19) beispielhaft die Freilassung naher Angehöriger, des Pädagogen, des künftigen *procurator* oder der künftigen Ehefrau. Wurde die *causae cognitio* unterlassen oder führte sie zu einem negativen Ergebnis, so konnte man dem Skla-

103 Gai. inst. 1.18 sq.; 2.276; Ulp.ep. 1.14; s. auch fragm. Dosith. 13 passim; s. Impallomeni, 126 ff. Vgl. auch die Klagen der (frühverstorbenen) Sklaven Narcissus (CIL X 4917) und Hymnus (ann.ép. 1997, 362; R. Gordon, JRS 93, 2003, 290f.). – Zu überprüfen wäre die Situation bei der *manumissio mortis causa*; vgl. – außer Scaev. D.18.7.10; Marcell. D.40.1.15; Ulp. D.40.5.26 pr. – jetzt SEG XXXV 1167 (a. 242/3); s. nur D. Salsano, Chiron 28, 1998, 189 ff.; Gordon l.c., 274. – Zum Alter des Freilassers s. etwa Gai. inst. 1.38 sq.; Ulp. 2 de off. proc. D.40.2.20 (nach dem index des Dorotheos); CJ 6.21.4 (a.222). Unklar ist Ulp. (Mark Aurel) D.40.5.30.16 (Impallomeni, 173).

104 Zur *lex Aelia Sentia* Lit. bei P. Maestrani, Atti Conv. Probl. Contrattuale (in onore di A. Dell’Oro), 1998, 423f.; zur Kritik an dem Gesetz s. Nörr, Rechtskritik, 70, 95.

105 vgl. Gai. inst. 1.18 sq.; Inst. Iust. 1.6.4 sq.; s. T. Gimenez-Candela, SZ 113, 1996, 64 ff. – Zum *alumnus* s. zuletzt A.D’Ors, in „Iurisprudencia universalis“ (FS Th. Mayer-Maly), 2002, 141 ff.; zur Heirat mit der freigelassenen Sklavine Th. A. J. McGinn, Historia 53, 2004, 200 ff.

ven mittels formloser Freilassung nur den Status eines *Latinus Iunianus* verschaffen.

Die zweite Frage des „*ego*“ verrät uns (und verriet dereinst dem Paulus), daß zumindest ein Mitglied der Dreiergruppe das Freilassungsalter noch nicht erreicht hatte: Der Käufer hatte Ausbildungskosten geltend gemacht¹⁰⁶. Doch wissen wir zu wenig von den Hintergründen des Falles und der Praxis der *causae cognitio*, um sinnvolle Hypothesen über die Chancen eines oder aller Sklaven zu formulieren.

Justinian hatte die Freilassungsbeschränkungen und den Status des *Latinus Iunianus* (endgültig) abgeschafft (CJ 7.6.1.6); daher dürfen wir von den durch die Kodifikation überlieferten Texten keine klaren Informationen erwarten. Epigraphische (und papyrologische) Statistiken sind schwer interpretierbar¹⁰⁷. Sie bezeugen eine große Zahl von Freigelassenen, die das 30. Lebensjahr erreicht hatten; das könnte für die grundsätzliche Einhaltung der Altersgrenze der *lex Aelia Sentia* sprechen. Die trotzdem nicht ganz unerhebliche Zahl jüngerer Freigelassener ließe sich auf verschiedene Weise erklären: großzügige Konsiliarpraxis, Vielzahl von *Latini Iuniani*¹⁰⁸, Nichtbeachtung der *lex Aelia Sentia* (etwa bei schlichter *manumissio vindicta* vor dem Magistrat)¹⁰⁹. Ob es eine Tendenz zur Lockerung der Voraussetzungen der *lex* gab, läßt sich derzeit nicht entscheiden¹¹⁰. Unbekannt ist schließlich, ob die *causae cognitio* im Falle der fideikommissarischen Freilassung vor dem *praetor fideicommissarius* stattfand; zumindest in den Fällen erzwungener Freilassung drängt sich eine bejahende Antwort auf.

106 Nach Mod. 8 diff. D.6.1.32 (u. App. VII/1) amortisierten sich diese nach Ablauf des 25. Lebensjahres. – Anschaulich zu den Lehrverträgen (Papyri) J. Herrmann, Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte, 1990, 164 ff. (1957/8).

107 vgl. nur G. Alföldy, Die römische Gesellschaft. Ausgewählte Beiträge, 1986, 336 ff.; zu den Papyri s. P. Lips. II 151.

108 s. P. Weaver, in (Hg. E. Rawson, P. Weaver) *The Roman Family in Italy*, 1997, 55 ff.

109 vgl. § 21 des Gnomon des Idioslogos; dazu S. Riccobono jr., *Il gnomon dell' idios logos*, 1950, 138 ff. und die Texte bei Salsano (A.103), 189 ff.

110 Problematisch ist beispielsweise die *constitutio Divi Marci* (Impallomeni, 110 ff., 146 ff.; Texte bei Amaya Calero (1987), 203 ff.). Vgl. etwa Ulp. D.38.16.3.3 mit Ulp. D.40.9.30 pr.

Wenn wir jetzt unseren „Fall im Fall“ weiterspinnen und unterstellen, daß die Sklaven bei der *causae cognitio* durchgefallen sind, dann hätte Seia sie „formlos“ freilassen können – mit der Folge, daß sie nicht das römische Bürgerrecht, sondern den schlechteren Status des *Latinus Iunianus* erhalten hätten (Gai. inst. 1.17)¹¹¹. Oder hätte Seia nach Ablehnung durch das *consilium* bis zu dem Tage warten sollen, an dem der erste oder letzte Sklave dreißig Jahre alt wurde?¹¹² An dieser Stelle ist an einen interpretatorischen Topos zu erinnern, der im Recht der Fideikommissie noch gewichtiger war als im sonstigen Testamentsrecht: der Wille (*voluntas*) des Erblassers¹¹³. Wie erwähnt, wurde das früher rechtlich unverbindliche Fideikomiß klagbar gemacht, um dem Willen des Erblassers zur Durchsetzung zu verhelfen. Diese Geburtskonstellation prägte seinen weiteren Weg. Dabei ist zu betonen, daß der Erblasserswille grundsätzlich auch den Interessen des bedachten Sklaven vorging¹¹⁴. Daraus folgt, daß bei der Interpretation der die fideikommissarische Freilassung fördernden Senatsbeschlüsse und Konstitutionen nicht nur auf den *favor libertatis* abgestellt werden darf.

So wäre zu fragen: Was hätte der Erblasser beim Mißlingen der „ordentlichen“ Freilassung gewollt? Vollzug der „schlechteren“ Freilassung (mit der Hoffnung späterer Heilung)¹¹⁵ Erhaltung der Dreiergruppe als primäres Ziel oder gegebenenfalls Aufsplitterung derselben in Sklaven und Freie? Wollte er es der Seia nach mißlungener *causae cognitio* zumuten, die – freiwillige oder erzwungene –

111 Unklar ist, ob (und in welcher Weise) der *praetor fideicommissarius* dort, wo die Voraussetzungen der ordentlichen Freilassung fehlten, dem Sklaven zum Status des *Latinus Iunianus* verhalf – wenn beispielsweise ein entsprechender Wille des *testator* offensichtlich vorlag.

112 vgl. den Parallelfall in Gai. inst. 2.276.

113 s. nur H. J. Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht, 1972, 133 u. ö.; zum Hintergrund s. J. Stern, SZ 121, 2004, 262 ff.

114 So deutlich Ulp. 5 fid. D.40.5.24.21 a.E.; s. auch fr. 24.11 h.t.; Gai. (Ant. Pius) 1 fid. D.35.1.90; Mod. 1 reg. D.34.5.27. Der Vorrang des Willens vermag Unterschiede der fideikommissarischen von anderen Formen der *manumissio mortis causa* zu erklären. Vgl. – außer Wieling l. c., 112 ff., 166 ff. und Johnston (A. 11), 186 ff. – vor allem Talamanca, SDHI 60, 1994, 83 ff.

115 vgl. nur Gai. inst. 1.28 sq. – Zur Freilassung mit Befristung „*cum annorum triginta esset*“ s. Pomp. 7 var. lect. D.40.4.46.

Freilassungsprozedur zu wiederholen? Und nicht zuletzt: Wie sollte man den Willen des Erblassers feststellen?

Hierfür finden wir keine Antworten. Doch dürfte deutlich geworden sein, daß die Situation für die Beteiligten irritierend sein konnte. Selbst wenn sie versucht hätten, die Fideikommiss ordentlich abzuwickeln, war ein eindeutiges Ergebnis nicht garantiert.

Das passive Verhalten der Seia (Nichtgeltendmachung des Fideikommisses und – daraus folgend – die Nichtfreilassung der Sklaven) machte die Situation noch verwirrender. Die Geltendmachung des Fideikommisses war an keine Fristen gebunden¹¹⁶. Das schloß zwar nicht aus, daß die „Gerichte“ gelegentlich aus Billigkeitsgründen die verspätete Geltendmachung verhinderten; doch gibt es im Recht der Fideikommiss hierfür keine Belege. Mit den spärlichen Sanktionen des Gläubigerverzugs konnte der Erbe in unserem Falle nichts erreichen¹¹⁷. Seia konnte daher die Geltendmachung des Fideikommisses über Jahre hinausziehen, ohne daß der Erbe in der Lage gewesen wäre, den (möglicherweise lästigen) Schwebezustand zu beenden. Die eigenmächtige Beendigung durch Veräußerung der Sklaven ist somit nicht unbegreiflich. Läßt man die Freilassungsaufgabe beiseite, so bedurfte es auch keiner Aufklärung des Käufers; das schuldrechtliche Band zwischen Erben und Seia war für ihn ohne Bedeutung.

Es war die fideikommissarische Freilassungsaufgabe, die die Veräußerung problematisch machte. Zwar richtete sie sich nicht eigentlich an den Erben, sondern an die *fideicommissaria* Seia; bei konsequenter Anwendung schuldrechtlicher „Dogmatik“ wäre allein sie zu ihrer Befolgung verpflichtet gewesen. Diese wurde durch das „neue“, die *manumissio fideicommissaria* begünstigende

116 arg. Pap. 11 resp. D.31.79 (dazu L. Winkel, *Error iuris nocet*, 1985, 132f.). Zur Spätzeit s. Kaser, RPR II, 71 f. – Zur „topischen“ Berücksichtigung des Zeitablaufs vgl. Nörr, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, 1969, 31 ff.; doch ist die Freiheit „unverjährbar“ (CJ 7.23.3; a.314). – Zum „Verzicht“ auf das Fideikommiß s. Voci, DER II, 391.

117 vgl. Kaser, RPR I, 517 f.; II, 357 ff. – TPS 40 (a.52) („Hinterlegung“ einer Sklavin wohl als *res litigiosa*) und TH 77 *passim* (streitbefangene *pall*) seien nur beiläufig erwähnt; vgl. G. Camodeca, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum I*, 1999, 112 f.; ders., *Cronache Ercolanesi* 24, 1994, 137 ff.

Recht beiseite geschoben. Das gilt gerade auch für die Position des bedingt Freigelassenen, die derjenigen eines *statu liber* nach *ius civile* angeglichen wurde¹¹⁸. Das geschah durch die Annäherung der *manumissio fideicommissaria* an die *manumissio testamentaria*; an die Stelle der Automatik der testamentarischen Freilassung (bei Erfüllung der Bedingung) trat der prätorische Zwang zur *manumissio vindicta*. Einzelheiten waren und sind für die Zeitgenossen und uns schwer durchschaubar; sie waren Gegenstände des *ius controversum*¹¹⁹. Doch ließ sich kaum bezweifeln, daß die – unbedingte oder bedingte – fideikommissarische Freilassung dem Sklaven gleichsam ein „dingliches“ Recht gewährte. Dies wirkte gegen den Erwerber, der jetzt wiederum des Schutzes der Eviktionsgarantie bedurfte.

Doch sind wir in unserem Modellfall noch nicht so weit. Noch befinden sich Stichus, Pamphilus und Arescusa beim Erben, der sich – unserer Geschichte zufolge – Gedanken über die Beendigung des Schwebezustands macht. Dieser könnte durch die Sklaven beseitigt werden. Sieht man von Details (etwa der *causae cognitio*) ab, so hätten die Sklaven nach Ablauf eines Jahres und Intervention des *praetor fideicommissarius* anscheinend folgende Möglichkeiten gehabt, ihre Freilassung durchzusetzen:

1. Sie konnten Seia zwingen, das Fideikommiß anzunehmen und die Freilassung durchzuführen¹²⁰.
2. Sie konnten Seia zwingen, ihre Ansprüche aus dem Fideikommiß auf eine dritte Person zu übertragen, der dann die Freilassung oblag¹²¹.
3. Sie konnten sich direkt an den Erben halten, der die Freilassung ohne Rücksicht auf das Fideikommiß zu vollziehen hatte¹²².

Es sei daran erinnert, daß die getroffene Wahl darüber entschied, wer Patron wurde: Seia, der Dritte, der Erbe. Das Wahl-

118 s. nochmals Marcian D.40.5.51.3; Ulp. 24.21 h.t. (und die dort zitierten Konstitutionen). Vgl. o. III/5.

119 Beispiele bei Impallomeni, 59 ff.; Voci, DER II, 408 ff.

120 Paul. 3 fid. D.40.5.33.2; zu diesem schwierigen Text s. Impallomeni, 107 f.; Voci, DER II, 423 A.84. – Die Konjektur Mommsens widerspricht dem Index des Dorotheus.

121 Pomp. 7 ad Sab. D.40.4.11 pr.

122 s. nochmals Pomp. D.40.4.11 pr.; ein Indiz für dieses Verfahren bietet auch fr. D.19.1.43.

recht entfiel nur, wenn Seia dem Willen des Erblasser folgend von sich aus das Fideikommiß erfüllte. Der Erbe konnte seinerseits durch „freiwillige“ Freilassung anscheinend den Schwebezustand nicht beenden. Wäre ihm das zugestanden worden, so hätte er das Recht der Freigelassenen, ihren Patron zu wählen, zwar nicht unbedingt ausgelöscht, aber zumindest gefährdet¹²³.

Der Erbe befand sich in einer mißlichen Situation. Er konnte die Sklaven über die ihnen zustehende Freilassung informieren. Doch wird man – anders als im Verhältnis zum Käufer – zögern, von einer „Informationspflicht“ zu sprechen; die *fides*, die dem Fideikommiß den Namen gab, bestand nur zwischen ihm und der Seia. Welche Konsequenzen die Sklaven aus dieser Information zogen, darauf hatte er – juristisch betrachtet – keinen Einfluß. Spekulationen über das (existierende oder fehlende) Interesse der Sklaven an der Freilassung oder über mögliche Pressionen von seiten der Herren führen uns nicht weiter¹²⁴.

Wir haben die Komplikationen geschildert, die – sei es durch das Verhalten der *fideicommissaria*, sei es durch den labyrinthischen Zustand des Rechts – auch einen rechtstreuen Erben ratlos machen konnten. Unterstellt man ihm einen gewissen naiven Formalismus, so war es keineswegs abwegig, das Fideikommiß wörtlich zu nehmen: Die *fides* verlangte von ihm, die Sklaven der Seia zu übereignen, sie verlangte von Seia, die Sklaven freizulassen. Aus dieser zweifachen Relation mußte ihm sich nicht ohne weiteres der Schluß aufdrängen, daß ihn, den Erben, wegen der Untätigkeit der Seia irgendwelche Pflichten treffen könnten. Letzteres war allerdings der Effekt „systembrechender“ kaiserlicher Normen. Anscheinend hatte die von ihnen angestrebte „dingliche“ Wirkung Mühe, sich durchzusetzen¹²⁵. Zu den Skeptikern gehörte möglicherweise auch Paulus¹²⁶.

Wie dem auch sei: Der Erbe wäre beim Verkauf der Sklaven an Sempronius verpflichtet gewesen, diesen über die fideikommissarische Freilassung aufzuklären. War ihm dies unbekannt, so unter-

123 s. nochmals Ulp. D.40.5.24.21 (Text in App. IV).

124 zum möglichen Dilemma der Sklaven s. nochmals Ulp. D.40.5.26.1.

125 s. Impallomeni, 70 ff.; vgl. auch das „*saepissime*“ in fr. 24.21.

126 s. auch u. VIII/2.

lag er einem Rechtsirrtum. Ein solcher war grundsätzlich unbeachtlich; doch gab es Einschränkungen. So könnte man zum einen fragen, ob der *error iuris* nicht wenigstens den *dolus* ausschloß¹²⁷. Zum anderen darf man von einem Laien nicht den Durchblick durch komplizierte Rechtsverhältnisse erwarten; es genügt, daß er sich um Rechtsberatung kümmerte¹²⁸.

Ob der Erbe letzteres tat, ist unbekannt; die *copia iuris consulti* war in Rom kein Problem. Doch bedenkt man die hier nur skizzierten Unsicherheiten und den in fr. 43 sq. ausgetragenen Streit, so läßt sich fragen, ob er von einem durchschnittlichen Juristen eine präzise Auskunft im Sinne der kaiserlichen Konstitutionen erhalten hätte. Im Ergebnis ist es m.E. durchaus verständlich, daß das Wissen des Erben um die fideikommissarische Freilassungsaufgabe im Prozeß keine Rolle gespielt hatte.

Uns hat der lange Umweg nicht nur einen Einblick in den bisweilen wenig stabilen Zustand der „klassischen“ Rechtsordnung verschafft¹²⁹. Ebenso wenig wie dereinst Paulus kommen wir überdies um eine Prüfung von Haftungsgrundlage und Haftungsumfang im Rahmen der *a.empti* herum.

127 arg. Ulp. 15 ad ed. D.5.3.25.6 (s. Winkel (A.116), 119 ff.); Ulp. 76 ad ed. D.44.4.2.5 (s. L. ter Beek, Dolus II, 1999, 1142 f.).

128 vgl. nur Ulp. (Pomp.) 49 ad ed. D. 38.15.2.5 (dazu E. Stolfi, Studi sui „libri ad edictum“ di Pomponio I, 2000, 303 (mit Lit.)); Paul. 2 ad Sab. D.37.1.10; Paul. (Labeo) l.sing. de iuris et facti ignorantia D.22.6.9.2 (dazu Winkel (A.116), 60 ff., 114 ff.). – Zur Rechtskunde in Rom s. etwa Liebs, FS Mayer-Maly (A.104), 385 ff.; s. auch Vitruv. I 3.

129 dazu letzthin M. Peachin, in „Administration . . .“ (A.48), 109 ff.

VI. Die erste Frage: *a.empti* im Fall der *Arescusa*

Wir erinnern uns: Es wird – im Prozeß und in der juristischen Diskussion – darüber gestritten, ob der Käufer Sempronius nach Freilassung der Sklaven mit Hilfe der *a.empti* Ersatz verlangen kann; wenn ja, in welchem Umfang. Dabei spielt der „rechtssystematische“ Streit über die Konkurrenz von *a.ex stipulatu* (aus der Eviktionsgarantie) und *a.empti* für uns nur eine marginale Rolle. Eine Harmonisierung der nicht eindeutigen Texte ist nicht am Platz – sei es daß *ius controversum* vorlag, sei es daß die römischen Juristen an einer konsequenten Regelung nicht allzu interessiert waren¹³⁰.

Unstrittig war, daß die Eviktionsgarantie im Falle der durch den Käufer selbst freigelassenen *Arescusa* nicht verfallen war¹³¹; strittig waren die Folgen des Verlustes der Patronatsrechte. Anders bei den männlichen Sklaven. Der Erblasser-Verkäufer hatte dem Käufer durch die – einer *vindicatio in libertatem* vergleichbare – (erzwungene) Freilassung das *habere licere* entzogen¹³². Somit war die Eviktionsgarantie zweifellos verfallen; strittig war, ob dem Käufer außerdem noch Ersatzansprüche wegen fruchtlos gemachter Aufwendungen zustanden.

Wir beginnen mit der Kaufklage im Falle der *Arescusa*. Der Käufer war mit ihr auf Grund eines Gutachtens Ulpian's gescheitert. Wie erwähnt¹³³, hatte Ulpian eine Begründung nur angedeutet. Er verwies zuerst auf die *sacrae constitutiones*, die es der *Arescusa* erlaubten, sich vom Patronat des Käufers loszusagen¹³⁴. Daraus

130 s. App. VI/4.

131 s. Ulp. (Iul.) D.21.2.21.1; Ulp. 25 h.t.; Paul. D.21.1.47 pr.

132 Auf die *vindicatio in libertatem* wird in fr. 45.1 angespielt. – Anders lag es, wenn der Käufer zur Freilassung gezwungen worden war; hier konnte allenfalls die *a.empti* helfen (Paul. 21.2.26); s. App. V.

133 s. o. bei A.72.

134 s. nochmals Ulp. D.40.5.24.21 und u. XII (zum „Benachteiligungsverbot“).

könnte man folgern, daß der Patronatsverlust nicht dem Käufer zugerechnet, also auch nicht schlechthin analog einer Eviktion behandelt werden dürfe. Nicht völlig eindeutig ist die Bemerkung Ulpians, „daß dem Käufer nach der *manumissio* die *a.empti* zu versagen sei“¹³⁵. Würde man die Worte „*post manumissionem*“ nur als Wiedergabe des Sachverhalts verstehen, so könnte man vielleicht überlegen, ob Ulpian die *a.empti* stets dann fernhalten wollte, wenn (wie hier unterstellt) eine Eviktionsgarantie vorlag – gleichgültig, ob diese zum Zuge gekommen war oder nicht¹³⁶. Doch wird man den Hinweis auf die *manumissio* eher als Begründung der Ablehnung der *a.empti* verstehen müssen: Hat der Käufer selbst die Freilassung vollzogen, kann er den Verkäufer nicht mit den Folgen belasten¹³⁷. Den Gegeneinwand: „Verlust der Patronatsrechte“ schiebt Ulpian implizit beiseite. Er nimmt somit in Kauf, daß ein Käufer, der dem Sklaven das *beneficium* der Freiheit zukommen ließ, nicht nur – „rechtslogisch“ zwingend – die Eviktionsgarantie verlor, sondern auch im übrigen schlechter gestellt wurde als ein „egoistischer“ Käufer, der sich von Freilassungen fernhielt¹³⁸.

Moderner Terminologie zufolge könnte der Verlust der Patronatsrechte ein Gemenge von materiellem und immateriellem Schaden darstellen. Nach römischer Denkweise erschien es als bedenklich, daß die „Schätzung“ des Patronats ohne die (verpönte) Schätzung der Freiheit kaum möglich war¹³⁹. Konsequenterweise haben es die römischen Juristen (und auch Paulus)

135 Das (adversative) „*tamen*“ könnte folgende Paraphrase nahelegen: „Obwohl Arescusa nach den kaiserlichen Konstitutionen dem Käufer den Patronat entziehen durfte, kann dieser nach der von ihm vollzogenen Freilassung nicht mit der *a.empti* gegen den Verkäufer vorgehen“. Doch ist es fraglich, ob damit die eigentümliche Verschränkung der Argumente Ulpians (Konstitutionen + Freilassung durch den Käufer) richtig erfaßt würde.

136 Bei fehlender Eviktionsgarantie läßt Ulpian grundsätzlich die *a.empti* zu (s. nur 29 ad Sab. D.21.2.19 pr.).

137 vgl. nochmals Ulp. D.21.2.25 u. App. V.

138 s. auch u. XII.

139 vgl. Paul 13 ad Plaut. D.50.17.176.1 (und Lenel, Paling. I, 1167 A.6); ähnlich Venul. (Labeo) 15 stip. D.46.8.8.2 (dazu A. Sanguinetti, SDHI 65, 1995, 196 ff.); Mod. 5 pand. D.45.1.103. Zum Problem zuletzt R. Willvonseder, in „Fünfzig Jahre . . .“ (A.42), 97 ff.

im Prinzip abgelehnt, Vorteile zu ersetzen, die der Patronat gewährte¹⁴⁰.

Paulus sucht – in Nachfolge Julians – einen anderen Weg, um dem Käufer einen Ausgleich zu schaffen¹⁴¹. Die Freilassung durch den Käufer führe nicht (automatisch) zum Verlust der *a.empti*. Diese ziele hier aber nicht auf das Interesse, sondern nur auf die Rückgabe des Kaufpreises¹⁴². Nicht berücksichtigt werden dabei Vorteile, die dem Käufer möglicherweise durch die langjährigen Dienste der *Arescusa* zugeflossen sind¹⁴³. Entscheidend ist, daß Paulus mit dieser Konstruktion die „Schätzung“ des Patronats vermeidet.

Versucht man die Begründung Julians und des Paulus zu rekonstruieren, so bietet sich eine doppelte Analogie an¹⁴⁴. Was die Haftungsgrundlage betrifft, so entspricht das „*libertum (non) habere*“ (Paul. D.21.2.26; s. auch Paul. (Valens) D.40.5.25) dem „*habere (non) licere*“ der üblichen Eviktionsgarantie. Hinsichtlich der Haftungsfolge (Rückgabe des *pretium*) könnte – trotz recht unterschiedlicher Voraussetzungen – das Verfahren zur Bewältigung

140 vgl. Marcell. 24 dig. D.40.13.2; Ulp. 15 ad ed. D.50.17.126.1; Paul. 5 quaest. D.19.5.5.5; hierzu Medicus, 70 ff. – Zum Ersatz des immateriellen Schandens s. nur (Jörs – Kunkel –) H. Honsell, *Römisches Recht*, 4. Aufl. 1987, 228, 260; R. Wittmann, Die Körperverletzung des Freien im klassischen römischen Recht, 1972, 66 ff. – Nicht einschlägig ist Ulp. 3 fid. D. 40.12.5 pr.; das „Interesse“ begründet hier die Aktivlegitimation zur *vindicatio in libertatem* (vgl. Lenel, EP, 381 f.). – Zum Terminus „*interest*“ in fr. 45.2 a. E. s. u. A.204. 141 s. auch Honsell, 40 und u. VIII (zu fr. 45.2).

142 vgl. – außer Paul. (Aburnius Valens) 3 fid. D.40.5.25 – die Worte in fr. 43: . . . (*a.empti*) *non enim pretium continet tantum* . . . Waren die drei Sklaven *uno pretio* verkauft worden, so bedurfte es einer Schätzung; vgl. zur *a.rehibitoria* etwa Pomp. 23 ad Sab. D.21.1.36.

143 Zur *aestimatio* der Dienste s. Paul. (Afric.) 3 fid. D.35.2.36.4. Hingewiesen sei auf die Probleme der *condictio operarum*; dazu Waldstein, *operae*, 359 ff. – In den ihn A.140 zitierten Texten war der von Paulus gewählte Ausweg (Rückzahlung des Kaufpreises) nicht gangbar.

144 Konstruktionsfragen werden in diesem Bereich seit langem und strittig diskutiert; s. nur Ernst, 30 ff. – Ulp. 32 ad ed. D.19.1.11.18 läßt (in Verbindung mit fr. 13.15 h.t.) erkennen, daß Ulpian diese Form der Rückabwicklung zwar nicht stets ablehnte, ihr aber engere Grenzen setzte; vgl. – außer Nörr (2004), 165 ff. – R. Knütel, SZ 117, 2000, 445 ff.; E. Stolfi, „*Bonae fidei Interpretatio*“, 2004, 46 ff.

eviktionsähnlicher Fälle Vorbild gewesen sein¹⁴⁵. Als Standardbeispiel (s. nur Paul. 76 ad ed. D.21.2.9) gilt der *concursum ex causa lucrativa*¹⁴⁶: Der Käufer erwirbt den Sklaven des Titius vom Nichteigentümer; danach beerbt er den Titius; anstelle der nicht verfallenen Eviktionsgarantie (kein Verlust des *habere licere*), tritt die auf die Rückzahlung des Kaufpreises gerichtete *a.empti*. Wie sich bei der Erörterung der Aufwendungen für den Sklaven und seiner „Verschlechterung“ zeigen wird, geht es hier eher um eine Rückabwicklung des Kaufgeschäftes als um eine Schadenspauschalierung; erkennbar ist eine gewisse Nähe zur *a.redhibitoria*¹⁴⁷.

Im Ergebnis widerspricht Paulus sowohl dem *responsum* Ulpians als auch dem Urteil im Prozeß zwischen dem Erben und dem Sempronius. Wie bei seiner Beurteilung der „übermäßigen Aufwendungen“¹⁴⁸ besteht allerdings der Verdacht, daß er bei der Beantwortung der ersten Frage mit anderwärts formulierten Sätzen in Kollision geraten ist (s. D.21.2.26). Im Moment gehen wir dem nicht weiter nach¹⁴⁹.

145 Hier ist ein Vorbehalt notwendig. Je nach Datierung des Valens-Zitates (s. Liebs, Handbuch, 128 ff.) muß man damit rechnen, daß der Patronatsfall vor den Fällen des *concursum causarum*, also nicht in Analogie zu ihnen entschieden wurde. Damit könnte man die Frage verbinden, ob die „Erfindung“ der Rückerstattung des Kaufpreises der Schule der Sabinianer zuzuschreiben ist, deren Häupter Julian und Valens waren. Was die *a.empti* selbst angeht, so ist daran zu erinnern, daß sie im Bereich der Rechtsmängelhaftung verschiedenartige Funktionen erfüllte; das Problem der „Prioritäten“ ist kaum lösbar. Vgl. dazu die knappen Angaben bei Nörr (2004), 187 (mit Lit.).

146 s. nur Ernst, 30 ff.; 54 ff.; aus der neuesten Literatur vgl. S. Pfeil, *Der concursus duarum causarum*, 1998, 104 ff.; P. Lambrini, *Il problema del concursus causarum*, 2000, 109 ff. (dazu E. Bund, SZ 119, 2002, 451 ff.); dies., SDHI 67, 2001, 203 ff.

147 s. VII/7.

148 s. VII/5 und App. VII/2.

149 s. App. V.

VII. Die zweite Frage: *a.empti* hinsichtlich der Aufwendungen

1. Weit ausführlicher als mit dem Ersatz für den verlorenen Patronat beschäftigt sich der überlieferte Text mit den fruchtlosen Aufwendungen für die Ausbildung eines der beiden Sklaven; es sei daran erinnert, daß beide Sklaven inzwischen vom Verkäufer-Erben freigelassen worden waren. Die (immer noch breite) Argumentation des Paulus wurde von den Kompilatoren zusammengestrichen¹⁵⁰; zur Regel reduziert findet sie sich in Paul. 5 quaest. D.21.2.70¹⁵¹. Der Inhalt der Antwort des Paulus wurde bereits skizziert¹⁵²; an dieser Stelle konzentrieren wir uns auf die neuralgischen Punkte. Es sei daran erinnert, daß wir beim Kaufgeschäft zwischen Erben und Sempronius den Normalfall einer Garantiestipulation auf den doppelten Kaufpreis unterstellt hatten¹⁵³. Dazu kommen zwei weitere Prämissen, deren eine sich auf die kaufrechtliche Schadensregulierung bezieht, während die andere auf einer spezifischen Auslegung des Textes von fr. 43 beruht.

Entgegen dem ersten Anschein war es an sich unproblematisch, daß die *bona fides* – Klausel als Basis für den Ersatz von Aufwendungen dienen konnte. Die ältesten (republikanischen) Belege betreffen Aufwendungen (auch Ausbildungskosten) des Verkäufers vor der Übergabe der Sache¹⁵⁴. Wenn uns frühere Quellen für ei-

150 s. App. III a. E.

151 vgl. A.6.

152 s. IV.

153 s. III/4; zu Alternativen s. App. VI.

154 Vgl. – außer Ulp. (Labeo, Trebatius) 32 ad ed. D.19.1.13.22 – vor allem Celsus (Sextus Aelius, Drusus) D. 38.1 h.t.; s. G. Brogгинi, *iudex arbiterve*, 1957, 221 ff.; Medicus, 63 ff.; 170 ff.; Bürge, 52 ff. passim; zuletzt Talamanca, FS Burdese IV, 188 ff.; C. Cascione, *Consensus*, 2003, 385 ff. – Wenn in CJ 8.44.9 (a.222) der Anfragende auf den Ersatz von Meliorationen hingewiesen wird, so heißt das nicht, daß es sich um unsicheres Recht handelte; s. auch Honoré, *Emperors and Lawyers*, 2. Aufl. 1994, 98 ff.

nen ähnlichen Anspruch des Käufers fehlen, so muß das nicht unbedingt allein an der Lückenhaftigkeit der Überlieferung liegen. Entscheidend sind vielmehr die spezifischen Vertragsbeziehungen zwischen Käufer und Verkäufer, bei denen sich eine entsprechende Anwendung der *a.empti* nicht geradezu aufdrängte. Wir wiederholen weithin Bekanntes.

Die Folgen der Eviktion eines Sklaven wurden zumeist durch die Eviktionsgarantie festgelegt, die regelmäßig in die Form der Stipulation gekleidet war; zuständige Klage war dann die *a.ex stipulatu*. Ging die Garantie beispielsweise nur auf das *simplum* (die Rückzahlung des einfachen Kaufpreises), so waren eventuelle Aufwendungen des Käufers keineswegs abgedeckt, aber angesichts des vom Käufer zu verantwortenden Inhalts der Stipulation auch nicht ohne weiteres mit Hilfe der *a.empti* einklagbar. Hätte er dagegen im Stipulationsformular den Aufwendungsersatz erwähnt oder die Stipulation auf das *quanti ea res erit* (oder das Interesse) abgestellt, so wäre der Ersatzanspruch abgesichert gewesen¹⁵⁵. Je stärker sich das Privatrecht dem Prinzip der Fürsorge öffnete, desto eher konnte der Gedanke auftreten, dem (nachlässigen oder unterlegenen) Käufer („Verbraucher“) durch die von der *bona fides* beherrschte *a.empti* zu helfen.

Unter etwas anderen Voraussetzungen gilt das auch für die (in Rom übliche) *stipulatio duplae*. Zum einen konnte man das *duplum* als ein „Strafgeld“ ansehen¹⁵⁶, das Ersatzansprüche nicht ausschloß; zum anderen konnten die Aufwendungen das *duplum* überschreiten. Unter juristischem Aspekt geriet man hier in das Problemfeld der Aktionenkonkurrenz. Indizien deuten darauf hin, daß Paulus einer (beschränkten?) Kumulation der Aktionen nicht grundsätzlich abgeneigt war¹⁵⁷.

2. Trotz den kompilatorischen Kürzungen – und damit kommen wir zur letzten Prämisse – läßt sich aus dem Text von fr. 43 entnehmen, daß Paulus anscheinend zuerst die Konkurrenz von *a.ex stipulatu* und *a.empti* erörtert hatte; die Kompilatoren waren

155 vgl. nur FIRA III 138 (P. Dura 26; a.227); 135 (a.359). Zu den Stipulationen auf *quanti ea res erit* s. Medicus, 266 ff.

156 s. Knütel, 37 f.

157 s. App. VI/4.

daran nicht mehr interessiert. Den Schlüssel liefert das Wort „*sufficere*“: die Kaufklage sei „hinreichend“ für die Geltendmachung der Aufwendungen. Zwar ist das Verbum nicht eindeutig; doch wird es von Paulus gern dann benutzt, wenn es um die Auswahl von Klagen geht. Beispiele sind die Wahl zwischen Teilungsklage (*a. communi dividundo*) und Geschäftsführungsklage (*a. negotiorum gestorum*) (D.10.3.29 pr.), zwischen Klage aus der Leihe und Diebstahlsklage (D.13.6.22), zwischen Mietklage und Diebstahlsklage (D.19.2.45.1)¹⁵⁸. Der (verstümmelte) Text von fr. 43 deutet auf eine Alternative zur *a. empti*; als solche kommt nur die *a. ex stipulatu* in Betracht. Mit letzterer kommen wir von den Prämissen zum Fall zurück.

3. Nach unserer Rekonstruktion war die Garantiestipulation für die beiden männlichen Sklaven – sei es prozessual, sei außerprozessual – erledigt worden. So war es auch konsequent, daß der Käufer Sempronius – anders als bei der *liberta* Arescusa – nicht um einen Ersatz für entgangene Patronatsrechte kämpfte. Mit seinem Anspruch auf Ersatz der Ausbildungskosten war er vor Gericht gescheitert. Nach dem bisher Gesagten läßt sich die Begründung unschwer nachvollziehen: In der Eviktionsstipulation auf das Doppelte des Kaufpreises sind die Rechtsfolgen des Entzugs des Sklaven abschließend geregelt; eine (kumulative) Heranziehung der *a. empti* ist ausgeschlossen. Paulus zieht die gegenteilige Meinung vor; nach seiner Auffassung („*existimo*“) könne auf die *a. empti* zurückgegriffen werden. Nur beiläufig sei erwähnt, daß die Verwendung von *existimo* keineswegs als (vielleicht nur höfliche) Zurückhaltung verstanden werden muß. Je nach dem uns kaum zugänglichen konkreten Sprachspiel (das hier etwa vom Verhältnis zu Ulpian gesteuert wird) könnte man auch an die selbstbewußte Feststellung einer eigenständigen Auffassung denken¹⁵⁹.

158 vgl. auch Ulp. 18 ad ed. D.9.2.27.10 (Coll. 12.7.). Zu D.13.6.22 und 19.2.45.1 s. D. Liebs, Die Klagenkonkurrenz im klassischen römischen Recht, 1972, 122f.

159 Das gilt auch für ähnliche Wendungen, wie sie anscheinend gerade für Paulus charakteristisch sind; s. Berger, RE X 1, 1917, 701. – In der gesprochenen Sprache würde man entsprechend „betonen“; s. ich *glaube* v. *ich glaube*.

Für die vom *iudex* bevorzugte Lösung gab es gute Argumente. Der Fall spielte in Rom. Dort war für Sklavenkäufe die *stipulatio duplae* üblich; wir durften sie auch für unseren Fall unterstellen. Unbekannt ist, ob sich der Richter und sein *consilium* über das Verhältnis der *actio empti* zur *a.ex stipulatu* Gedanken gemacht hatten; jedenfalls konnte der doppelte Kaufpreis ihnen als ausreichender Ausgleich erscheinen. Zwar durften die Parteien vom Üblichen abweichen und Voraussetzungen und Folgen der Haftung privatautonom (und zugleich mit Blick auf Formelvarianten) regeln¹⁶⁰. Es war ihr Risiko, wenn sie dies unterließen. Nach einem oft zitierten Satz: *ius civile vigilantibus scriptum est*¹⁶¹. Demzufolge hätte der Käufer von der Möglichkeit Gebrauch machen sollen, Verwendungsansprüche in das Stipulationsformular aufzunehmen. Hat er das versäumt, so kann er nicht auf die Hilfe der Rechtsordnung – konkret: der *bona fides*-Klausel – rechnen.

An dieser Stelle wäre ein Exkurs über die Urkundenpraxis und die Urkundenüberlieferung im römischen Reich einzufügen¹⁶². Dazu einige thesenartige Sätze. Wir wissen genug, um die Bedeutung der Urkundenpraxis gerade bei Sklavenkäufen zu erfassen; die *instrumenta* waren gleichsam Zubehör des Sklaven¹⁶³. Wir wissen aber viel zu wenig, als daß wir uns ein umfassendes Bild über mögliche Inhalte und Formularvarianten machen könnten. Wie Gaius in seinem Kommentar zum Provinzialedikt berichtet (D.21.2.6), spielen hier regionale Gewohnheiten eine entscheidende Rolle. Unter diesem Aspekt bieten uns die Papyri ein noch ausreichendes Material für einige Gaue Ägyptens. Im übrigen sind nur wenige Einzelexemplare (oder Kleingruppen) aus einigen Regionen (von Friesland über Kampanien und Dakien bis in den Vorderen Orient) erhalten, die man nicht voreilig mit den

160 s. auch Ulp. 45 ad Sab. D.50.17.34; dazu Nörr (2004), 170f.

161 Scaev. I. sing. quaest. publ. tract. D. 42.8.24 (zur Vollstreckung); dazu F. Wubbe, *Ius vigilantibus scriptum*, 2003, 475ff. – Auffällig ist die Behauptung der „Schriftlichkeit“ des *ius civile*.

162 vgl. Nörr (2004), 152ff.; ders. Copanello 2002 (im Druck). – Material bei Wenger, *Quellen*, 777ff.; J. Macqueron, *Contractus scripturae*, 1982, 37ff. Zur Vielfalt der Klauseln im Bereich der Sachmängelhaftung s. É. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf*, 1997.

163 s. A.26.

„herrschenden“ Typen identifizieren sollte. In den meisten Regionen (und Epochen) herrscht absolute Stille. Sie erzwingt es geradezu, mit unbekanntem Varianten zu rechnen.

Für uns ist ein Typus von Kaufurkunden von Interesse, der vor allem unter nichtrömischen Kontrahenten im Osten des Reiches belegt ist¹⁶⁴ (und Julian, Ulpian und Paulus bekannt sein konnte). In der Eviktionsgarantie werden – verschieden kombiniert – verschiedene Sanktionen aufgezählt: etwa (doppelter) Kaufpreis, Ersatz von Schäden und Aufwendungen (*dapanemata*, *analomata*)¹⁶⁵. Angesichts der Quellsituation ist es nicht verwunderlich, daß ähnliche Formulierungen im Westen erstmals in der Spätantike (Nordafrika, Ravenna) und im frühen Mittelalter bezeugt sind¹⁶⁶. Ein Transfer östlicher Urkundsklauseln ist nicht völlig auszuschließen¹⁶⁷. Doch liegt es näher, diese Zeugnisse gleichsam als „Fossilien“ einer uns im übrigen verborgenen westlichen Tradition zu deuten.

Dies unterstellt, war es dem Käufer möglicherweise zuzumuten, ein entsprechendes Formular zu verwenden. Ob es – neben dem stadtrömischen Normalformular der *stipulatio duplae* – auch in Rom gebräuchlich war, wissen wir nicht, können es aber auch nicht ausschließen.

4. Paulus wollte den Käufer nicht auf die Absicherung im Stipulationsformular verweisen. Vielmehr „genüge“ die *a.empti*; konkret: die Verpflichtung zum Ersatz des Interesses (und damit auch der Verwendungen) ergibt sich aus der *bona fides*, die die vertraglichen Pflichten beherrscht und ergänzt. Damit wäre zugleich der

164 s. aber auch (nach der CA) FIRA III 136, 138.

165 zum Formular s. nur A. Berger, Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden, 1911, 140 ff.; P. M. Meyer, Juristische Papyri, 1920, 115 ff.; weitere Belege im Kommentar zu P. Köln V 232. – Umfassend zu den Varianten der Eviktionsgarantie jetzt J. A. Straus, L'achat et la vente des esclaves dans l'Égypte romaine, 2004, 139 ff.

166 zu Nordafrika s. Weßel, 190 ff. (vor allem zum Wertersatz); zu Ravenna Tjäder II, 20 ff.; zum frühen Mittelalter einige Angaben bei Nörr (2004), 157 A.29.

167 Dagegen spricht die *clausula doli* in den nordafrikanischen und ravennatischen Kaufurkunden. Sie ist aus den klassischen Juristenschriften bekannt, aber in den zeitgenössischen Kaufurkunden nicht belegt (Nörr (2004), 173 ff.). Östlicher Import ist bei dieser Klausel ausgeschlossen.

Gleichlauf mit der *a. venditi* hergestellt. Man könnte auch hier daran denken, mit der Urkundenpraxis zu argumentieren. Je üblicher es gewesen wäre, den Ersatz der Verwendungen als Verkäuferpflicht festzulegen, desto eher konnte man diese Pflicht als der „Verkehrssitte“ entsprechend in den Vertrag hineinlesen. Nach gemeinrechtlicher Terminologie wäre sie zum *naturale negotii* geworden¹⁶⁸. Doch war angesichts der römischen „Normalpraxis“ eine solche Argumentation unbrauchbar. So wählt Paulus eine Methode, die sich an *exemplum* und gerechter Risikoverteilung (*periculum*) orientiert¹⁶⁹.

Das Ergebnis scheint für ihn festzustehen: Auf irgendeine Weise muß der Käufer für seine Verwendungen schadlos gestellt werden. Paulus skizziert zuerst die – mit seinen Worten – einfachere („*expeditius*“) Rechtslage im Falle der Eviktion der Kaufsache durch den Eigentümer; sie bietet nach seiner Auffassung den Schlüssel zur Lösung des Problems. Vorweg sei bemerkt, daß die von ihm gewählten Beispiele (Bau eines Gebäudes, Ausbildung eines Sklaven) Standardbeispiele für übermäßige Aufwendungen sind; darüber verliert Paulus in fr. 45.1 kein Wort¹⁷⁰. Hat der (redliche) Besitzer auf dem vindizierten Grundstück gebaut, so kann er dem Eigentümer, der nicht zum Ersatz der Verwendungen bereit ist, die *exceptio doli* entgegenhalten. Daraus folgt: Zahlt der Eigentümer, so würde einer *a. empti* das Interesse fehlen; weigert er sich, so scheitert die Eviktion. Diese Lösung gelte auch im Falle der Eviktion eines Sklaven (*vindicatio in servitatem* im Gegensatz zur *vindicatio in libertatem*), wenn der Käufer Lehrgeld oder sonstige Aufwendungen geleistet hatte (womit Paulus zur Frage des „*ego*“

168 Nach Justinian beruht die Eviktionshaftung als solche entweder auf der Kaufurkunde (*emptionale instrumentum*) oder auf der *natura contractus* (CJ 7.17.2.1; vgl. auch das Scholion *esti* zu Bas. 11.1.74); s. auch Ulp. 32 ad ed. D.19.1.11.1 (s. Talamanca, FS Burdese IV, 122 ff.). Demgegenüber spricht Neraz (bei Ulp. D.19.1.11.8) von der geltenden Praxis (*ab omnibus receptum ait*); ähnlich Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D.21.1.31.20 (*mos et consuetudo*). Vereinfacht: Wer mit der „Natur“ operiert, (s. Th. Mayer-Maly, *Collatio Iuris Romani* (Études H. Ankum) I, 1995, 291 ff.), denkt ontologisch, wer mit *consuetudo* (o. ä), empirisch.

169 vgl. „*periculum*“ in fr. 45.1; anders wohl Pennitz, 474.

170 vgl. u. VII/5 und App. VII.

zurückkehrt): Diese Aufwendungen sind gegenüber dem Eigentümer, nicht gegenüber dem Verkäufer geltend zu machen.

Paulus gewährt dem Käufer somit kein Wahlrecht. Wenn er sich – vielleicht vorsichtig (*magis est*¹⁷¹) – für die vorrangige Belastung des Eigentümers ausspricht, so unter dem Aspekt der Risikoverteilung (*periculum*) (anscheinend primär zwischen Eigentümer und Verkäufer, allenfalls sekundär im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer). Der Käufer soll sich in erster Linie an den Eigentümer halten, dem die Aufwendungen auch zugute kommen. Diesem mittels *exceptio doli* durchsetzbaren „Recht“ des Käufers entspricht eine „Obliegenheit“ gegenüber dem Verkäufer, von diesem Recht auch Gebrauch zu machen¹⁷².

Paulus sieht, daß diese Risikoverteilung nicht immer paßt. Er hatte bereits auf die *vindicatio in libertatem* hingewiesen, dergegenüber die *exceptio doli* versagte. Abschließend nennt er zwei weitere Fälle: Der Käufer ist nicht (mehr) Besitzer der Sache; damit entfällt das Wechselspiel von *rei vindicatio* und *exceptio doli*. – War der Verkäufer arglistig, so besteht kein Anlaß, ihn von dem Risiko freizustellen¹⁷³.

171 S. aber auch o. A.159. – Doch wäre Vorsicht hier sicher am Platz. Das gilt nicht nur für das Problem der übermäßigen Aufwendungen, sondern auch für dasjenige der problematischen „Ähnlichkeit“ der Interessenlage im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und im Verhältnis Käufer – Verkäufer; s. App. VII.–Von der Verschlechterung (fr. 45 pr.) der herauszugebenden Sache (s. Ulpian 16 ad ed. D.6.1.13; Kaser, SZ 98, 1981, 118 ff.) ist in fr. 45.1 ebenso wenig die Rede wie vom Nutzen, den der Käufer aus dem ausgebildeten Sklaven ziehen konnte (Paul. D.6.1.31; Mod. 32 h.t.). – Entsteht Personenidentität zwischen Eigentümer und Verkäufer, so lockert Paulus anscheinend das Subsidiaritätsverhältnis zwischen *exceptio doli* und den Klagen aus dem Kaufgeschäft (5 ad Sab. D.21.2.18; dazu Knütel, 306 ff.); s. auch CJ 4.51.3 (a.293). Beiläufig sei erwähnt, daß die *stipulatio duplae* in fr. 18 als „Nichtangriffsklausel“ fungiert (vgl. Nörr (2004), 159 ff.).

172 Zur Subsidiarität der *a.empti* und zur Obliegenheit des Käufers s. Bürge, 64 ff.; Schmidt-Ott, 82.

173 S. auch Paul. 3 resp. D.44.4.14. – Der Regelungsgehalt von fr. 45.1 a.E. wird oft verkannt (vgl. etwa Schmidt-Ott, 83 mit Lit.); s. Nörr (2004), 182 f. – Die Haftung des wissentlich eine fremde Sache Verkaufenden beruht auf *dolus praeteritus*, diejenige des den Ersatz Verweigernden auf *dolus praesens*; vgl. die Formulierung der *clausula doli* (s. nur Ulp. 49 ad Sab. D.45.1.38.13). – Das Verhältnis von *exceptio doli* und *bona fides* hat in letzter Zeit verstärktes

5. Als nächstes wäre nach der Tragfähigkeit der paulinischen Konstruktion zu fragen – und darüber hinaus, ob sie nicht mit anderen Äußerungen des Juristen kollidiert¹⁷⁴. Sollte die Anwendung der *exceptio doli* gerade in den von Paulus gebildeten Beispielen (Bau und Ausbildung) problematisch sein, dann würde man eine weitere Einschränkung der Subsidiarität der *a.empti* erwarten. Um den Fluß unserer Erzählung des Arescusa-Falles nicht nochmals zu hemmen, werden wir diese Frage (unter Einschluß von fr. 44) an anderer Stelle erörtern¹⁷⁵.

Dagegen soll noch kurz erwogen werden, ob sich die Subsidiarität der *a.empti* in der Praxis durchgesetzt hatte. Hier bestehen Zweifel. Noch zu Lebzeiten des Paulus belehrt eine Konstitution des Alexander Severus (CJ 8.44.9; a.222)¹⁷⁶ einen gewissen Terentius (Käufer eines fremden Grundstücks), daß er von der Verkäuferin oder ihrem Erben Schadensersatz (einschließlich der Kosten von Meliorationen) verlangen kann: . . . *in quo continetur etiam eorum persecutio, quae in rem emptam a te, ut melior fieret, erogata sunt*¹⁷⁷. Sicherheit besteht darüber, daß sich die Urkundenpraxis um die subtile Konstruktion des Paulus nicht gekümmert hat; zu den Varianten der Eviktionsklausel gehört auch die Pflicht des Verkäufers, Aufwendungen zu ersetzen¹⁷⁸.

6. Nach diesem durch die Argumentation des Paulus aufgezwungenen Umweg kehren wir zu dem Sklaven des Arescusa-Falles zurück, der auf Kosten des Käufers ausgebildet und auf Anordnung des *praetor fideicommissarius* vom Erben-Verkäufer freigelassen worden war. Hier steht dem Käufer Sempronius kein Ei-

Interesse gefunden; vgl. – außer Nörr (2004), 173 ff. – einige Beiträge in FS Burdese: C. A. Cannata I, 263 ff.; M. J. Schermaier III, 470 ff.; M. Talamanca IV 33 ff., 131 ff., 157 ff., 256 ff., 289 ff., 305 ff.

174 vgl. die Katene Paul., Gai., Pomp., Mod. D.6.1.27.5–32 h.t., sowie Paul. 6 ad Plaut. D.50.16.79.1; 7 ad Sab. D.25.1.8; 31 ad ed. D.13.7.25.

175 App. VII.

176 zum Stil vgl. Honorè, Emperors (A.154), 9.

177 Nicht schlüssig sind CJ 8.44.16 u. 17 (a.299). – Zu überlegen wäre, ob nicht auch die Erörterungen der Juristen zum kaufrechtlichen *quod interest* (s. Medicus, 53 ff.) durch eine für uns kaum faßbare Urkundenpraxis beeinflußt waren.

178 vgl. etwa P. Dura 26 (a.227); P.Köln V 232 (frühes 4. Jhd.; dort weitere Nachweise); FIRA III 135 (a.359); zur Spätzeit Tjäder II, 20 ff.

gentümer gegenüber, von dem er mittels *exceptio doli* den Ersatz der Aufwendungen erzwingen könnte. Beiläufig sei erwähnt, daß es keinen Anspruch gegen den Freigelassenen gab¹⁷⁹. Daher kommt nach der Konstruktion des Paulus die subsidiäre Haftung des Verkäufers zum Zuge; er trägt das Risiko für die dem Käufer nutzlosen Aufwendungen¹⁸⁰.

Unterstellt man – mit gewisser Skepsis – die Konsistenz der Argumentation des Paulus, so käme es nur in seltenen Fällen zu einem Ersatzanspruch gegen den Verkäufer. So wäre dem Käufer Sempronius auch kein Vorwurf zu machen, wenn er sich auf ein Stipulationsformular einließ, das den Verwendungersatz nicht erwähnte. Doch sei nochmals betont, daß die Notare sich um dergleichen Subtilitäten kaum gekümmert haben. Konkret: Wenn in den Kaufurkunden aus Pompeii und Herkulaneum keine Klauseln über die Verwendungen zu finden sind, so sicherlich nicht aus dem Grund, das man entsprechende Ansprüche dem Vindikationsprozeß zwischen Eigentümer und Käufer-Besitzer überließ.

Verlangt der Käufer das *quod interest*, so muß er sich nach fr. 45 pr. Verschlechterungen (Wertminderungen) des Sklaven (etwa durch Krankheit) anrechnen lassen¹⁸¹. Hier ist Manches unsicher. Nach dem Kontext werden (werterhöhende) Aufwendungen und Wertminderungen parallelisiert. Das könnte dafür sprechen, daß dort, wo der Käufer nur das *pretium* verlangt (vgl. die erste Frage des „ego“), die Wertminderung nicht berücksichtigt wird¹⁸². Problematisch ist auch, inwieweit sich Paulus hier wiederum auf Julian bezieht.

7. Am Schluß läßt sich die Frage nicht vermeiden, ob es für die (vielleicht von den Sabinianern erfundene)¹⁸³ Rückabwicklung des

179 Sonderfälle sind Marcell. 16 dig. D.40.5.10.2; Ulp. 29 ad Sab. D.21.2.19.1.

Nicht einschlägig ist auch die bisweilen erwogene *a. de dolo* (s. Ulp. 11 ad ed. D.4.3.7 pr.).

180 Zum Patronatsverlust als Schaden s. o. bei A.139 und u. VIII (zu fr. 45.2); zu Paul. D. 21.2.26 s. App. V.

181 vgl. nochmals Paul. D. 21.2.70.

182 anders bei der *a. redhibitoria*; s. i. f.

183 arg. Iav. 2 ex Plaut. D.18.4.8; dazu der viel diskutierte Javolentext 2 ex Plaut. D.21.2.60.

Kaufgeschäfts eine (dogmatische) Parallele gibt; dabei lassen wir die Eviktionsstipulation jetzt außer Betracht. Folgende Hypothese bietet sich an: Bei der Suche nach einer ähnlichen Kombination von Aufgabe des gekauften Sklaven, Rückgabe des Kaufpreises, Ersatz des Interesses und Berücksichtigung der Wertminderung trifft man auf die *a.redhibitoria*¹⁸⁴. Um Mißverständnisse auszuschließen, sei betont, daß nicht daran gedacht ist, die *a.empti* im D.19.1.43 sq. in irgendeiner Weise der *a.redhibitoria* zuzuordnen; vielmehr geht es um Ähnlichkeiten der Strukturen, die allerdings auf die Lösung von Problemen zurückwirken konnten.

Nach Julian (und ihm folgend Paulus) ist die *a.redhibitoria* ihrem Wesen nach eine Art von *in integrum restituito*¹⁸⁵. Auf Seiten des Verkäufers gehört zu ihr nicht nur die Rückzahlung des Kaufpreises, sondern auch der Ersatz von Aufwendungen¹⁸⁶. Andererseits muß der Käufer nicht nur den gekauften Sklaven „aufgeben“ (hier erfolgt durch die erzwungene Freilassung von Seiten des Erben-Verkäufers)¹⁸⁷; er ist auch verpflichtet, die von ihm, seiner *familia* oder seinem *procurator* verschuldete „Verschlechterung“ des Sklaven zu ersetzen¹⁸⁸. In der Beschränkung auf verschuldete Verschlechterungen findet die Ähnlichkeit mit fr. 45 pr. (und mit Paul. D.21.2.70) eine (scheinbare ?) Grenze (die sie aber nicht aufhebt).

Sucht man nach einem Indiz für die Übertragung gerade der Redhibitionsfolgen auf die *a.empti* in fr. 43 sq., so trifft man auf

184 vgl. Arangio-Ruiz II, 371 ff.; Impallomeni, L'editto degli edili curuli, 1955, 137 ff.; Medicus, 118 ff.; neuere Lit. bei L. Garofalo, Studi sull'azione redhibitoria, 2000, 39 ff.; zuletzt N. Donadio, La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti, 2004. – Zur Geltendmachung s. Ulp. 1 ad ed.aed.cur. D.21.1.29.3; dazu Bürge, 200 ff. (204 f.).

185 Ulp.(Iul.) 1 ad ed.aed.cur. D.21.1.23.7; Paul. 69 ad ed. 60 h.t. S. dazu Medicus, 120 ff.; Honsell, 70 ff.; B. Kupisch, In integrum restituito und vindicatio utilis, 1974, 97 f.; weit. Lit. bei Jakab (A. 162), 270 A.29.

186 Ulp. 1 ad.ed.aed.cur. D.21.1.29.3; Paul. (Peditus, Aristo) 1 ad ed.aed.cur. 30.1. h.t.

187 In diesem Sinne wird der gekaufte Sklave dem Verkäufer „restituiert“; so erübrigt sich ein Vergleich mit der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Rückgabe.

188 vgl. den Wortlaut des Sklavenedikts bei Ulp. D.21.1.1.1; weitere Texte bei Impallomeni, L'editto (A.184), 153 ff.

den – nach den Quellen alten – Grundsatz, daß die *a.empti* ein taugliches Instrument zur „redhibitorischen“ Abwicklung des Kaufes darstellt (Ulp. 32 ad ed. D.19.1.11.3)¹⁸⁹: *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus.*

Man könnte einwenden, daß unsere Hypothese die Rechtsfolgen von Sachmängeln und Rechtsmängeln in unzulässiger Weise vermischt. Dieser Einwand ließe sich zumindest dann leicht entkräften, wenn die *a.redhibitoria* auch zur Durchsetzung der Übernahme der Eviktionsgarantie diene. Ansatzpunkt wäre eine Variante der traditionellen Auslegung von Gai. 1 ad ed.aed.cur. D.21.1.28¹⁹⁰: *Si venditor de his quae edicto aedilium curulium continentur non caveatur, pollicentur adversus eum redhibendi iudicium intra duos menses vel quanti emptoris intersit intra sex menses.*

Der Text wird meistens nur im Rahmen der Sachmängelhaftung diskutiert. Doch nimmt man ihm beim Worte, so erfaßt er auch die vom Verkäufer geforderte Eviktionsgarantie¹⁹¹; nicht umsonst läuft die Garantie des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel bisweilen unter der Abbrüviatur der *stipulatio duplae*¹⁹². Diese Interpretation könnte auch durch die Kaufurkunde TH 60 gestützt werden¹⁹³. Nach ihrer Formulierung entsprechen die Worte des Gaius: „*de his quae edicto aedilium curulium continentur*“ der sich (nach der neuen Lesung) allein auf die Eviktionsgarantie

189 vgl. zu diesem umstrittenen Text die Angaben bei Impallomeni l.c., 244 ff.; Honsell, 81 f.; Kaser, RPR II, 393 f.; L. Vacca, IURA 45, 1994 (1997), 64 ff.

190 Dieses (hypothetische) Argument entfällt, wenn man der Jakob'schen Interpretation von D.21.1.28 (A.159), 246 ff., 300 ff. folgt. Vgl. den Überblick über die Diskussion bei M. Kaser/R. Knütel, Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 17. Aufl. 2003, 270 f.; dazu noch Mantovani, formule (A.18), 113 A.630.

191 vgl. nur Lenel, EP, 562 f.; Mantovani l.c., 115 A.115; weitere Lit. bei Kaser/Hackl, RZP, 431. Ungeklärt ist allerdings das Verhältnis zur *a.de auctoritate*.

192 Ulp. 1 ad ed.aed.cur. D. 21.1.31.20; 46 ad Sab. D.21.2.32 pr.; Paul. 5 resp. D.21.1.58.2; vgl. auch Arangio-Ruiz II, 367 f.

193 s. jetzt Camodeca, Quaestiones Iuris (FS J. G. Wolf), 2000, 58 ff.; dazu kritisch Jakob, SZ, 2002, 562 f. Hielte man an der alten Lesung fest (s. nur Macqueron (A.162), 43 ff.), so müßte man unsere Argumentation nur unwesentlich umstellen.

beziehenden Klausel in TH 60: *et duplam pecuniam ex formula edicti aedilium curulium ita uti adsolet quae hoc anno de mancipis emendis vendundis cauta comprehensaue est dari ...*¹⁹⁴.

Am Beispiel des Arescusa-Falles: Hätte der Erbe-Verkäufer sich geweigert, die Eviktionsgarantie zu leisten, so hätte Sempronius innerhalb von zwei Monaten Kaufpreis und Aufwendungsersatz fordern können; dafür hätte er sich Verschlechterungen anrechnen lassen müssen. Strukturell befinden wir uns damit in nächster Nähe der von Paulus formulierten Konsequenzen der erzwungenen Freilassung durch den Erben-Verkäufer.

Wie man auch zur Hypothese der analogen Anwendung der *a.redditoria* stehen mag – auffällig bleibt jedenfalls die Ähnlichkeit der Rechtsfolgen. Sie legt es nahe, die in fr. 43 sq. formulierten Regeln – trotz der paulinischen Terminologie („*omne quod interest*“) – eher im Sinne der Rückabwicklung des Kaufes als des Schadensersatzes für Verletzung vertraglicher Pflichten zu interpretieren¹⁹⁵.

194 Nur auf die Sachmängel bezieht sich eine ähnliche Wendung in TPS 43; dazu Camodeca (A.117), 115 ff.; J. G. Wolf, SZ 118, 2001, 112 f.

195 vgl. dazu o. bei Anm. 146.

VIII. Die dritte Frage: Patronat über Arescusa

1. Arescusa hatte den Käufer Sempronius als Patron abgewählt. Wir hatten unterstellt, daß sie sich als *liberta* des Erben gerierte, ohne daß eine entsprechende formelle Entscheidung gefallen wäre¹⁹⁶. „Ego“ stellt die – möglicherweise theoretische – Frage, ob sie (noch?) zwischen dem Patronat der Seia (die sie nicht freigelassen hatte) und dem des Erben wählen könne (sc. durch einen erneuten Gang zum *praetor fideicommissarius*). Von Paulus wird die Frage implizit verneint; als potentielle Patrone zieht er nur den Käufer und *manumissor* Sempronius und den Erben in Betracht. Dabei argumentiert er nicht mit der dinglichen Rechtslage, sondern mit den kaufrechtlichen Beziehungen zwischen Erben und Sempronius.

Eine „dingliche“ Argumentation könnte von der Regel des *ius civile* ausgehen, daß die Freilassung grundsätzlich nur dem Eigentümer zusteht¹⁹⁷. Als solcher hatte Sempronius die Arescusa freigelassen; wegen des Fideikommisses hätte er auch zur Freilassung gezwungen werden können¹⁹⁸. In beiden Fällen wäre er Patron geworden – allerdings mit eingeschränkten Rechten¹⁹⁹.

Demgegenüber war der Erbe zwar nach der Veräußerung nicht mehr Eigentümer der Arescusa. Doch konnte man eine „eigentumsähnliche“ Position des Erben konstruieren: Die Veräußerung war „gegenstandslos“, soweit sie die Rechtsstellung der Arescusa verschlechterte²⁰⁰. Dagegen war Seia niemals Eigentümerin der Arescusa gewesen; auch war eine eigentumsähnliche Position kaum zu konstruieren.

196 s. o. III/5.

197 Angedeutet auch in Ulp. 5 fid. D.40.5.26.11; s. Voci, DER II, 412 ff.; Impallomeni, 78 ff.

198 Paul. 3 fid. D.40.5.29; Marcian 9 inst. 51.10 h.t.

199 s. o. A.41 zu den *operae*; s. auch Ulp. D.40.5.24.21 („*ius suum laedi*“).

200 vgl. wiederum Ulp. D.40.5.24.21; Marcian 51.3. h.t.; s. auch o. III/5.

Warum Paulus den Weg über die dingliche Rechtslage vermied, läßt sich vermuten: Der Konflikt mit dem Kaiserrecht wäre allzu offensichtlich gewesen²⁰¹. Zwar hatten sich die Konstitutionen nach der Quellenlage nur mit der Alternative: Bedachter (und mit der fideikommissarische Freilassung Beschwerter; hier Seia) oder Erwerber (hier Sempronius) beschäftigt; die Dreierkonstellation: Erbe – Bedachter – Erwerber tritt anscheinend nur in fr. 43 sq. auf²⁰². Doch galt zugunsten des Freizulassenden ein „Günstigkeitsprinzip“ (oder Benachteiligungsverbot)²⁰³. Danach hätte der Arescusa auch die Wahl der Seia als Patronin zustehen müssen.

2. Man hat den Eindruck, daß Paulus darauf zielte, mit Hilfe der kaufrechtlichen Konstruktion die „neuen“ Regeln der fideikommissarischen Freilassung zu umgehen oder zumindest zu lockern. Im Zentrum steht für ihn der gerechte Ausgleich der Interessen von Verkäufer und Käufer. Wäre Arescusa bei Sempronius geblieben, so hätte dieser den Patronat behalten – und der Erbe-Verkäufer den Kaufpreis (also keine *a.empti*)²⁰⁴. Wählt Arescusa den Sempronius als Patron ab, so erhält er mittels der *a.empti* den Kaufpreis zurück; zum Ausgleich wird der Erbe-Verkäufer Patron.

Eine andere Lösung würde die Balance stören. Könnte Arescusa die Seia zur Patronin wählen, so würde der – durch den Patronat nicht ausgeglichene – Verlust des Kaufpreises entweder den Verkäufer oder den Käufer treffen. Um nochmals auf die Ablehnung der *a.empti* im *responsum* Ulpian zurückzukommen: Es riskiert, daß der Erbe-Verkäufer (unverdientermaßen) den Kaufpreis behält und den Patronat erhält.

201 s. nochmals Ulp. D.40.5.24.21 u. App. IV.

202 s. o. A.73. – Nicht ohne weiteres vergleichbar ist Ulp. 5 fid. D.40.5.26.11; Paul. 3 fid. 27 h.t.; s. Voci, DER II, 415 A.48 und u. XII/4 (a. E.).

203 Ulp. D.40.5.24.21; Marcian 51.3. h. t. – Daß der Erbe an die Stelle des Legatars treten kann, ergibt sich auch aus Pomp. 7 ad Sab. D.40.4.11 pr.: Sieht man von der Freilassung durch den Käufer ab, so hätte Arescusa zwischen Seia und dem Erben wählen können. Vgl. zu diesem (nicht unproblematischen) Text Impallomeni, 197 f.; Voci, DER II, 570.

204 Paulus verweigert hier die *a.empti*, „*quia nihil eius interest, cum eam libertam habet.*“ Die Formulierung ist nur scheinbar ambivalent: Verneinung der Aktivlegitimation (s. nur Gai.inst. 3.20; Ulp. 29 ad Sab. D.47.2.10) oder des Schadens; vgl. zu letzterem aber o. bei A.138. – Zu D.21.2.26 (Kumulation von Patronat und Kaufpreis) s. App. V.

Exkurs: Daß es Paulus in fr. 45.2 gerade auch um die Vermeidung der Kumulation von Kaufpreis und Patronat geht, zeigt der Text Paul. 19 ad ed. D.11.3.14.9 a.E. (zur *a.servi corrupti*²⁰⁵). Ist der Sklave durch das Verhalten des Dritten verschlechtert worden (*deteriorem facere*), so kann der Eigentümer den doppelten Ersatz der Wertminderung verlangen²⁰⁶. Hat das *corrumpere* dazu geführt, daß der Sklave für den Eigentümer wertlos geworden war, so hat sich – ähnlich wie bei der *a.quantum minoris*²⁰⁷ – anscheinend ein Wahlrecht des Eigentümers durchgesetzt; im Ergebnis kann er somit das *pretium* im Gegenzug zur Herausgabe des Sklaven erhalten. Das führt zu der Frage, ob letzteres auch dann gilt, wenn der *dominus* sich den Sklaven durch Freilassung vom Halse geschafft hatte. Das wird von Paulus wegen der zu vermeidenden Kumulation von *pretium* und Patronat abgelehnt²⁰⁸: *... non facile apud iudicem audietur dicendo ideo se manumisisse, quoniam habere noluerat domi, ut et pretium habeat et libertum.*

3. Die Kritik an der Entscheidung des Paulus könnte an verschiedenen Punkten ansetzen; dabei lassen wir im Moment die problematische *a.empti* außer Betracht²⁰⁹. Da ist zum einen sein großzügiger Umgang mit dem „Kaiserrecht“. Denkbare Motive seien wenigstens angedeutet. So wäre etwa zu fragen, wie weit in dieser Epoche die Hierarchie von Kaiserrecht und Juristenrecht bereits stabilisiert war²¹⁰. Würde man diese Frage bejahen, so wäre doch mit Tendenzen innerhalb der Jurisprudenz zu rechnen, die

205 zu D.11.3.14.8 sq. s. zuletzt C. Venturini, FS Burdese IV, 432 ff. mit Lit.

206 vgl. nur Medicus, 244 f.

207 vgl. Paul.(!) 1 ad ed.aed.cur. D.21.1.43.6; Iul. 51 dig. D.44.2.25.1. S. F. Pringsheim, SZ 69, 1952, 288 ff.; neuere Lit. bei Jakab (A.162), 179 f.

208 zum Ausschluß der *a.rehhibitoria* bei *manumissio* s. Paul. (Labeo) 11 ad Sab. D.21.1.47 pr.; vgl. Garofalo (A.184), 50 f.

209 s. u. XII/3.

210 zur „normativen Intensität“ der Reskripte vgl. nur Nörr, SZ 98, 1981, 37 ff. (Historiae II, 1359 ff.); Honoré, IURA 34, 1983, 167; ders., Emperors (A.154), 12 ff. – Charakteristisch ist eine Diskussion im kaiserlichen Rat mit dem Hin und Her kaiserlicher Sentenzen und juristischer Meinungen (Ulp. 11 ad leg. Iul. D.37.14.17; Voci, DER I, 343 ff.). Vgl. aber auch SB XII 10967 (a.155) (dazu H. J. Wolff (A.26), 183 f.); Marcian 14 inst. D.48.10.1.3; PS 5.25.4 (s. F. De Martino, Storia della costituzione romana IV 1, 2. Aufl. 1974, 498 f.).

letzterer einen möglichst großen Freiraum zu erhalten suchten. Nicht umsonst ist Paulus als Kritiker des Kaiserrechts hervorgetreten²¹¹; die Konstitutionen zur *manumissio fideicommissaria* boten durchaus Angriffspunkte²¹².

Ein weiterer kritischer Punkt ist die möglicher Vernachlässigung des Willens des Erblassers²¹³. Hätte Arescusa die Seia zur Patronin wählen können (und der Erbe den dubiosen Kaufpreis zurückgezahlt), so wäre zumindest hinsichtlich Arescusa nach manchen Umwegen der Zustand erreicht, den der Erblasser durch die beiden Fideikommissen hatte erreichen wollen. Doch ist vielleicht nicht nur uns unbekannt, welches das vordringliche Ziel des Erblassers war: der Seia den Patronat oder der Dreiergruppe einen gemeinschaftlichen Patron zu verschaffen.

211 Nörr, Rechtskritik, 122 ff.; Spengler (A.16); s. auch u. XII. – Ob Paulus in seinen *libri de fideicommissis* dem Kaiserrecht ähnlichen Raum gab wie Ulpian in seinem gleichnamigen Werk, läßt sich angesichts der dürftigen Überlieferung der ersteren nicht sagen; vgl. Lenel Paling. I, 1099–1102 mit II, 903–926; G. Gualandi, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* I, 1963, 445 mit 540–548. Zum sparsamen Gebrauch von Konstitutionen in Paul. *libri ad ed. Liebs*, Handbuch, 156; vgl. aber auch den Überblick bei Berger, RE X 1, 1917, 736 ff. – Belege für Kaiserkonstitutionen in den *quaestiones* des Paulus bei Gualandi, l.c., 456–461.

212 Zu erinnern ist an die zögerliche Akzeptanz der kaiserlichen Rechtssetzung; Impallomeni, 70 ff.

213 s. nochmals Ulp. D. 40.5.24.21 a. E.

IX. Erzähltes und Verschwiegenes

1. Nach dem üblichen Verständnis einer Textinterpretation könnten wir jetzt einen Schlußstrich ziehen. Doch bedarf es noch einiger Überlegungen zur Arbeit mit und an Rechtsfällen, zu unabgeschlossenen Kontexten und ethischen Implikationen. Wir beginnen mit der Rückkehr zur Erzählung und den Fragen des „*ego*“.

Die Schilderung des Sachverhalts ist knapp, man könnte auch sagen „professionell deformiert“. Das wird evident, wenn man sie sich als Erzählung der Aescusa, des Käufers Sempronius, des Erben oder eines versierten griechischen oder römischen Rhetors vorzustellen versucht²¹⁴. Man könnte noch einen Schritt weitergehen und Prozeduren fingieren, die nach „modernen“ Standards ablaufen; die in Rom unterdrückten Stimmen der „Opfer“ könnten zum zentralen Thema einer emotionsgeladenen juristischen Diskussion werden. Jedenfalls besteht Anlaß, die „narrativen Techniken“ der römischen Juristen nicht nur als gleichsam selbstverständlich zu behandeln²¹⁵.

Wie erwähnt, ist der Fragesteller juristisch gebildet, vielleicht sogar ein professioneller Jurist. Daher darf angenommen werden, daß in seiner Erzählung alles (aber wohl auch nur das) erwähnt wird, was nach seiner Auffassung für die Beantwortung seiner Fragen relevant ist. Diese konzentrieren sich zudem auf Probleme, die diskussionswürdig erschienen; Unproblematisches durfte beiseite bleiben.

214 vgl. nur A. C. Scafuro, *The forensic stage*, 1997, 25 ff.

215 vgl. zu diesem (modischen) Thema etwa (Hg. P. Brooks, P. Gerwitz) *Law's Stories. Narrative and Rhetoric in the Law*, 1996; G. Binder, R. Weisberg, *Literary Criticisms of Law*, 2000; immer noch lesenswert A. Jolles, *Einfache Formen*, 1930 (viele Nachdrucke). – Wenn ich mich nicht irre, so unterscheiden sich römische und rabbinische Rechtstexte gerade auch in der Art und Weise, wie „erzählt“ wird.

In diesem beschränkten Sinn ist unproblematisch alles, was mit den (nach den variablen Auffassungen des „Rechtsstabes“) „extrajuridischen“ Interessen der Beteiligten zu tun hat. Das hat zur Folge, daß wir auf sozialhistorisch interessante Fragen keine Antworten erwarten dürfen. Um auf bereits erwähnte Elemente des Sachverhalts zurückzukommen: Was bewegte den Erblasser, die Freilassung der Sklaven zu planen – und das auf dem Umweg über Seia? Was hielt die Dreiergruppe der Sklaven derart zusammen, daß auch der veräußernde Erbe darauf Rücksicht nahm? Warum ließ der Käufer allein Arescusa frei? Was empfand diese dabei – Privilegierung oder Isolierung? Welchen seelischen Kraftakt kostete es Stichus, Pamphilus und Arescusa, sich im Freilassungs- und Patronatsverfahren gegen ihren (ehemaligen) Herrn zu stellen? Unter diesem Aspekt böte der Arescusa-Fall Stoff für ein bürgerliches Intriguenspiel, in dem sich unsere Vorstellungen über das Verhältnis: Herr und Sklave widerspiegeln²¹⁶.

Andere Interessen verfolgten (und verfolgen) diejenigen, die sich jetzt um ein Verständnis des Arescusa-Falles bemühen. Üblich und auffällig ist die Konzentration auf Kaufrecht und Schadensersatz, die Vernachlässigung von Fideikommiß, Freilassung und Patronat. Diese Gewichtung entspricht den (berechtigten oder fehlgeleiteten) Interessen der Romanistik, die Fragen bevorzugt, die man auch an moderne Rechtstexte stellen könnte. Bei diesem Vorgehen stellt sich – noch stärker als bei der von uns gewählten Methode – das (hermeneutische) Problem der unsicheren Kongruenz von Frage und Antwort.

2. Das führt zurück zu einem für die Interpretation von fr. 43 sq. wesentlichen Punkt: Das in der Vorlage an Paulus Verschwiegene ist so wichtig wie das Gesagte. Die Gründe für das Verschweigen lassen sich bestenfalls plausibel machen. Man könnte folgendes Schema aufstellen: Sachverhaltselemente waren dem Erzähler „ego“ unbekannt; sie waren ihm selbstverständlich; sie galten ihm als unerheblich – wobei man weiter unterscheiden könnte, ob zu Recht oder zu Unrecht. Die Menge des Verschwiegenen ist potentiell unendlich; einige fallnahe Beispiele müssen genügen.

216 vgl. auch o. A. 46.

Unbekannt oder irrelevant waren die internen Beziehungen zwischen Erblasser, Erben, Seia, den Sklaven (und den Sklaven untereinander). Das betrifft auch die Form des Fideikommisses und den präzisen Willen des Erblassers. Als selbstverständlich galt nach unserer Auffassung die Existenz und die Form der Eviktionsgarantie; bei einem in Rom geschlossenen Sklavenkauf war die *stipulatio duplae* üblich. Hierüber und über mögliche Alternativen wird noch zu sprechen sein²¹⁷. Irrelevant war anscheinend der Zeitpunkt der Veräußerung (vor oder nach der für die Freilassung gesetzten Jahresfrist). Allenfalls könnte man überlegen, ob der (nicht erhobene) Vorwurf der Arglist näher lag, wenn die Veräußerung innerhalb der für die Freilassung gesetzten Jahresfrist erfolgte.

Beim letzten Beispiel geht es nochmals um den *dolus* des Erben-Verkäufers; seine „Relevanz“ ist an sich unbestreitbar²¹⁸. „Ego“ berichtet ausdrücklich davon, daß dieser beim Verkauf die fideikommissarische Freilassung verschwiegen hatte (... *nulla commemoratione fideicommissae libertatis facta* ...). Die Gründe für die fehlende *commemoratio* werden nicht erwähnt²¹⁹. Wir hatten große Mühen, mögliche Gründe für das Unwissen des Erben oder die fehlende Relevanz seines Wissens zu konstruieren. Damit ist aber nicht erklärt, warum der Erzähler über dieses Faktum hinwegging. Somit ist auch unbekannt, ob im Prozeß zwischen dem Käufer und dem Erben-Verkäufer die *scientia* des letzteren wenigstens zur Sprache kam (wenn auch aus ihr keine Folgen gezogen wurden).

Über die Motive des „ego“ läßt sich nur spekulieren. War ihm der Sachverhalt insoweit unbekannt, so daß er – um zu den ihn interessierenden Fragen zu kommen – die fehlende Arglist schlicht unterstellte? Hielt er es angesichts der verworrenen Rechtslage für selbstverständlich, daß ein *dolus* des Erben nicht in Betracht kam? Oder genügte das *responsum* Ulpian's und das für den Erben günstige Urteil als Beweis für die fehlende Arglist?

217 s. App. VI; vgl. aber auch o. bei A.53.

218 s. o. V.

219 Hätte der Käufer von der Freilassungsaufgabe gewußt, so hätte er kaum Ansprüche geltend machen können. Vgl. nur CJ 8.44.27 (a.294); 30 (a.294); l. 27 ist m.E. von Kaser, SZ 81, 1964, 22ff. falsch interpretiert (s.auch Tip. 19.19.25). – Zu Pomp. (Nerva, Celsus) 11 ad Sab. D.21.2.29 pr. s. Nörr (2004), 186f.

Um jetzt die Seite zu wechseln: Enthielt der (nachgeschobene) Hinweis des Paulus auf die umfassende Haftung dessen, der wesentlich eine fremde Sache verkauft hatte (fr. 45.1 a.E.), einen versteckten Tadel des Fragenden (oder eine Alternativentscheidung)? Oder folgte Paulus – gleichsam mechanisch – einem (Urkunden-)Schema, in dem der Regelung der Eviktion die *clausula doli* folgte?²²⁰

Festzuhalten ist, daß wir das Schweigen des „ego“ in diesem Punkte nicht befriedigend erklären können. Damit sind zugleich die immanenten Grenzen der Interpretierbarkeit des Verschwiegenen schlechthin angesprochen.

220 s. Nörr (2004), 182f.

X. Fall und Norm

Das Verhältnis von Fall und Norm gehört zu den zeitlos-modernen Themen der Rechtstheorie. Wir begnügen uns – logische und linguistische Meditationen meidend – mit einem Versuch der Veranschaulichung.

Im Laufe der Analyse von fr. 43 sq. waren wir gezwungen, eine Reihe von „positivierten“ Normen heranzuziehen, denen einzelne Sachverhaltselemente in der dem Juristen gewohnten Weise zugeordnet werden konnten: die Analogie zum einem Satz der XII Tafeln (VII 12), eine *lex publica* (die *lex Aelia Sentia*), (z. T. undeutliche) Senatsbeschlüsse und Kaiserkonstitutionen des 2. Jhds., schließlich das Jurisdiktionsedikt des Prätors, aus dem die Formel der Kaufklage (*a. empti*) stammt. Deren Kernbestandteil, die *bona fides*-Klausel, entzog sich der schlichten „Subsumtion“ noch weit stärker als andere positivierte Normen.

Spätestens bei der Anwendung der *bona fides*-Klausel manifestieren sich deutlich diejenigen Normen verschiedener Abstraktionsstufe, die man – in lockerer Anlehnung an die Terminologie W. Fikentschers²²¹ – als „Fallnormen“, römischer Denkweise folgend eher als Elemente des *ius civile* bezeichnen könnte; letztere verdichten sich nur selten zu einer ausformulierten *regula*²²². Wenn nicht in einem historischen Moment gleichsam sichtbar erfunden, stammen sie aus dem Nebel der Tradition²²³. Sie regulieren – ex-

221 Methoden des Rechts IV, 1977, 129 ff. (202 ff.).

222 Die Literatur zum Konzept der *regula* ist kaum überschaubar; vgl. nur Wieacker, Röm. Rg. I, 590 ff. Dazu beispielsweise noch Nörr, Spekulationen zum Thema: *Lex, regula*, Norm, *Historiae* I, 629 ff. (1969) (weiteres zum Thema „Fall und Norm“ *Historiae* II, 775 ff. (III, 2337), 1279 ff., 1471 ff. (III, 2345); III, 2161 ff.); M. Herberger, *Dogmatik*, 1981, 67 ff.; Bretone, *Geschichte*, 201 ff., 205 ff.; L. Vacca, in (Hg. F. Milazzo), *Atti Congr. Internaz. Copanello 1998* (2003), 351 ff., sowie die Angaben bei E. Stolfi, *Studi sui „libri ad edictum“ di Pomponio I*, 2002, 386 A.84.

223 vgl. zum Thema M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, 2004, 33 ff.

plizit oder implizit – die konkrete Entscheidung, können umschrieben und (seltener) mehr oder weniger gut „definiert“ werden. Wendet man die Metapher einer Skala an, deren virtuelle Endpunkte sich totale Systematisierung und freie Topik nennen, so tendieren sie zu Kleinsystem und disziplinierter Topik. Diese Offenheit macht die jeweils angewandten Fallnormen brauchbar für die Entscheidung künftiger, niemals identischer Fälle. Es ist nur scheinbar paradox, daß sich unter der hier gewählten Perspektive die Vorstellung von der Rechtsordnung als einem Normenbündel (oder gar von einem posivierten, auf dem Willen eines souveränen Gesetzgebers beruhenden Normenbündels) verflüchtigt²²⁴.

2. Es ist keine allzu übertriebene Behauptung, daß die Diskussion über Fallnormen so alt ist wie die Diskussion über Recht und Gesetz. Verschieden ist allerdings die jeweilige Perspektive (oder Beschreibungssprache). Dazu nur wenige (antike) Beispiele: Diskutiert wird über *phronesis* und *prudentia*²²⁵, über Gesetz und Billigkeit, über die notwendige Unvollkommenheit des Gesetzes²²⁶; Plato experimentiert mit der Idee des „Politikos“ (295 a) als Normgeber für die jeweilige Situation. Cicero (Brutus 152)²²⁷ be-

224 vgl. auch Nörr, Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, *Historiae* I, 645 ff. (1969). – An dieser Stelle könnte man ein Leitmotiv der modernen Diskussion entfalten (vgl. nur P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 2001), daß sich in der Entgegensetzung von Savigny und Kelsen personalisieren ließe.

225 s. nur Arist. *NE* VI 5, 1140 a; Cic. *de leg.* 1.60; Quint. *inst.or.* 2.20.5.

226 s. nur Arist. *NE* V 13, 1137 a *passim*; Theophr. bei Pomp. 25 ad Sab. D.1.3.3 und Paul. 17 ad Plaut. D.1.3.6. Weitere Angaben (auch zur *aequitas*) bei Nörr, *Rechtskritik*, 21 ff., 32 ff. *passim*; J. Brunschwig, in (Hg. M. Frede, G. Striker), *Rationality in Greek Thought*, 1996, 115 ff. – Zur *vita Apollonii* des Philostratos, des Zeitgenossen des Paulus, s. Nörr, *Ethik v. Jurisprudenz in Sachen Schatzfund*, *Historiae* II, 897 ff. (1972/4); dort (922 f.) zum Philosophen als Gesetzgeber und Richter.

227 dazu zuletzt W. Waldstein, *Teoria generale del diritto*, 2001, 178 ff.; zur *bona fides* vgl. Cic. *top.* 87 sq. – Mit ideengeschichtlicher Generosität könnte man eine Linie ziehen von der (stoisierenden) *regula, qua vera et falsa diiudicaretur* Ciceros (*Brut.* 152; s. auch *de off.* 1.18 sq.) über die *ars boni et aequi* des Celsus (bei Ulp. 1 *inst.* D.1.1.1 pr.) bis zur Recht und Unrecht scheidenden Philosophie Ulpian (D.1.1.1.1; dazu einige Angaben bei Nörr, *Historiae* III, 2337). Zumindest in diesen Texten ist von der sokratischen Skepsis (Protagoras, Politikos) wenig zu spüren.

schreibt die Normfindung mit der Sprache der Dialektik. Anscheinend gab es keine andere Beschreibungssprache, wenn man (wie er) nicht mehr das „Gesetz“, sondern das *ius (civile)* im Auge hatte. Letzteres ist auch das Thema, wenn Plinius (ep. 1.22) die Methode des Titius Aristo zu schildern versucht und der *iudex* Gellius um die richtige Entscheidung ringt (NA 14.2)²²⁸.

In die zuletzt genannte Tradition gehört auch Paulus mit seiner seither unendlich oft zitierten (paradoxen) „Metaregel“ (18 ad Plaut. D.50.17.1): ... *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat* (frei übersetzt: Entnimm das Recht nicht einer Rechtsregel, sondern bilde diese aus dem gegebenen Recht). Nach der hier gewählten Terminologie könnte man die Metaregel als Aufforderung interpretieren, nicht nach einer bereits vorgeformten Entscheidungsregel, sondern nach der konkreten Fallnorm zu suchen (die sich im dichten Geflecht der Rechtsordnung versteckt hält)²²⁹. Wenn der Jurist Paulus seinerseits regelhaften Formulierungen keineswegs abgeneigt ist²³⁰, so muß darin kein Widerspruch liegen.

Der immanenten Logik der Fragestellung (Stichwort: Judiz (Urteilkraft) und unendlicher Regreß) entspricht es, daß auch die zahlreichen modernen Versuche letztlich nur beweisen, daß sich der Mechanismus von Regelfindung und Regelanwendung einer exakten Beschreibung entzieht²³¹. Am nächsten dürfte man seinem

228 s. Nörr, *L'esperienza giuridica di Gellio*, *Historiae* III, 2149 ff. (1996); zuletzt A. Mantello, *SDHI* 67, 2001, 1 ff. (zur Dialektik). Vgl. damit Savignys Beschreibung im „Beruf“.

229 zu D.50.17.1 im Rahmen der antiken Wissenschaftstheorie vgl. die Angaben o. A.222; s. auch Sen.ep. 94. – Ein von mir bisher übersehener (nicht paradoxer) Beleg ist *Iren. adv. haer. II 25.1 a.E.* (gegen die Gnostiker): *Non enim regula ex numeris, sed numeri ex regula; non deus ex factis, sed ea, quae facta sunt, ex deo.* – Eine ähnliche Formulierung wie in D.50.17.1 findet sich auch im Talmud; s. R.Yaron, in „*Juris Vincula*“ (St. M. Talamanca) VIII, 2001, 487.

230 vgl. nur H.-D.Spengler, *FS Mayer-Maly* (o. A.104), 735 ff. – Ein anschauliches Beispiel für den Umgang des Paulus mit Normen verschiedener Herkunft findet sich in D.13.6.17.3; s. Nörr, *Historiae* III, 1991 ff. (o. A.16).

231 vgl. den Überblick bei K. Larenz/C.-W.Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Studienausgabe), 3. Auflage 1995, 36 ff., 232 ff., 252 ff.; aus neuerer Zeit etwa die Angaben in dem Sammelband (Hg. B. Feldner, N. Forgó) *Norm und Entscheidung*, 2000. – Zu Kant und Savigny Hinweise in *Historiae* III, 2345.

Verständnis kommen, wenn man Einzelfälle einer dichten Analyse unterzieht²³².

Wenn wir im folgenden versuchen, entsprechend der Anweisung des Paulus aus dem *ius* (hier repräsentiert durch seine *quaestiones*) einige Regeln zu entnehmen, bedarf es einiger Vorbehalte:

a) Die Grenze zwischen Regelfindung und Regelanwendung („reflektierender und subsumierender Urteilkraft“ (Kant)) ist unscharf; sie bleibt unberücksichtigt.

b) Regeln sind in verschiedenen Winkeln des Arescusa-Falles versteckt; wir begnügen uns mit einigen offen liegenden Exempeln.

c) Um praktikabel zu sein, müssen die Regeln zwischen Präzision und Offenheit balancieren; das hat Folgen für die (geringe) Präzision der hier formulierten Regeln.

d) Gleichgültig ist, ob die Regel dem Bereich des „*hoc iure utimur*“ oder dem „*ius controversum*“ angehört. Wie gerade die fehlende Verwendung dieses Terminus durch die Juristen zeigt²³³, ist auch letzteres Teil des *ius civile*. Der Code: Recht – Unrecht mag den seiner unsicheren Praktiker beruhigen; theoretisch ist er unbefriedigend²³⁴.

e) Die Formulierung von Regeln dient praktischen Bedürfnissen, „reduziert“ die das Denken belastende und die Entscheidung erschwerende „Komplexität“. Doch stehen die (zur Isolierung neigenden) Regeln unter dem Vorbehalt der Überprüfung am Standard einer „Totalität“, die Paulus als *ius* bezeichnet.

3. Wir beginnen mit der *sententia Iuliani*: Der Käufer kann aus der *a. empti* selbst dann vorgehen, wenn er sich durch die Freilassung des verkauften Sklaven des *habere licere* beraubt hatte. Paulus präzisiert (oder erläutert): Dem Verkäufer steht die Klage nur zu, wenn ihm nach der Freilassung die Patronatsrechte entzogen wurden. Wiederum ausgehend von Julian (aber auch mit Blick auf an-

232 vgl. beispielsweise Th.-M.Seibert, in dem eben (A.231) zitierten Sammelband, 127 ff.; S. Fish, RJ 20, 2001, 527 ff. – S. dazu auch die bekannte Äußerung Alfens (2 dig. D.9.2.52.2): . . . *respondi in causa ius esse positum* . . .

233 vgl. demgegenüber Quint. inst.or. 7.6.1; Gell. NA 12.3.3.

234 s. nur D. Daube, The scales of Justice, Collected Studies in Roman Law I, 1992, 447 ff. (1951); vgl. auch H. Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 2000, 23 ff.

dere Texte²³⁵) ließe sich diese spezielle Regel verallgemeinern: Der Ersatzanspruch aus der *a.empti* ist in allen Fällen von „Rechtsmängeln“ zu prüfen, in denen die Eviktionsgarantie nach ihrem Wortlaut nicht einschlägig ist. Dem entspräche eine weitere (allerdings problematische) Regel: Wenn es – bei fehlender Eviktionslage – „billig“ ist, das Kaufgeschäft „zurück-abzuwickeln“, so erhält der Käufer nur den Anspruch auf den Kaufpreis.

Eine Aufzählung weiterer (teilweise problematischer) Regeln mag folgen:

a) Der redliche Besitzer einer fremden Sache muß diese nur dann dem Eigentümer herausgeben, wenn letzterer ihm die nützlichen Verwendungen ersetzt.

b) Dem Käufer steht gegenüber dem Verkäufer dann und nur dann ein Anspruch auf Verwendungen zu, wenn diese ihm nicht durch den vindizierenden Eigentümer ersetzt werden können.

c) Der Ersatzpflichtige ist vor unangemessen hohen Ersatzansprüchen zu schützen.

d) Bei Arglist des Verkäufers unterliegen die Ersatzansprüche keinen Schranken.

e) Wird ein Sklave fideikommissarisch unter fideikommissarischer Auflage der Freilassung vermacht, dann durch den Erben veräußert und vom Erwerber freigelassen, so kann er zwischen dem Patronat des Erwerbers und des veräußernden Erben wählen; aus dem (nicht erfüllten) Fideikommiß läßt sich ein Patronat nicht ableiten. – Diese Regel kollidiert möglicherweise mit „Regeln“, die in Konstitutionen enthalten sind; fraglich ist, inwieweit letztere zum *ius* im Sinne von D.50.17.1 gehören.

235 s. Medicus, 59 ff.

XI. Offene Themen

Der Arescusa-Fall steht in einem historischen Umfeld, dessen Grenzen man fast beliebig ausdehnen könnte. Um es nicht völlig dem Schweigen anheimzugeben, seien exemplarisch einige Themen aufgezählt, die bei der Erörterung von fr. 43 sq. – wenn auch bisweilen an bescheidener Stelle – vermerkt werden könnten. Nur pauschal sei auf die sozialpolitische Bedeutung von Status, Freilassung (vor allem von Frauen²³⁶) und Testament hingewiesen²³⁷.

Sieht man von der Theorie des „Fallrechts“ ab, so ist das wichtigste „juristische“ Thema die Rolle der *bona fides* bei der bis heute nachwirkenden Ausgestaltung des römischen Schuldrechts. Hier wäre nicht nur der genaue Ort unseres Textes innerhalb der (römischen und modernen) Diskussion der Rechtsmängelhaftung, sondern auch seine Wirkungsgeschichte (einschließlich wechselnder Interpretationen) vom justinianisch-byzantinischen Recht über die mittelalterliche und frühneuzeitliche Literatur bis in die Pandektistik zu untersuchen²³⁸. Zur Wissenschaftsgeschichte (deren „Historisierung“ allerdings problematisch bleibt) gehört auch die – von uns daher vernachlässigte – radikale, die Texte destruierende Interpolationenkritik²³⁹.

Weitere Themen seien durch Stichworte gekennzeichnet: das Verhältnis von Juristenrecht und Urkundenpraxis²⁴⁰, die Bedeutung des jeweiligen literarischen genre (hier der *quaestiones*) für das

236 vgl. nur I. Weiler, in „Fünfzig Jahre ...“ (A.42), 113 ff.; A. Wacke, ebda, 132 ff.; umfassend jetzt Weiler, Die Beendigung der Sklaverei im Altertum, 2003.

237 s. nur E. Champlin, Final Judgments, 1991; Chr. Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, 1991.

238 vgl. etwa Cuiacius V, 1604 sq. und die ängstliche Äußerung Bechmanns III/2/2/2, 51 A.2.

239 s. Itp.-Index z. St., sowie die Diskussion bei Schmidt-Ott, 77 ff. (mit z. T. kaum vertretbaren Itp.-Behauptungen).

240 s. o. II, VII, sowie Nörr, Copanello 2002 (im Druck); ders. (2004), 152 ff.

Verständnis des Textes²⁴¹, die Autorität Julians als Erfinder neuer Lösungen und Auslöser neuer Streitfragen²⁴², die Rolle nicht nur des Juristenrechts, sondern vor allem auch von Senatsbeschlüssen und Kaiserkonstitutionen bei der Fortbildung des Rechts (hier vor allem der *manumissio fideicommissaria*), dessen „hierarchische“ Struktur sich mehr und mehr verstärkt²⁴³.

Mit dieser Bemerkung sind Politik und Verfassungsgeschichte angesprochen. Vereinfacht: Das prätorische Edikt büßt seine Elastizität ein. Der Senat übernimmt die legislatorische Funktionen der *comitia*. Schon immer abhängig vom Kaiser wird er als rechtssetzendes Organ mehr und mehr vom Kaiser verdrängt. Die autonome Rechtsfortbildung durch die Juristen wird – wie gerade unser Text zeigt – durch die dichter werdende (und nicht stets unkritisch rezipierte) obrigkeitliche Rechtssetzung eingeengt. Wie die Biographien Ulpianus und des Paulus erkennen lassen, stehen die Juristen in dieser Epoche noch auf beiden Seiten der Barriere zwischen Juristenrecht und Kaiserrecht. Nicht viel später endet die autonome Rechtswissenschaft. Die Juristen schlüpfen in die Anonymität des kaiserlichen Dienstes und setzen dort (zunächst) ihre Arbeit fort, der aber charakteristische Elemente der klassischen Jurisprudenz verloren gehen: (etwa) kritischer Dialog mit der Vergangenheit und *ius controversum*²⁴⁴. Strittiges Recht wird zum Störfaktor²⁴⁵. Das Juristenrecht bleibt grundsätzlich in Geltung; doch wird aus einem lebenden Fluß ein stagnierender See.

241 vgl. den Überblick über die kasuistische Literatur bei Liebs, Handbuch, 99 ff.

242 s. nur Liebs, Handbuch, 101 ff. (105) mit Lit.

243 vgl. demgegenüber zumindest der Anschein horizontaler Schichtung bei Gai.inst. 1.1 sq.; zum Problem s. nur W. Kunkel/M. J. Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, 13. Auflage 2001, 125 ff., 141 ff., 165 ff.

244 Frühere Juristen werden gelegentlich noch als Autoritäten zitiert; zu Paulus vgl. CJ 5.4.6 (a.239); 9.22.1 (a.287). – Zu den Juristen im kaiserlichen Dienst s. Honoré, Emperors (A.153); zuletzt L. De Blois, in „Administration“, (A.48), 136 ff.

245 vgl. nur die Zitiergesetze (s. CT 1.4 (*de responsis*)) und (später) die *quinquaginta decisiones* Justinians; dazu nur Kunkel/Schermaier (A.243), 201 f., 213 f., 300.

XII. Epilog

1. Vorangestellt sei wiederum ein Zitat. Es stammt aus den „Bekanntnissen eines Bürgers“ des ungarischen Schriftstellers Sándor Márai (1934; deutsche Übersetzung 2000, 101f.). Der Autor berichtet über einen Verwandten, der in Budapest Zivilrecht lehrte: „Die Pädagogik scherte ihn wenig, nur die Grenzfragen des Mein und Dein interessierten ihn, die unsäglich komplizierte, eher aus moralischen als aus juristischen Fragen bestehende Problematik des menschlichen Zusammenlebens, die das „Zivilrecht“ ist, das Leben ...“²⁴⁶.

Dieses Zitat könnte der mühseligen Analyse eines Falles aus dem römischen Alltag Würde verschaffen. Vor allem gibt es Anlaß, über ethische Implikationen des Streites zwischen Ulpian und Paulus nachzudenken.

Der ungarische Zivilrechtler spielt anscheinend auf einen – je nach Einstellung ehrwürdigen oder trivialen – Text aus dem ersten Buch der Institutionen Ulpians an (D. 1.1.1 pr. u.1), mit dem Ulpian sein Lehrbuch, Justinian die Digesten einleitete²⁴⁷:

246 Nach Auskunft von András Földi (Budapest) geht es hier um Béni Grosschmid, (nach seinen Worten) „der (wohl) größte ungarische Privatrechtler aller Zeiten“. Vgl. zu ihm (Hg. M. Stolleis) Juristen, 1995, 256 f.

247 Die Lit. zu diesem Text speziell, zum Verhältnis der spätclassischen Jurisprudenz zur Philosophie generell ist beträchtlich; Angaben dazu bei Bretone, Geschichte, 229 ff.; Honoré, Ulpian, 76 ff.; L. Winkel, TR 65, 1997, 373 ff.; G. Falcone, AUPA 49, 2004 (estr.); A. Schiavone, SDHI 69, 2003, 3 ff.; Nörr, Historiae III, 2337; ders., SZ 115, 1998, 668 ff., 674 f.; nachzutragen ist Cic. de off. 1.19: *ius civile* als *ars*, der es um die *investigatio veri* geht. Reiche Literaturangaben auch bei E. Stolfi, SDHI 70, 2004, 467 ff.; zum zeitgenössischen Hintergrund zuletzt J. Barnes, in „Philosophy . . .“ (A.11), 203 ff. Was das intellektuelle Niveau des sozialetischen Appells Ulpians angeht, so braucht er einen Vergleich mit seinem etwas älteren Zeit- und Landesgenossen Maximus von Tyros nicht zu scheuen (s. Nörr, SZ 116, 1999, 513). – Es ist daran zu erinnern, daß sich die Diskussion von Cicero (s. nur pro Mur. 23

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

Ulpian leitet den Begriff *ius* als *ars boni et aequi* (Celsus) von *iustitia* ab²⁴⁸. Die Juristen können als Priester der Gerechtigkeit bezeichnet werden, die Recht und Unrecht zu unterscheiden wüßten und (volks-) pädagogische Zwecke erfüllten. Sie bemühen sich um eine wahre, nicht vorgetäuschte Philosophie. Sind sie tatsächlich Jünger einer *vera, non simulata philosophia*, so bedürfen sie keiner weiteren – stoischen, (neu-)platonischen, pythagoreischen, peripatetischen – Philosophie zur Belehrung über die Unterscheidung des *aequum* vom *iniquum*²⁴⁹. Sollte dieser Anspruch mehr sein als zeittypische, (fast) jedes Studium als philosophisch deklarierende Rhetorik, so muß er sich dem Test der Praxis mit dem Historiker als (anmaßendem) Richter stellen.

2. Wie es (der Rezeption des römischen Rechts förderlichen) juristischen Stilgesetzen entspricht, ist der Text von fr. 43 sq. nüchtern, distanziert, fast emotionsfrei. Die römischen Juristen zogen eine genaue Fallanalyse der expliziten Markierung ethischer, rechtspolitischer, ökonomischer Probleme vor. „Offene Wertungen“ (F. Wieacker)²⁵⁰ sind nicht allzu häufig, meist eher pauschal und (will man nicht ihrer Appellwirkung verfallen) konkretisie-

sq., de or. 1.192 sq., de leg. 1.17) bis Laktanz (Div. inst. 5.11 sq.) hinzieht. Des letzteren Angriffe auf Ulpian sind beim Versuch von dessen philosophischer (sozialethischer) Einordnung ernster zu nehmen als üblich (s.auch Cass. Dio (Xiphilinos) 80 bis. 1 sq.). Ein Vergleich der Meditationen Mark Aurels mit den Szenen der ihm gewidmeten Säule drängt sich auf – nicht unter dem Aspekt der Denuntiation, sondern der *conditio humana*.

248 Gehörte er damit zu der Mindermeinung, von der fragm. Dosith. 1 (CGL III, 48 s.) spricht? Vgl. jetzt G. Flaminini, *Hermeneutica Pseudodositheana* Leiden, 2004 (non vidi).

249 vgl. damit die Zurückhaltung bei Arist. NE 1. 30. 1094b.

250 SZ 94, 1977, 1 ff. – Paulus verweist in fr. 43 sq. bei der Erörterung der Aufwendungen pauschal auf derartige Wertungen (*iniquum, iustum*).

rungsbedürftig (Beispiele: *aequitas, favor libertatis*). Gerade deshalb reizt es, das „Leben“, von dem der ungarische Autor spricht, hinter der einförmigen Fassade der juristischen Darstellung zu fassen. Dabei ist man gezwungen, etwas zu entziffern, was nach den Gesetzen der Gattung eher verschwiegen werden sollte. Allerdings bedarf es hierfür eines Instruments. So gehen wir von der Prämisse aus, daß Ulpian und Paulus sich der Konsequenzen (Vor- und Nachteile) ihrer Rechtsmeinungen für die Beteiligten bewußt waren. Demgegenüber werden wir nie erfahren, welches ihre „wahren“ Motive waren²⁵¹.

3. Wir erinnern uns: Arescusa war vom Käufer Sempronius, ihrem jetzigen Patron, freigelassen worden. Sie macht von dem kaiserlichen Privileg Gebrauch und wählt ihn als Patron ab; nach unserer Vermutung betrachtet sie sich als Freigelassene des Erben-Verkäufers. Damit wechselte sie nicht nur Namen und *familia*, sondern vor allem auch die Person dessen, von dem sie künftig abhängig sein wird.

Ulpian hatte dem benachteiligten Käufer die *a.empti* auf Rückzahlung des Kaufpreises verweigert. Dieser bleibt beim Erben-Verkäufer. War er zudem Patron des Käufers geworden, so ist er – trotz seinem immerhin leicht dubiosen Verhalten bei der Veräußerung – der Gewinner, der redliche Sempronius der Verlierer. Doch sollten wir nicht vergessen, daß sich Ulpian in seinem *responsum* anscheinend nicht über die Zuweisung des Patronats geäußert hatte²⁵². Wäre die Legatarin Seia Patronin der Arescusa geworden, so wäre die Balance zwischen Erben-Verkäufer und Käufer etwas weniger gestört.

Geht man hinüber zur Meinung des Paulus, so würde dieser in seinem Bestreben, den Käufer zu schützen, die *liberta* Arescusa in ein Dilemma stürzen, das Ulpian ihr ersparte. Wählt Arescusa den Erben-Verkäufer zum Patron, so fügt sie ihm zugleich einen Nachteil zu (Verlust des Kaufpreises). Bleibt sie beim Käufer, so entzieht sie ihm einen Vorteil (Rückerstattung des Kaufpreises), an dem ihm vielleicht mehr gelegen war als an den Patronatsrechten.

251 Unterstellt man eine Konkurrenzsituation zwischen Ulpian und Paulus, so darf man auch ein „agonales“ Motiv nicht ausschließen.

252 s. o. bei A.61.

Mit der Wahl zum Patron schädigt sie (potentiell) denjenigen, dem sie die Gabe des Patronats zuwendet. Als vom Patron Abhängige muß sie somit bedenken, wer von den beiden Geschädigten ihr weniger gram sein wird.

Will man das Spiel der Argumente fortsetzen, so könnte Paulus auf die Eigenverantwortlichkeit der Arescusa verweisen: Trennt sie sich von ihrem „normalen“ Patron, dem Freilasser Sempronius, so darf sie sich über die Konsequenzen ihres Tuns (*a.empti* gegen den Erben) nicht beklagen. Sempronius hätte mit dem ihm verbliebenen Patronat genau das erreicht, was er bei der Freilassung erreichen wollte. Noch weniger beklagen dürfte sich – im Falle der Rückforderung des Kaufpreises – der Erbe; hat er doch – *dolos* oder nicht – eine *quasi statu libera* verkauft.

Doch hat die Auffassung des Paulus weitere, nicht ausgesprochene Konsequenzen. Die *fideicommissaria* Seia scheidet als Patronin aus. Damit wird möglicherweise der Wille des Erblassers vernachlässigt. Wichtiger noch: Paulus setzt das häufiger erwähnte Prinzip aufs Spiel, das die kaiserliche Rechtssetzung zum Status des fideikommissarisch freizulassenden Sklaven beherrscht²⁵³: Wird er veräußert, so dürfen ihm weder aus der Person des (späteren) Freilassers noch in sonstiger Weise Nachteile erwachsen. Nicht nur die Ausschaltung der Seia als mögliche Patronin, sondern auch die (faktische) Einschränkung der Wahlfreiheit hinsichtlich Erben und Käufer dürften dieses Prinzip verletzen. Da Paulus zur Kritik am Kaiserrecht neigte²⁵⁴, könnte man weiterhin fragen, ob er versuchte, das Prinzip restringierend anzuwenden; es ist auffällig, daß in fr. 45.2 von ihm keine Rede ist.

Das Ergebnis ist eindeutig. Nach dem *responsum* Ulpian's (und der ihm folgenden richterlichen Entscheidung) waren Gewinner Arescusa und der Erbe-Verkäufer, alleiniger Verlierer der Käufer. Paulus ist der Auffassung, daß die Interessen des Käufers nicht vernachlässigt werden dürfen. Folglich werden dem Erben unbillige Vorteile genommen; doch auch Arescusa muß gewisse Nachteile in Kauf nehmen.

253 s. nochmals Ulp. D.40.5.24.21; Marcian 51.3 h.t.

254 s. o. A.211. Inwieweit die Einstellung Ulpian's und des Paulus zum Kaiserrecht divergierte, bedürfte besonderer Untersuchung.

Wenn auch unser Fall hierfür nur eine schmale Basis bereitstellt, so liegt es doch nahe, hinter den divergierenden Auffassungen Ulpian und des Paulus divergierende sozioethische Wertungen zu suchen.

4. T. Honoré hat die sozioethischen Standards Ulpian eingehend untersucht²⁵⁵. Die von ihm zusammengestellten Äußerungen gerade auch zum *favor libertatis* machen Ulpian die Arescusa begünstigende Entscheidung verständlich. Daraus folgt aber nicht, daß sie geeignet war, einen Eigentümer zur Freilassung zu motivieren. Der Käufer Sempronius wäre – wegen der dann fälligen Eviktionsgarantie – weit besser gestellt, hätte er Arescusa nicht freigelassen.

Demgegenüber scheinen einige Texte käuferfreundliche Tendenzen des Paulus zu bestätigen. Nur ein schwaches Indiz hierfür findet sich in Paul 12 quaest. D.40.13.4²⁵⁶. Es geht um den Freilassungsanspruch eines Sklaven, der von der ihm kraft Fideikommisses zustehenden Freiheit wußte und sich trotzdem veräußern ließ. Nach längerer Diskussion gibt Paulus eine negative Antwort; der Sklave ist der Hilfe des *praetor fideicommissarius* nicht würdig (... *quia indignus est auxilio praetoris fideicommissarii*). Zumindest im Ergebnis wird der Erwerber vor dem Verlust des Sklaven geschützt.

Auffällig ist allerdings der Widerspruch seiner Antwort zu CJ 7.18.1 (a. 239)²⁵⁷. Danach hätten *iuris auctores* das bloße Wissen des Sklaven für unschädlich gehalten; diesem sei nur dann die Freiheit zu verweigern, wenn er mit dem Veräußerer zusammenspieler, um am Kaufpreis zu partizipieren. Wenn man unterstellt, daß

255 Ulpian, 76 ff., 86 ff. (speziell zum *favor libertatis*); auf die dort verwertete Literatur darf pauschal verwiesen werden.

256 s. o. bei A.55.

257 CJ 7.18.1: Imp. Gordianus A. Proculo. *Dispar causa est eius, qui dissimulata condicione sua distrahi se passus est, et eius, qui pretium participatus est. nam superiori quidem non denegatur libertatis defensio, posteriori autem, et si civis Romanus sit et participatus est pretia, libertas denegatur. Eandemque et in eo distinctionem adhibendam, cui fideicommissaria libertas debetur, meritissimo iuris auctores responderunt.* – Eine D.40.13.4 und CJ 7.18.1 harmonisierende Interpretation versucht Schmidt-Ott, 106: Er unterstellt die Veräußerung *pretii participandi causa* auch in fr. 4. Angesichts der ausführlichen Erörterungen des Paulus dürfte dieser Weg kaum gangbar sein.

zwar nicht Paulus, aber Ulpian zu den anonymen *auctores* gehörte, so könnte man den Text als Beleg für die unterschiedliche Haltung der beiden Juristen zum *favor libertatis* interpretieren. Zudem träte die käuferfreundliche Haltung des Paulus deutlicher zutage.

Aufschlußreicher ist ein zweiter Vergleich. Die Kompilatoren hatten große Teile des 5. Buches von Ulpians *de fideicommissis* verwendet (D.40.5.24 sq.); der Ulpian-Text wird nur durch drei kurze Texte aus Paul. 3 fid. unterbrochen (fr. 25, 27, 29), mit deren Hilfe sie die Ausführungen Ulpians korrigierten oder ergänzten²⁵⁸. Das Fragment 25 folgt unmittelbar dem häufiger erwähnten Ulpian-Text fr. 24.21²⁵⁹; gestützt auf kaiserliche Konstitutionen gibt Ulpian dem vor der (fideikommissarisch geschuldeten) Freilassung veräußerten und danach vom Erwerber freigelassenen Sklaven die Wahl des Patrons frei (Erwerber (und Freilasser) oder Veräußerer (und fideikommissarisch Belasteter)). Demgegenüber versagte Paulus dem Sklaven – unter Berufung auf Aburnius Valens²⁶⁰ und unter Verschweigung der Konstitutionen – in einem Sonderfall das Wahlrecht:

Si heres qui vendidit servum sine successore decesserit, emptor autem extet et velit servus defuncti libertus esse, non emptoris, non esse eum audiendum Valens scripsit, ne emptor et pretium et libertum perdat.

Der fideikommissarisch belastete Erbe hatte den begünstigten Sklaven veräußert; er verstarb ohne Erben. Es steht außer Zweifel, daß er von dem Erwerber freizulassen ist; als Patrone kämen der Verstorbene („*libertus orcinus*“²⁶¹) oder der Erwerber in Betracht. Aburnius Valens verweigert dem Sklaven die Wahl des Verstorbenen zum Patron. Der Erwerber dürfe nicht beides verlieren: den Kaufpreis (wegen Fehlens eines Verpflichteten) und den Patronat.

258 zum Vorgehen der Kompilatoren s. Berger, RE X/1, 1917, 697 f.

259 Text in App. IV.

260 zu Valens vgl. Kunkel, Herkunft (A.27), 151 ff.; Liebs, Handbuch, 128 ff.; zu D.40.5.25 sq. s. Impallomeni, 75 f.; s. auch o. bei A.77 u. 145. – Wegen fr. 45.2 besteht kaum ein Zweifel daran, daß Paulus der Meinung des Valens gefolgt ist. Auf die Probleme des erbenlosen Nachlasses ist hier nicht einzugehen; s. Voci, DER II, 59.

261 zur Nachfolge in den Patronatsrechten s. Kaser, RPR I, 119, 299; zuletzt G. M. Olivieri, Labeo 50, 2004, 239 ff.; s. auch Ulp. 38 ad Sab. D.26.4.3.3 (dazu Waldstein, 163 A.16).

Da unsicher ist, wann die *libri 7 de fideicommissis* des Aburnius Valens entstanden sind, beschränken wir uns darauf, den Text von fr. 25 als Text des Paulus zu lesen. Wie in fr. 43 sq. bemüht sich Paulus darum, dem Erwerber entweder den Kaufpreis oder den Patronat zu sichern, wie dort kümmert er sich anscheinend nicht um die Konstitutionen, die dem *libertus* das Wahlrecht zugestanden hatten. Sowohl der Einschub von fr. 25 als auch das *responsum* Ulpian in fr. 43 läßt vermuten, daß die lange Ulpian-Katene keinen dem fr. 25 des Paulus entsprechenden Text enthielt, der den Käuferchutz dem Interesse des Freigelassenen vorzog.

Das bisher Ausgeführte erlaubt allerdings nicht den Schluß, daß Paulus dazu neigte, den Schutz der *manumissio fideicommissaria* generell einzuschränken. Hierzu zwei Beispiele. Die komplizierten Regeln der fideikommissarischen Freilassung (hier wohl aus dem *SC Rubrianum*) enthielten eine Lücke zuungunsten des begünstigten Sklaven, die Ulpian nach der Überlieferung nicht zu füllen wagte (D. 40.5.26.11)²⁶². Ähnlich wie im Arescusa-Fall war dem Legatar oder Fideikommissar durch Fideikommiß auferlegt worden, den vermachten Sklaven freizulassen. Doch ging der Anspruch des Vermächtnisnehmers (und damit auch die *manumissio fideicommissaria*) wegen Latitanz des Erben ins Leere. Ulpian hat dieses Ergebnis anscheinend akzeptiert – und den *favor libertatis* zurückgestellt. Demgegenüber empfiehlt Paulus, Abhilfe beim Kaiser zu suchen²⁶³. Über den Patronat schweigt der Text; doch bestand kaum ein Grund, ihn dem Legatar zu verweigern.

Eine noch deutlichere Sprache – versetzt mit emphatischen Wertungen (*humanius, aequitatis ratio*) – spricht Paul. 23 quaest. D.28.5.85 pr.²⁶⁴. Der Erbe schuldete einem Sklaven die fideikommissarische Freilassung. Paulus verneint unter Berufung auf die

262 arg. fr. 28 pr. h.t.; vgl. auch Impallomeni, 107 f.; Voci, DER II, 415 A.48. – Vergleichbar ist die Ablehnung der Korrektur einer „harten“ gesetzlichen Norm in Ulp. 4 de adult. D.40.9.12.1 sq.; s. Nörr, Rechtskritik, 105; Honoré, Ulpian, 97. Vgl. demgegenüber Pap. 1 de adult. D.48.3.2.1.

263 Paul. 3 fid. D. 40.5.27: *Itaque hoc casu princeps adeundus est, ut et in hoc casu libertati prospiciatur*. Vgl. auch CJ 7.4.17 (a. 530); dazu Schindler, 283 ff.

264 zu D. 28.5.85 vgl. Waldstein, operae, 198; zum *heres necessarius* Gai. inst. 2.152 sq.

Billigkeit die Frage, ob der Sklave statt dessen vom Erben freigelassen und zum *heres necessarius* eingesetzt werden dürfe; hätte dies doch zur Folge, daß der Sklave den Schimpf des Nachlaßkonkurses auf sich nehmen müßte²⁶⁵.

Es wäre voreilig, wenn man dem Paulus widersprüchliche Wertungen vorhielte. In D. 40.5.27 und in D. 28.5.85 pr. geht es nicht um den Ausgleich zwischen „legitimen“ Interessen. Der Sklave soll die ihm vom Erblasser fideikommissarisch ausgesetzte Freiheit erhalten; ein *heres latitans* oder ein überschuldeter Erbe darf das nicht verhindern. In den zuvor genannten Texten standen demgegenüber Interessen eines Käufers auf dem Spiel, die nach Auffassung des Paulus (aber nicht unbedingt nach Auffassung Ulpian) schutzbedürftig waren. In D. 40.13.4 konkurriert das Freiheitsbegehren des „schweigenden“ Sklaven mit dem Schutz des Käufers vor Arglist, in D.40.5.25 das Interesse des Sklaven, die Stellung eines *libertus orcinus* zu erhalten, mit dem Interesse des Käufers, nicht Kaufpreis und Patronat zugleich zu verlieren. Ähnliches gilt für den Arescusa-Fall, in dem mehrere Kandidaten für den Patronat miteinander konkurrierten; nach Paulus besteht die interessengerechte Lösung darin, daß der Käufer entweder den Kaufpreis (zurück-)erhält oder den Patronat behält.

5. In dem hier umschriebenen Rahmen besteht ein Gegensatz zwischen Ulpian (als Protektor der Freigelassenen Arescusa) und Paulus (als – potentieller – Protektor des Käufers Sempronius). Ob es nützlich wäre, in tiefere Schichten der möglichen Motive vorzudringen, ist zweifelhaft. Die Ablehnung der *a.empti* durch Ulpian, ihre Zulassung durch Paulus beruht auf einer unterschiedlichen Interpretation der *bona fides* – Klausel. Bei einer flüchtigen Durchsicht der einschlägigen Texte läßt sich zumindest eine fundamen-

265 Die „sklavenfreundliche“ Haltung des Paulus zeigt sich auch in seiner (dogmatische und sozialetische Motive kumulierenden) Polemik gegen Celsus; es geht (vereinfacht) um Rechtsgeschäfte, die mit dem Rückfall eines Freigelassenen in die Sklaverei spekulierten; s. Cels. D.32.79; Paul. D.18.1.34; 45.1.83.5; 46.3.98.8; dazu Inst. Iust. 3.19.2. Vgl. die Lit. bei Schmidt-Ott, 59 ff.; s. auch G. Grosso, *Obbligazioni*, 3. Auflage 1966, 78 ff.; P. Apathy, *IURA* 42, 1991 (1993), 1 ff.; A. Rodighiero, *Sul sinallagma genetico nell' emptio venditio classica*, 2004, 55 ff.

tale Differenz der beiden Juristen nicht belegen²⁶⁶. Sieht man von Nuancen ab, so dürfte Gleiches für die Verwendung des Wortfeldes von „*aequum*“ gelten²⁶⁷. Wenig fruchtbar wäre schließlich auch – zumindest was die grundsätzliche Akzeptanz der *manumissio fideicommissaria* angeht – die Frage nach einer unterschiedlichen Haltung beider Juristen zu Tradition und *ius novum*²⁶⁸: Das schließt nicht aus, daß Paulus einzelnen Regelungen kritischer gegenüberstand als Ulpian. So erklärt es sich auch, daß er anscheinend keine größeren Skrupel zu überwinden hatte, wenn er Konstitutionen außer Acht ließ.

In eine andere Richtung ginge die Frage, ob unterschiedliche „philosophische“ Zuordnungen tauglich wären, den Gegensatz von Ulpian und Paulus im Arescusa-Fall (und damit auch die unterschiedliche Anwendung der *bona fides*) verständlich zu machen. So könnte man versucht sein, die sklavenfreundliche Haltung Ulpians mit stoischen oder neupythagoreischen Neigungen zu verbinden²⁶⁹. Was Paulus angeht, so gibt es gute Indizien für die triviale These, daß er mit philosophischen Konzepten umzugehen verstand²⁷⁰. Doch zeigen Hypothesen über seine aristotelischen, stoischen, neupythagoreischen Neigungen²⁷¹ die Problematik prä-

266 vgl. die Texte bei Talamanca, FS Burdese IV, 173 ff., 191 ff., 212 ff. – Charakteristisch ist ihre identische Einstellung zum *circumvenire* des Vertragspartners (Ulp. – Pomp. D.4.4.16.4; Paul. D. 19.2.22.3; dazu A. Wacke, SZ 94, 1977, 184 ff.). Vgl. auch CJ 4.44.8 (a. 293); P. London I 113 p. 199 (6. Jhd.); dazu R. Taubenschlag, The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri, 2. Aufl. 1955, 330 f.; Kaser, RPR II, 389 A.36.

267 vgl. die Texte bei Honoré, Ulpian, 98 ff. (und den Quellenindex); A. Mantello, Il sogno (A.16), 37 ff. passim; anders wohl Mantello, 53 ff.; s. auch o. A.247.

268 Die häufig zitierten allgemeinen Aussagen beider Juristen (s. Ulp. D.1.4.2 (dazu o. A.38); Paul. D.1.3.36, 37 (s. nur Bretone, Diritto (A.223), 58 f.) lassen keine Unterschiede erkennen; doch verdanken sie ihr Gewicht vor allem der Isolierung durch die Kompilatoren. Zum Hintergrund s. Nörr, Zum Traditionalismus (A.38), 1119 ff.

269 s. nochmals Honoré, Ulpian, 76 ff.

270 s. nur D.1.1.11 (in Verbindung mit Paul. D.45.1.83.5; 18.1.34; fragm. Dosithe. 1 (dazu Nörr, SZ 117, 2000, 197 ff. (= Historiae III, 2301 ff.)); Arist. Rhet. I 14, 1375 a; Quint. inst. or. 2.17.14; 12.2.3; D.1.3.6; 5.1.28.5; 5.4.3; 13.6.17.3; PS 4.9.5. Vgl. die Lit. o. A.16.

271 Liebs, Handbuch, 175; pythagoreische Einflüsse vermutet Mantello (A.16), 56 ff.; doch dürfte es schwierig sein, Platonismus und Pythagoreismus zu

ziser Zuweisungen an eine der philosophischen Schulen. Überdies wäre zu prüfen, inwieweit sich diese in unserer Epoche noch um eine intensive Diskussion sozialetischer Probleme kümmerten²⁷².

All dies kann hier nicht vertieft werden. Wir begnügen uns mit einigen Faustregeln, die zumindest für die Jurisprudenz der Prinzipatszeit Geltung beanspruchen dürfen²⁷³: 1. Elementare philosophische Kenntnisse gehören zur Allgemeinbildung; sie werden spätestens im Rhetorik-Unterricht vermittelt²⁷⁴. – 2. Die römischen Juristen sind kraft Profession keine Philosophen, deren Denken und Handeln sich nach philosophischen *dogmata* oder *praecepta* zu richten hätte; letztere waren im übrigen nur ausnahmsweise unmittelbar in juristische Regeln übersetzbar²⁷⁵. Davon abgesehen: Hätten philosophische Sympathien ihre *responsa* determiniert, so hätten sie ihren Beruf verraten. Konkret: Selbst der Laienrichter Aulus Gellius (NA 14.2), vielleicht der typische Intellektuelle des 2. Jhds, sah nach manchen Irrwegen ein, daß die Philosophie ihm keine Entscheidungshilfe bieten kann²⁷⁶. Unter diesem Aspekt war es ein eleganter Ausweg, wenn Ulpian die Jurisprudenz zum Range der *vera philosophia* erhob. – 3. Juristen durften Eklektiker sein; soweit ihnen – selten genug – philosophische Theoreme Hilfe boten, hatten sie freie Wahl²⁷⁷. Wenn sie ihre Quelle nicht aus-

trennen. Unter diesem Aspekt könnte man die Mischung philosophischer Schulelemente als symptomatisch für eine Epoche ansehen, die sich dem (unitarischen) Neuplatonismus näherte.

272 Hinweise bei Nörr, SZ 106, 1989, 726 f.; SZ 107, 1990, 679.

273 vgl. Nörr, SZ 115, 1998, 668 ff., 674 f.; Ethik und Recht . . . (A.16), 2007 f.; s. im übrigen die Nachweise bei Schulz, Rechtsw., 84 ff., 155 ff.

274 Quint. inst. or. 1 praef. 10 sq.; 12.2; vgl. nochmals Paul. D.1.1.11 mit inst. or. 12.2.3. Zur philosophischen Bildung der Juristen s. nur Bretone, Geschichte, 230 ff.

275 Beispiel: Welchen Nutzen hätten Ulpian oder Paulus aus den stoischen Diskussionen über die Grenzen des „Egoismus“ ziehen können, über die Cic. de off. 3.50; 89 sq. berichtet? – Der „philosophierende“ Tryphonin-Text 9 disp. D.16.3.31 wirkt in seinem juristischen Umfeld fast wie ein Fremdkörper.

276 vgl. Nörr, L'esperienza . . . (A.228), 2149 ff.; s. auch Cic. de off. 3.68; Sen. de ira 2.28; Paul. D.50.17.144 pr.; Ulp. (?) D. 1.1.10.1 (dazu nur die Angaben bei Nörr, Ethik v. Jurisprudenz . . ., BIDR 75, 39 (o. A.226).

277 Ein charakteristisches Beispiel ist das Spiel, das Paulus (D.13.6.17.3) und Ulpian (D.43.26.2.2) mit dem Konzept des *beneficium* trieben; dazu einige Angaben

drücklich nannten²⁷⁸, so wird es nur in seltenen Fällen möglich sein, diese präzise zu bestimmen. Im übrigen konnten sie philosophische Elemente als Kenzeichen der Zugehörigkeit zur Bildungselite, der Loyalität gegenüber „Philosophen-Kaisern“, zu didaktischen Ermahnungen, schließlich auch als Zeichen der Sympathie für bestimmte philosophische Strömungen benutzen²⁷⁹. – 4. Unter dem hier interessierenden sozialemethischen Aspekt ist weder auszuschließen noch zu beweisen, daß die Einstellung einzelner Juristen durch philosophische Reflexionen und philosophische Lehrer geprägt war. Was aber die philosophische Schulen angeht, so mögen diese zwar weiterhin ihre prinzipiellen Differenzen kultiviert haben. Doch ist stets zu prüfen, ob sie nicht in der Regel – gerade wegen des Fehlens lebendiger Diskussion sozialemethischer Probleme – eher als nicht allzu autonome Vertreter der in der Elite herrschenden Denkweisen aufzufassen sind. Konkret: Man kann dem *favor libertatis* einen philosophischen Überbau aufsetzen (und seinen Einfluß dadurch vielleicht verstärken); letztlich ist er ein Bestandteil einer – durch stoische Prinzipien geförderten – römischen Tradition²⁸⁰.

Diese Regeln wären zu beachten, wenn man nach Hintergründen der gegensätzlichen Meinungen Ulpians und des Paulus sucht. Zwar geht es (auch) um ethische Fragen; doch wären philosophische Handbücher keine tauglichen Hilfsmittel gewesen. Wir erin-

bei Nörr, Ethik und Recht . . . (A.9), 1991 ff.; ders., Sulla specificità del mandato romano, SDHI 60, 1994 (1996), 384 A.55 (= Historiae III, 2138 A.55).

278 s. beispielsweise Paul. 17 ad Plaut. D.5.4.3 (1.3.6).

279 Aus der Spätzeit stammt das Bekenntnis eines Juristen zum Pythagoreismus (IK (Ephesus) 17. 2. 4328; R. Merkelbach, J. Stauber, Steinepigramme aus dem griechischen Osten I, 1998, 328).

280 Tryph. 4 disp. D.49.15.12.9: . . . *quod est iniquum et contra institutum a maioribus libertatis favorem*. Zum Text vgl. die Angaben bei M. F. Cursi, La struttura del «postliminium», 1996, 292f. passim; K. Fildhaut, Die libri disputationum des Claudius Tryphoninus, 2004, 191 ff. (mit m.E. überflüssigen Eingriffen in den Text, dem Regeln aufgezwungen werden, die nur aus (kaum begründbaren) Vorverständnissen begründet werden könnten). Zur Begünstigung der Freiheit in den XII Tafeln (II 1; VI 6; VII 12) s. nur Kaser/Hackl, RZP, 103; Kaser, RPR I, 114; zu den *vindiciae* vgl. die ausführliche (aber nicht stets überzeugende) Diskussion bei G. Franciosi, Il processo di libertà in diritto romano, 1961, 191 ff. – Zu Gortyn I 15 sq. s. zuletzt G.Thür, Dike 5, 2002, 101 f.; A. Maffi, ebda, 124. – Vgl. o. A.30.

nern uns: Das *responsum* Ulpian's begünstigte Arescusa und hinterließ den Käufer Sempronius als (schuldlosen) Verlierer. Die Meinung des Paulus vermied die Benachteiligung des Käufers und beeinträchtigte die Freiheit der Arescusa bei der Wahl ihres Patrons (ohne sie völlig auszuschließen).

Kehren wir nochmals zu Ulp. D.1.1.1.1 zurück: Wer von beiden war der wahre Philosoph, fähig das Gerechte (*aequum*) vom Ungerechten (*iniquum*) zu unterscheiden, wer der anmaßende Versager? Ist die Benachteiligung des Käufers durch Ulpian „gerecht“? Oder gilt das eher von der Auffassung des Paulus, der die „Gerechtigkeit“ für den Käufer mit einer „ungerechten“ Belastung der Freigelassenen erkaufte? Anders herum formuliert²⁸¹: Welche Entscheidung führt zu mehr Unrecht? Oder sollte man Ulpian daran erinnern, daß es Fälle gibt, in denen nach der Natur der Sache (*natura rerum*) auch die Weisen (*sapientes*) über das Gerechte streiten²⁸²?

Wir enthalten uns des Urteils und begnügen uns mit der Feststellung, daß im Argumentationsgeflecht der römischen Rechtsordnung beide Auffassungen „vertretbar“ waren. Auf der Suche nach einer in jeder Hinsicht gerechten Alternative stößt man an die Grenzen des historischen römischen Rechts und der Möglichkeiten der römischen Jurisprudenz²⁸³. Erforderlich wäre ein gleichsam revolutionärer Akt, die Abschaffung des Patronats zumindest im Bereich der fideikommissarischen Freilassung. Zwar wäre das Problem des *periculum pretii* noch offen geblieben; aber man hätte es diskutieren können, ohne auf die Interessen von Sklaven oder Freigelassenen Rücksicht nehmen zu müssen. Einen ersten Schritt tat vielleicht Hadrian (bei Ulp. 28 ad Sab. D.38.1.7.4)²⁸⁴, als er dem Patron des fideikommissarisch Freigelassenen das Recht auf die *operae* entzog; doch kommt als Motiv auch die Angleichung an die *manumissio testamento* in Betracht²⁸⁵. Weiter

281 s. H. Hofmann (A.234), 72 ff.

282 Quint. inst.or. 2.17.32.

283 zum Hintergrund vgl. nochmals Nörr, Traditionalismus (A.38), II, 1119 ff.; III, 2341.

284 vgl. o. A.41.

285 Hier ist Vieles unklar. Es geht nicht um die Frage, ob der Erblasser dem künftigen *libertus* (oder *statu liber*) testamentarisch die Leistung von *operae* auf-

wollte oder konnte man nicht gehen – vielleicht weil die gänzliche Abschaffung des Patronats nicht absehbare soziale Folgen (etwa für das *ius patronatus* schlechthin oder die Praxis der Freilassungen) gehabt hätte²⁸⁶.

Wie dem auch sei: Der ungarische Zivilrechtler hat recht. Ein Alltagsfall, wie er in D.19.1.43 sq. erörtert wird, läßt sich mit Hilfe des juristischen Handwerks bearbeiten. Seine Untiefen enthüllen sich erst dann, wenn man ihn einem sozialetischen Test unterzieht.

erlegen konnte (s. Waldstein, 112 ff.), sondern darum, ob sich der Erbe und Nachkomme von dem testamentarisch Freigelassenen *operae* versprechen lassen kann (s. auch o. A.261). Wird diese Frage verneint, so gehört das Reskript Hadrians zu den Maßnahmen, die der Angleichung der *manumissio fideicommissaria* an die *manumissio testamentaria* dienten (Pomp. D.40.4.40.1; Voci; DER II 432). Soweit ich es überblicke, gibt es nur einen Text (Paul. 3 fid. D.40.5.33 pr.; dazu Waldstein, 194; Masi Doria (A.14), 298 ff.), der – bestätigt durch den index des Dorotheos (H. IV 672; Scheltema B VII 2873) – ein solches Recht (hier des Sohnes des Erblassers) voraussetzt (vgl. die – nicht ganz eindeutigen – Worte: *etiamsi directam libertatem accepisset*). Zu erinnern ist an die Hypothese Waldsteins (s.auch 367), daß das *rescriptum* Hadrians nicht für den *filius* als *manumissor fideicommissarius* galt. Weitere Unsicherheiten erwachsen aus den Reformen Justinians und ihrem Verhältnis zur früheren Rechtslage (s. etwa CJ 6.4.4.27 und die Hinweise bei Kaser, RPR II, 140).

286 In gewissen Hinsichten wurden die Patronatsrechte in der Spätzeit noch verstärkt; s. Kaser, RPR II, 137 ff.

Appendices

I. Literaturverzeichnis

Verzeichnis der Literatur und der nicht üblichen Abkürzungen.

Allgemeine Literatur

- Arangio-Ruiz V. Arangio-Ruiz, La compravendita in diritto romano. 2 Bände (ristampa), 1961/3.
- Bretone, Geschichte M. Bretone, Geschichte des römischen Rechts, 1992.
- FS Burdese Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (in onore di A. Burdese). 4 Bände, 2003.
- Honoré, Ulpian T. Honoré, Ulpian, 2. Auflage, 2002.
- Impallomeni G. Impallomeni, Le manomissioni mortis causa, 1963.
- Kaser, RPR M. Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Auflage. I 1971; II 1975.
- Kaser/Hackl, RZP M. Kaser, K. Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, 1996.
- Lenel, EP O. Lenel, Das Edictum Perpetuum, 3. Auflage, 1927.
- Lenel, Paling. O. Lenel, Palingenesia iuris civilis. 2 Bände, 1889.
- Liebs, Handbuch D. Liebs, in (Hg. R. Herzog, P.L. Schmidt) Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV, 1997.
- Nörr, Rechtskritik D. Nörr, Rechtskritik in der römischen Antike, Abh. Bay.Ak. d. W. NF 77, 1974.
- Nörr, Historiae D. Nörr, Historiae iuris antiqui. 3 Bände, 2003.
- Nörr (2004) D. Nörr, Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht, SZ 121, 2004, 152ff.

- Rabel, Haftung E. Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht I, 1902.
- Schulz, Rechtsw. F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961.
- Talamanca, vendita M. Talamanca, vendita (diritto romano), ED 46, 1993, 303 ff.
- Tjäder II J.-O. Tjäder, Die nichtliterarischen lateinischen Papyri Italiens aus der Zeit 445–770 II, 1982.
- Voci, DER P. Voci, Il diritto ereditario romano, 2. Auflage, I, 1967, II, 1963.
- Waldstein, operae W. Waldstein, operae libertorum, 1986.
- Wenger, Quellen L. Wenger, Die Quellen des römischen Rechts, 1953
- Wieacker,
Röm. Rg. I F. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I, 1988.

Literaturauswahl zu D.19.1.43 sq

- Aus der neuesten Literatur sind vor allem heranzuziehen: Ankum (1993), Schmidt-Ott (1993), Ernst (1995), Weßel (2003); dort auch Diskussion älterer Literatur.
- M. Amaya Calero, La compravendita de los esclavos manumitidos ..., BIDR 90, 1987, 191 ff.
- H. Ankum, Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor ..., RIDA 3. S. 39, 1992, 64 ff.
- H. Ankum, Die manumissio fideicommissaria der Arescusa ..., in „Ars Boni et Aequi“ (FS W. Waldstein), 1993, 1 ff.
- A. Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, III 1, 1905, 126; III 2, 1908, 51.
- A. Bürge, Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht, 1979, 64 ff.
- J. Caimi, in (Hg. M. Bianchini u.a.), Materiali per un corpus iudiciorum, 2002, 25 ff.
- A. Calonge, Evicción, 1968, 57 f.
- C. A. Cannata, SZ, 1996, 608 ff. (Rezension FS W. Waldstein).
- J. Cuiacius, Ad Pauli Iurisconsulti XXVI Libros Quaestionum, Opera Omnia, Napoli 1772, V 1001 sq.

- U. Elsener, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, 2004, 171 f.
- W. Ernst, *Rechtsmängelhaftung*, 1995, 25 ff.
- H. Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicum*, 1969, 42 ff., 51 ff.
- R. Knütel, *Stipulatio poenae*, 1976, 337 ff.
- D. Liebs, *Römisches Recht*, 6. Auflage, 2004, 272 ff.
- D. Medicus, *Id quod interest*, 1962, 68 ff., 81 ff.
- D. Nörr, *Il contributo dei documenti ...*, in „*Atti XI Conv. Internaz. Dir. Rom. Copanello 2002*“, (im Druck) (z. T. überholt).
- M. Pennitz, *Das periculum rei venditae*, 2000, 468 ff.
- R. Röhle, *Julius Paulus. Gelehrte Untersuchungen einzelner Rechtsfragen*, 1975, 88 ff.
- K. H. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik*, 1966, 259 ff.
- J. Schmidt-Ott, *Pauli Quaestiones*, 1993, 77 ff.
- A. Sicari, *Leges venditionis*, 1996, 84 ff.
- S. Tafaro, *Buona fede ed equilibrio degli interessi ...*, FS Burdese III, 2003, 574 ff.
- L. Vacca, *Sulla responsabilità ex empto ...*, *Collatio iuris romani (Études H. Ankum) II*, 1995, 556 ff.
- H. Weßel, *Das Recht der Tablettes Albertini*, 2003, 195 ff.

II. Text und Paraphrase

Text (nach Mommsen/Krüger) und Paraphrase von D.19.1.43 sq.
(nach Sinneinheiten gegliedert).

fr. 43 idem (sc. Paulus) libro quinto quaestionum

- a) Titius cum decederet, Seiae Stichum Pamphilum Arescusam per fideicommissum reliquit eiusque fidei commisit, ut omnes ad libertatem post annum perduceret.
- b) cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset nec tamen heredem a sua petitione liberasset,
- c) heres eadem mancipia Sempronio vendidit nulla commemoratione fideicommissae libertatis facta:
- d) emptor cum pluribus annis mancipia supra scripta sibi servissent, Arescusam manumisit,
- e) et cum ceteri quoque servi cognita voluntate defuncti fideicommissam libertatem petissent et heredem ad praetorem perduxissent, iussu praetoris ab herede sunt manumissi.
- f) Arescusa quoque nolle se emptorem patronum habere responderat.
- g) cum emptor pretium a venditore empti iudicio Arescusae quoque nomine repeteret,
- h) lectum est responsum Domitii Ulpiani, quo continebatur Arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi.
- i) ego cum meminissem et Iulianum in ea sententia esse, ut existimaret post manumissionem quoque empti actionem durare, quaero, quae sententia vera est.
- j) illud etiam in ea cognitione nomine emptoris desiderabatur, ut sumptus, quos in unum ex his quem erudierat fecerat, ei restituerentur.
- k) idem (item Kr.) quaero, Arescusa, quae recusavit emptorem patronum habere, cuius sit liberta constituta? an possit vel le-

gatariam quae non liberavit vel heredem patronum habere?
nam ceteri duo ab herede manumissi sunt.

- l) respondi: semper probavi Iuliani sententiam putantis manumissione non amittitur eo modo.
- m) de sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci.
- n) plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa (veluti si ponas agitatore postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo venit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem,
fr. 44 Africanus libro octavo quaestionum
(cum et forte idem mediocrium facultatum sit; et non ultra duplum periculum subire eum oportet)
fr. 45 Paulus libro quinto quaestionum
idque et Iulianum agitare Africanus refert: quod iustum est:
- o) sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur.
fr. 45.1
- p) Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat.
- q) quod et in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat.
- r) quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem.
- s) in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.
fr. 45.2
- t) Superest tertia deliberatio, cuius debet esse libertas Arescusa, quae recusat emptorem. et non sine ratione dicitur eius debere effici libertam, a quo vendita est, id est heredis, quia et ipse ex empto actione tenetur: sed hoc ita est, si non elegerit emptoris

patronatum: tunc etenim et illius remanet liberta et ille ex empto actionem non habet, quia nihil eius interest, cum eam libertam habet.

fr. 43 Paulus im 5. Buch der quaestiones

- a) Titius starb und hinterließ der Seia fideikommissarisch die Sklaven Stichus, Pamphilus und Arescusa unter der fideikommissarischen Auflage, sie nach einem Jahr freizulassen.
- b) Seia wollte weder das Fideikommiß in Anspruch nehmen, noch befreite sie den Erben von ihrem Forderungsrecht.
- c) Der Erbe verkaufte die genannten Sklaven an Sempronius; die Auflage der Freilassung wurde dabei nicht erwähnt.
- d) Nach einigen Jahren ließ Sempronius die Arescusa frei.
- e) Die beiden anderen Sklaven erhielten jetzt Kenntnis von dem fideikommissarisch geäußerten Willen des Erblassers, sie freizulassen. Sie verlangten ihre Freiheit. Zu diesem Zweck führten sie den Erben vor den Prätor, der die Freilassung anordnete.
- f) Arescusa antwortete, daß sie ebenfalls den Käufer nicht als Patron wolle.
- g) Der Käufer verlangte von dem Erben-Verkäufer mittels der Kaufklage (auch) den Kaufpreis für Arescusa zurück.
- h) Es wurde ein *responsum* Ulpians verlesen. Wenn Arescusa nicht den Käufer als Patron wolle, so seien auf sie die kaiserlichen Konstitutionen anwendbar; der Käufer könne jedoch nach der Freilassung der Arescusa nichts vom Verkäufer verlangen.
- i) Der Fragesteller erinnert sich an eine Sentenz Julians, derzufolge die Kaufklage nach der Freilassung nicht ohne weiteres weg falle; er fragt, was richtig sei.
- j) Er trägt weiter vor, daß in dem Prozeß zwischen Erben und Käufer letzterer (vergeblich) auch den Ersatz der Aufwendungen verlangt hatte, die er für die Ausbildung eines der Sklaven gehabt hatte.
- k) Schließlich fragt er, wer nach Ablehnung des Patronats des Käufers Patron der Arescusa sein könne – die Vermächtnisnehmerin Seia (die die Sklaven nicht freigelassen hatte) oder der Erbe, der Patron der beiden anderen Sklaven geworden war.

- l) Paulus antwortete, er habe stets die Meinung Julians gebilligt, daß durch die Freilassung (sc. von Seiten des Käufers) nicht ohne weiteres die Kaufklage verloren werde.
- m) Was die Ausbildungskosten angehe, so genüge für sie die Kaufklage. Diese ginge nicht nur auf die Rückzahlung des Kaufpreises, sondern auf das gesamte Interesse des Käufers am Ausbleiben der Eviktion.
- n) Doch sei diese Lösung dann unbillig, wenn die Aufwendungen im Verhältnis zum Kaufpreis unvorhersehbar hoch sind. Beispiele: Ausbildung zum Wagenlenker oder zum Pantomimen.
fr. 44 Africanus im 8. Buch der *quaestiones*
Auch die eventuell bescheidenen Vermögensverhältnisse des Verkäufers seien zu berücksichtigen; überdies dürfe das Risiko des Verkäufers den doppelten Kaufpreis nicht übersteigen.
fr. 45 pr. Paulus im 5. Buch der *quaestiones*
Africanus berichtet, daß darüber auch Julian gehandelt habe.
- o) Paulus bestätigt die Billigkeit dieser Überlegungen und verweist darauf, daß bei der Berechnung des Interesses auch Verschlechterungen des Sklaven zu berücksichtigen seien.
fr. 45.1
- p) Einfacher sei die Situation in folgendem Fall: Hatte der Verkäufer ein fremdes Grundstück verkauft und der Käufer darauf ein Gebäude errichtet, so könne der Käufer bei Vindikation durch den Eigentümer diesen durch die Einrede der Arglist zwingen, die Aufwendungen für den Bau zu ersetzen. Daher sei es richtiger, das Risiko für die Aufwendungen insoweit nicht dem Verkäufer aufzuerlegen.
- q) Gleiches gelte auch beim Verkauf eines Sklaven – allerdings nicht bei einem erfolgreichen Freiheitsprozeß, sondern nur dann, wenn er vom Eigentümer vindiziert werde. Der Käufer müsse sich wegen des Lehrgeldes und anderer Aufwendungen an den Eigentümer halten.
- r) Besteht keine Vindikationslage, da der Käufer nicht im Besitz der (fremden) Sache ist, so könne er mit der Kaufklage gegen den Verkäufer vorgehen.
- s) Überall dort, wo der Käufer wissentlich eine fremde Sache veräußert, ist die Ersatzpflicht unbeschränkt.

fr. 45.2

- t) Zur dritten Frage nach dem Patronat über Arescusa nach Zurückweisung des Käufers meint Paulus, es sei vernünftig, sie als Freigelassene dem Erben-Verkäufer zuzuweisen, der mit der Kaufklage hafte. Habe sie dagegen den Patronat des Käufers gewählt, so bleibe sie dessen Freigelassene; wegen fehlenden Interesses stünde diesem dann die Kaufklage nicht zu.

III. Zum Text von D.19.1.43 sq. (und zur *auctoritas*)

Zweifellos sind in fr. 43 Textteile ausgefallen²⁸⁷. Auf einem mechanischen Fehler (*omissio ex homoioteleuto*) dürfte der Ausfall in der Antwort des Paulus auf die erste Frage beruhen: *semper probavi Iuliani sententiam putantis manumissione non amittitur eo modo*. Zu erwarten ist die Aussage, daß der Käufer durch die *manumissio* irgendein Recht verlor, ein anderes aber behielt. Eine mögliche Ergänzung könnte lauten²⁸⁸: ... *manumissione non amitti ex empto actionem, quamquam auctoritas amittitur eo modo*. Sie entspräche sowohl der Rechtslage als auch der Argumentation des Paulus. Es war allgemein anerkannt, daß der Käufer durch die Freilassung die Rechte aus der Eviktionsgarantie verlor; es war die Meinung Julians und des Paulus, daß in bestimmten Fällen die *a.empti* anwendbar blieb.

Was den Digestentext angeht, so trifft dieser Ergänzungsvorschlag allerdings auf ein schwer wiegendes Bedenken. Bekanntlich ist die *auctoritas* von den Kompilatoren aus den klassischen Texten getilgt worden; statt dessen findet man Ausdrücke wie *a.ex evictione, stipulatio de evictione* (u.ä.)²⁸⁹. So muß man nach Alternativen suchen. Wenn man nicht unterstellen will, daß die Kompilatoren selbst bei der Streichung von *auctoritas* versehentlich weitere Worte getilgt und damit Sinnloses produziert hatten²⁹⁰, so wäre beispielsweise an folgende Ergänzung zu denken: (*non*) *amitti empti actionem, etsi actio ex stipulatu propter evictionem (amittitur eo modo)*²⁹¹.

Dieser (oder ein ähnlicher) Wortlaut könnte auch im paulinischen Original gestanden haben. Trotz gewisser Unterschiede ließe

287 s. o. II/1.

288 so vorsichtig Lenel, Paling. I, 1197 A.1.

289 s. nur Lenel, EP, 542 ff.; Kaser, RPR II, 392; insoweit auch überzeugend Röhle, 90. Eine Ausnahme ist bekanntlich Venul. D.21.2.76 (s. u.).

290 Ein Beispiel hierfür findet sich in D.43.1.2.3 a.E.; s. Nörr, Minima zu D.43.1.2.3, FS J. Miquel (im Druck).

291 s. Krüger z. St.

sich hierfür ein Paulus-Text (11 ad Sab. D.21.1.47 pr.) anführen, in dem es ebenfalls um den Verlust der Eviktionsgarantie durch Freilassung geht²⁹²: *Si hominem emptum manumisisti, et redhibitoriam et quanti minoris denegandam tibi Labeo ait, sicut duplae actio periret: ergo et quod adversus dictum promissumve sit, actio peribit.*

Wie dem auch sei: Zwar ist der Sinn des Satzes einigermaßen verlässlich rekonstruierbar; doch gilt dies nicht für den Wortlaut²⁹³. Wie erwähnt, dürfte die Auslassung auf einem *homoioteleuton* beruhen. Ein solches Versehen konnte zu verschiedenen Zeiten passieren. Am ehesten wird man an das Schreiben (Diktieren) der Florentina denken: doch kommt auch ihre Vorlage (nach Mommsen: der Archetypus), ein Arbeitsexemplar der Kompilatoren oder (wenig plausibel) ein ihnen vorliegendes Exemplar der *quaestiones* in Betracht. Wieviele Zeilen oder Worte dabei übersprungen wurden, läßt sich allenfalls nach dem Kontext abschätzen, keinesfalls aber aus der üblichen Zahl der Buchstaben je Zeile in Text oder Vorlage berechnen²⁹⁴. Aber selbst wenn die Auslassung nicht auf ein *homoioteleuton* zurückzuführen wäre, dürfte man sich bei der Ergänzung nicht auf die Länge einer „Normalzeile“ verlassen. In den Digesten hat die Zeile durchschnittlich 34 Buchstaben; das schließt Zeilenlängen von 29 bis 37 nicht aus²⁹⁵. Selbst wenn man unterstellt, daß die Zeilenlängen einer möglichen Vorlage der Florentina von deren Norm nicht allzu sehr abwich, so ergeben sich doch Schwankungsbreiten von 30–43 Buchstaben²⁹⁶.

Unsicherheiten bleiben auch dann, wenn man Parallelstellen heranzieht. Bekanntlich läßt sich die von den Kompilatoren eliminierte *auctoritas* häufig aus dem Kontext wiedergewinnen²⁹⁷. Doch ergeben sich nicht selten Unsicherheiten daraus, daß die Diskus-

292 Nicht auszuschließen ist freilich, daß sich hinter der *duplae actio* die *a.de auctoritate* verbirgt.

293 vgl. die Liste der Rekonstruktionsversuche bei Röhle z. St.

294 vgl. J. Miquel, SZ 80, 1963, 244, 255; unrichtig Schmidt-Ott, 81 A.104.

295 vgl. P. Krüger, SZ 8, 1887, 76 ff., 83; W. Kaiser, SZ 118, 2001, 141 f.

296 Mommsen, praef. zur großen Digestenausgabe p. LV sq.; Miquel aaO, 244.

Vgl. zum Problem auch W. Kaiser, Die Epitome Iuliani, 2004, 403 ff.; Nörr, SZ 107, 1990, 357.

297 s. Lenel, EP, 542 ff.

sion über die *auctoritas* auf die Eviktionsstipulation übergreifen konnte²⁹⁸ (und *viceversa*²⁹⁹).

Ein allzu leicht übersehenes Problem tritt dann auf, wenn man (wie häufig) in den ursprünglichen Paulus-Text das Wort *auctoritas* einfügt. Es besteht die verständliche Neigung, überall dort, wo man die *auctoritas* findet (oder rekonstruieren kann), allein an die *actio de auctoritate* (einschließlich der *satisfactio secundum Mancipium*) zu denken. Doch sollte man mit der Möglichkeit rechnen, daß der Begriff – wie derjenige des *actor* – bisweilen die gesamte *causa evictionis* (Paul. 75 ad ed. D.45.1.85.5) abdeckt. So könnte sich etwa in dem bekannten (an den Wortlaut von fr. 43 erinnernden) Paulus (Sabinus)-Text 76 ad ed. D.21.2.9 die rekonstruierte Wortfolge „*auctoritatem amitti*“ sowohl auf die Haftung aus der *mancipatio* als auch auf die Eviktionsstipulation beziehen³⁰⁰. Ähnliches könnte für die erwähnte Venuleius-Stelle D.21.2.76 gelten, in der die Kompilatoren das (wiederum für uns einschlägige) *amitti auctoritatem* auf den Verlust der Eviktionsstipulation bezogen (oder aber auch nur einschränkten): *Si alienam rem mihi tradideris et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, id est actionem pro evictione, placet.*

Sucht man nach positiven Zeugnissen für *auctoritas* als Eviktionshaftung schlechthin, so trifft man auf PS 2.17.1–3³⁰¹ und Pap. 3 resp. FV 10³⁰². Nach dem hier unterstellten Verständnis von PS

298 vgl. nur Lenel, Paling. II, 880 n.3. – Mögliche Beispiele: Ulp.D. 81 ad ed. D.21.2.52; Iul. 57 dig. D.21.2.39.1 u. 3 (Lenel, EP, 545).

299 vgl. etwa Venul. 6 stip. (!) D.45.1.139 (dazu Rabel, Haftung, 119 ff.; Calonge, 52 A.130); Venul. 17 stip. D.21.2.76.

300 D.21.2.9: *Si venderis servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait amissam actionem pro evictione (sc.auctoritatem), quoniam servus non potest evinci: sed in ex empto actione decurrendum est.* – S. auch D.21.1.47 pr. a.E. (Text o. bei A.289).

301 PS 2.19.1 nach Liebs, SZ 113, 1996, 158.

302 Diese Texte wären für unsere Zwecke unbrauchbar, wenn man der geistvollen Hypothese Ankums (Alla ricerca della repromissio . . . Accademia Romanistica Costantiniana Atti III, 1981, 762 ff.) folgte und sie auf die *satisfactio (repromissio) secundum Mancipium* bezöge. Da eine ausführliche Diskussion hier nicht am Platz ist, seien nur zwei Bedenken genannt. Die Texte lassen sich mit der Hypothese Ankums vereinbaren; einen direkten Beweis liefern sie m.E. nicht. Im übrigen: Die Adressaten des (schlichten) Sentenzen-Textes

2.17.1–3³⁰³ enthält der erste Satz eine allgemeine Aussage über die *actoritas* i.S. der Eviktionshaftung: keine Haftung ohne Kaufpreiszahlung. In S. 2 und 3 geht es dann um die zwei Arten der *actoritas*: (Fiktion der) *stipulatio pro evictione* und *a.de actoritate*. Demgegenüber wäre der Ausdruck *stipulatio actoritatis* in FV 10³⁰⁴ als (plastische) Alternative für *stipulatio evictionis* aufzufassen.

Welche Folgen haben unsere Überlegungen zur Ausfüllung der Lücke in fr. 43 für die von uns vorgelegte Interpretation des Textes³⁰⁵? Unproblematisch wäre die Ausfüllung der Lücke durch die Eviktionsstipulation³⁰⁶ oder durch die *actoritas* i.S. der Eviktionshaftung schlechthin. Hätte der ursprüngliche Text dagegen von der *a.de actoritate* gesprochen, so müßte einzelne Einzelheiten unserer Argumentation (etwa zum *sufficere* oder zur Urkundenpraxis) revidiert werden; doch blieben die meisten Elemente davon unberührt.

Hinsichtlich der zweiten Textlücke dürfen wir uns kürzer fassen; wesentliche Gesichtspunkte wurden bereits erörtert³⁰⁷. Die Worte: *de sumptibus vero ... videndum est ...* lassen erwarten, daß eine Diskussion beginnt; dagegen gibt der überlieferte Text sofort das Er-

(der heute gern in das Ende des 3. Jhds gesetzt wird) haben PS 2.17.1 kaum im Sinne der altertümlichen *satisfatio secundum mancipium* verstehen können. – Zur Textgeschichte vgl. nur D. Liebs, SZ 112, 1995, 151 ff.; ders., Römische Jurisprudenz in Afrika, 2. Auflage, 2005, 41 ff.; zu PS 2.17.1–3 zuletzt (und mit bedenklichen Konsequenzen) F. J. Casinos Mora, Labeo 48, 2002, 113 ff.; s. auch Nörr (2004), 153.

303 PS 2.17.1–3: (1) *Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto actoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari.* (2) *Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset.* (3) *Res empta mancipatione et traditione perfecta si evincatur, actoritatis venditor duplo tenus obligatur.*

304 FV 10: *Iniquam sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit neque stipulationem actoritatis committere.* – Vgl. zu diesem Text etwa G. Klingenberg, Coll. Iuris Romani (Études H. Ankum) I, 1995, 182 ff. (dazu É. Jakab, SZ 115, 1998, 651).

305 vgl. nur o. VII und u. App. VI.

306 s. nochmals Paul. D. 21.1.47 pr (o.bei A.292). – Beim Ersatz der Aufwendungen hat Paulus stets die Eviktion im allgemeinen, nicht nur die Freilassung im Auge.

307 o. VII; vgl. aber auch App. VI.

gebnis: *nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo*. Offensichtlich machten die Kompilatoren von ihrer Befugnis Gebrauch, uninteressant gewordene Textstücke zu streichen. Nach unserem Verständnis nimmt das *iudicium empti* Bezug auf die Kaufklage, die Julian im Falle der Freilassung des fremden Sklaven durch den Käufer zugelassen hatte. In dieser *sententia Iuliani* war anscheinend nicht vom Ersatz der Aufwendungen die Rede gewesen. Hier setzte die Diskussion des Paulus ein; dabei griff der Jurist (irgendwie) wieder auf Julian zurück (fr. 45 pr.). Aus dem Wort *sufficere* hatten wir entnommen, daß er auch eine andere Klage – nach unserer Auffassung die *a.ex stipulatu* – in Betracht gezogen hatte.

Auf eine dritte Lücke könnte man aus dem unklaren *idque* am Beginn von fr. 45 pr. schließen³⁰⁸. Am Ende von fr. 43 ging es um die übermäßigen Aufwendungen. Dann hatten die Kompilatoren ein Afrikan-Fragment (D.19.1.44) zu diesem Thema eingeschoben, um dann wieder – unmittelbar oder mittelbar – mit dem mit *idque* beginnenden Paulus-Text fortzufahren. Das *idque* paßt in den von den Kompilatoren hergestellten Text; Julian hätte sich demzufolge an der Diskussion über die übermäßigen Aufwendungen beteiligt. Es würde aber auch dann passen, wenn man die Ausführungen über die übermäßigen Aufwendungen (fr. 43 a.E.) für einen Einschub hielte; dann bezöge sich der Beitrag Julians allein auf die „einfachen“ Aufwendungen. Möglicherweise hatten die Kompilatoren auch an dieser Stelle Argumente gestrichen, in denen Paulus auf Äußerungen Julians eingegangen war³⁰⁹.

Im übrigen ist es zwar abstrakt plausibel, daß die Fragmente D.19.1.43 sq. die Jahrhunderte von ihrer Entstehung bis zur Kompilation (und diese eingeschlossen) nicht unbeschädigt überstanden haben. Doch fehlen konkrete Indizien von ausreichender Überzeugungskraft. Das gilt vor allem auch für die (heftig angegriffene) zweite Hälfte von fr. 45.2 (*sed hoc ita . . .*). Paulus versuchte nachzuweisen, daß nur der Erbe-Verkäufer und der Käufer Sempronius – keinesfalls aber die *fideicommissaria* Seia – als Patrone in Betracht

308 s. nur Honsell, 51 ff.; Knütel, 339 f.; Schmidt-Ott, 81 f.

309 Insoweit richtig Tafaro, FS Burdese III, 579 ff.; zu Afrikan s. etwa T. Honoré, SZ 80, 1963, 363 f.

kommen³¹⁰. Unter diesem Aspekt waren die verdeutlichenden Ausführungen zur Rechtstellung des Käufers durchaus sinnvoll.

310 s. o. VIII.

IV. Ulp. 5 fid. D.40.5.24.21: Wiederherstellung und Interpretation.

Der lange Ulpian-Text ist zentral für das Verständnis von fr. 43 sq. (vor allem für den Inhalt der *sacrae constitutiones*, auf die das *responsum* Ulpians verweist)³¹¹. Darüber hinaus demonstriert er eindeutig den Vorrang der *voluntas* des Erblassers vor dem *favor libertatis*.

D.40.5.24.21: *Quotiens autem fideicommissaria libertas relinquitur efficaciter, in ea causa est, ut neque alienatione neque usucapione extinguí potest: ad quemcumque enim pervenerit is servus, cui fideicommissa libertas relicta est, cogi eum manumittere: et ita est saepissime constitutum. cogetur igitur is, ad quem servus pervenerit, fideicommissam libertatem praestare, si hoc maluit is, qui rogatus est: latius enim acceptum est, ut et si sub condicione fuit ei libertas relicta et pendente condicione alienatus sit, attamen cum sua causa alienetur. quod si nolit ab eo manumitti, sed potius ab eo velit ad libertatem perduci, qui erat rogatus eum manumittere, audiri eum oportere divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt. quin immo et si iam manumissus est, velit tamen potius eius libertus fieri, qui erat rogatus eum manumittere, audiendum eum divus Pius rescripsit. sed et si ex persona manumissoris vel ex quacumque causa manumissus ostendere potest ius suum laedi manumissione vel etiam laesum, succurri ei ex constitutionibus oportet, ne contra voluntatem defuncti durior eius condicio constitutatur. plane si ea sit defuncti voluntas, ut vel a quocumque manumitti voluerit, dicendum est constitutiones supra scriptas cessare.*

Der Text enthält eine Korruptel, die auf einem Schreiberversehen beruhen dürfte (vgl. den Satz: *cogetur igitur is – qui rogatus est*). Man würde erwarten, daß hier von dem Recht des Sklaven die Rede ist, Freilasser (und Patron) zu wählen; nach dem überlieferten Wortlaut käme man zu einem (absurden) Wahlrecht des Belasteten. Man versuchte bisher, den Text durch Streichung der Worte *si hoc maluit is qui rogatus est* zu retten³¹²; ungeklärt blieb,

311 vgl. nur Impallomeni, 69 ff.; Voci DER II, 423 f.; weit. Lit. im Itp-Ind.

312 vgl. die Anmerkungen in den Digestenausgaben Mommsens, Mommsen/Krügers und in der Mailänder Digestenausgabe.

wie sie in den Text geraten konnten. Den richtigen Weg weist m.E. die (paraphrasierende) Digestenübersetzung des Dorotheus³¹³; der *index* von fr. 24.21 ist gut überliefert³¹⁴. Der Einfachheit halber begnüge ich mich mit der Wiedergabe der einwandfreien Übersetzung der entsprechenden Passage in der Ausgabe von Heimbach:

Et vel ipse, qui eum emit et qui usucepit, ei libertatem imponit, si servo eum patronum habere et ab eo manumitti placuerit: vel ille eum manumittit, a quo libertas relicta est.

Der Dorotheus-Text entspricht den Erwartungen; der Sklave kann zwischen dem Erwerber und dem Belasteten wählen. Da der *index* des Dorotheus keine Wort für Wort – Übersetzung darstellt, ist eine sichere Korrektur des Digestentextes schwierig. Der folgende Vorschlag käme mit der Einsetzung von zwei Worten aus: ... *si hoc maluerit < servus, aut > is qui rogatus est*³¹⁵. Nur beiläufig sei bemerkt, daß der mit den Worten „*quod si nolit . . .*“ beginnende Satz keine Wiederholung des bereits Gesagten darstellt; er bezieht sich auf den Spezialfall des bedingt freigelassenen Sklaven.

Zur Erleichterung des Verständnisses von fr. 24.21 folgt eine Übersicht über den Inhalt: 1. Kein Verlust des Anspruchs aus der *libertas fideicommissa* durch Veräußerung oder Ersitzung; wer auch immer den Sklaven innehat, wird nach Kaiserrecht gezwungen, ihn freizulassen. – 2. Recht des Freigelassenen, den Patron zu wählen. – 3. Fall des bedingt freigelassenen Sklaven mit entsprechendem Wahlrecht (Reskripte Hadrians und des Antoninus Pius; in fr. 43 sq.: Stichus und Pamphilus). – 4. Recht eines vom Erwerber freigelassenen Sklaven, den Belasteten als Patron zu wählen (Antoninus Pius; ähnlich die Situation der *Arescusa*). – 5. Generalklausel zugunsten des bedachten Sklaven und des Willens des Erblassers³¹⁶. – 6. Vorrang des Willens des Erblassers vor Wünschen des Sklaven.

313 zum *index* des Dorotheus s. etwa Wenger, Quellen, 686; F. Brandsma, Dorotheus and his Digest translation, 1996 (dazu L. Burgmann, SZ 115, 1998, 628 ff.; E. Karabélias, RHD 77, 1999, 442 f.).

314 Heimbach IV 664; Scheltema B VII 2865.

315 Offensichtlich enthält der so rekonstruierte Text (ohne das Komma) eine gewisse Zweideutigkeit; sie könnte die Textkorruptel erklären.

316 Beispiele in Ulp. fr. 26 h.t.; vgl. auch o. bei A.73.

Die in fr. 24.21 genannten Normen regeln unmittelbar nur die (potentielle) Wahl der Arescusa zwischen dem Erwerber (Sempronius) und der Belasteten (Seia). Doch galt die Substitution des Bedachten durch den Erben möglicherweise als selbstverständlich. Andernfalls könnte die Generalklausel von fr. 24.21 a.E. eingreifen³¹⁷.

317 s. nochmals Pomp. 7 ad Sab. D.40.4.11 pr. (o.A.202). – Zu überprüfen wären die Texte bei Voci, DER II, 423 A.84.

V. Paul 5 ad Sab. D. 21.2.26:
Widerspruch zu D. 19.1.43 sq.?

1. Paulus hatte seine Antwort auf die erste Frage (*a.empti* nach Freilassung?) mit den Worten begonnen: *semper probavi Iuliani sententiam*; dieser hatte die *a.empti* zugelassen, ohne zwischen dem wissenden und nicht wissenden Verkäufer zu unterscheiden³¹⁸. Das „*semper*“ wird durch den überlieferten Text von Paul. 5 ad Sab. D. 21.2.26 in Frage gestellt³¹⁹.

Im Zusammenhang der justinianischen Kompilation läßt sich fr. 26 nur mit Hilfe des vorangehenden Ulpian-Fragments (29 ad Sab. D.21.2.25) interpretieren. Will man dagegen den klassischen Paulus-Text zu verstehen suchen, so müssen beide Texte wieder getrennt werden; dabei ist voranzuschicken, daß die Kürze von fr. 26 und sein fehlender Kontext möglicherweise unaufhebbare Grenzen des Verständnisses zur Folge hat³²⁰.

Ulp. fr. 25: *Si servum, cuius nomine duplam stipulatus sis, manumiseris, nihil ex stipulatione consequi possis, quia non evincitur, quo minus habere tibi liceat, quem ipse ante voluntate tua perdidit.*

Paul. fr. 26: *Sed hoc nomine, quod libertum quis non habeat, ex vendito³²¹ actionem habet, si scierit venditor alienum se vendere. sed et si ex*

318 s. o. VI.

319 Zur Chronologie der *libri ad Sabinum* und der *quaestiones* des Paulus s. Liebs, Handbuch, 152, 172.

320 vgl. zu fr. 26 nur Medicus, 66 ff.; Ernst, 25 f., der den möglichen Widerspruch zu fr. 43 sq. bemerkt, dessen Interpretation aber im übrigen der Überprüfung bedürfte. Das betrifft etwa das bonitarische Eigentum, die *lex Iunia*, die *iteratio*. Als Einheit werden fr. 25 und 26 – legitim – von Tip. Bas. 19.11.24 sq., behandelt, als Quasi-Einheit – weniger legitim – von Ernst l. c. In dem nur fragmentarisch erhaltenen (Steph.-)Scholion *hoion* (a. E.) zu D.17.1.54.1 (Heimbach II 134 f.; Scheltema BS II 788) wird Ulpian statt Paulus als Autor von fr. 26 genannt.

321 richtig: *ex empto*; s. auch Pap. 66.2. h. t. Diese Lesung wird durch Tip. Bas. 19.11.24, 25 und durch das eben (A.320) erwähnte Stephanos-Scholion be-

causa fideicommissi emptor coactus fuerit eum manumittere, ex empto actionem habeat.

Der Ulpian-Text erinnert an das *responsum* Ulpian's in fr. 43. Ausdrücklich (und der herrschenden Meinung folgend)³²² verweigert er dem Käufer, der den (fremden) Sklaven freigelassen hatte, den Schutz der Eviktionsgarantie; der Erwerber hatte willentlich das *habere licere* aufgegeben. Im Gegensatz zu fr. 43 wird im überlieferten Text von fr. 25 die *a.empti* nicht genannt (und wohl implizit oder in einem verlorenen Satz verneint). Der Fall des dolosen Verkäufers wird von Ulpian anscheinend nicht erwähnt. Ob er ihn anders entschieden hätte als Paulus in fr. 26, ist noch zu prüfen³²³. Jedenfalls dürften die Kompilatoren die *a.empti* gegen den *venditor sciens* erst im Paulus-Text fr. 26 gefunden haben³²⁴. Vermutlich gingen auch dem überlieferten Paulus-Text ursprünglich Ausführungen über den Verlust der Eviktionsgarantie durch Freilassung voraus. Insoweit bestanden keine Differenzen zwischen Ulpian und Paulus.

Paulus erörtert – insoweit vergleichbar mit fr. 43 – die Frage, ob dem Käufer nach der von ihm vollzogenen Freilassung die *a.empti* (auf Rückgabe des Kaufpreises?) zustand. Sie wird von ihm – wie in fr. 43 – bejaht – allerdings (zumindest teilweise) unter anderen Voraussetzungen. Er trägt zwei Tatbestände vor: Die *a.empti* steht dem Erwerber wegen des Verlustes der Patronatsrechte zu, falls der Verkäufer wissentlich einen fremden Sklaven verkauft hatte³²⁵. – Sie steht ihm (NB trotz Erhalt des Patronats) auch dann zu, wenn er, der Käufer, (sc. vom Prätor) gezwungen worden war, an dem kraft *fideicommissum* freizulassenden Sklaven die *manumissio vindicta* durchzuführen. Vom Wissen des Verkäufers ist hier keine Rede. Dafür könnte man verschiedene Gründe anführen: Die

stätigt. Die von Ernst (25 A.98) übernommene Interpretation Huschkes läßt sich somit nicht halten.

322 s. o. A.70 u. 71.

323 vgl. u. bei A.328.

324 vgl. zu ihrer Methode nochmals Berger, RE X/1, 697 f.

325 Tip. Bas. 19.1.25 sq. unterdrückt – aus welchen Gründen auch immer – die Voraussetzung des „Wissens“. Im erwähnten (A.320) Stephanos-Scholion wird sie unter Bezugnahme auf unseren, freilich dem Ulpian zugeschriebenen Text ausdrücklich erwähnt.

„Wissensklausel“ aus dem ersten Tatbestand bezog sich auch auf diesen Fall. – Das Wissen des mit dem Fideikommiß belasteten Verkäufers konnte unterstellt werden³²⁶. – Auf das Wissen des Verkäufers kam es nicht an.

Bevor wir auf die Inkongruenzen zwischen fr. 43 sq. und fr. 26 eingehen, sei festgestellt, daß sie nicht durch die Zuweisung des Textes an Sabinus ausgeräumt werden können. Dem widerspricht nicht nur der Duktus der beiden Sätze, sondern auch die (plausible) Hypothese, daß die Auffassung des Sabinus eher derjenigen Ulpian glich³²⁷. Im übrigen können wir im folgenden die Probleme nur bezeichnen, nicht aber lösen.

2. Setzen wir vereinfachend *scientia* und *dolus* gleich, so enthält der erste Tatbestand von fr. 26, was die Haftungsgrundlage angeht, fast eine Trivialität; zumindest in der uns interessierenden Epoche dürfte die Haftung des dolosen Verkäufers unstrittig gewesen sein³²⁸. Somit müßte sich der Gegensatz zwischen Ulpian und Paulus auf den Haftungsumfang (Ersatz für die verlorenen Patronatsrechte?) bezogen haben. Im Ergebnis entspricht das der Situation in fr. 43 sq.; doch tritt neben den Gegensatz zwischen Ulpian und Paulus möglicherweise ein Widerspruch in der Person des Paulus (Problem der *scientia venditoris*). Ist unsere Rekonstruktion der ersten Frage und Antwort in fr. 43 richtig, so schützten Julian³²⁹ und ihm folgend Paulus den Käufer und Freilasser des fremden Sklaven – gleichgültig, ob der Verkäufer dolos gehandelt hatte oder nicht. Wie man diese Rekonstruktion auch im übrigen beurteilen mag, jedenfalls ist von *dolus* und *scientia* in fr. 43 sq. nur insofern die Rede, daß es bei einem *venditor sciens* hinsichtlich der

326 s. o. V/3.

327 arg. Paul. (Sabinus) 76 ad ed. D.21.2.9 (Text o. A.297). Vgl. dazu (interpolationenkritisch) Ernst, 65 ff. Der Text könnte radikal gekürzt sein. Doch scheint es mir keine ausreichende Gründe zu geben, dem Paulus die „Korrektur“ des Sabinus abzuspochen.

328 s. o. VI; Nörr (2004), 173 ff.; zu Ulpian s. nur D.19.1.11.18. Nicht auszuschließen ist, daß Ulpian die *a.empti* selbst bei *dolus* des Verkäufers dann verneinte, wenn sie die Freiheit des *libertus* bei der Wahl des Patrons zu beeinträchtigen drohte; s. o. XII/3.

329 Weitere Julian-Texte lassen erkennen, daß die *a.empti* in vergleichbaren Fällen nicht vom Wissen des Verkäufers abhängt (D.19.1.29; 21.2.8; 30.84.5); nicht vergleichbar ist D. 19.1.30.1. Zu Ulp. D.19.1.13.9 s. nur Honsell, 47 f.

Ersatzpflicht keinerlei Probleme gab (fr. 45.1 a.E.). Wie ausführlich begründet³³⁰, gibt es keine ausreichenden Indizien dafür, daß der Fragesteller *ego* und Paulus (oder gar Julian) implizit die Arglist des Verkäufers voraussetzten.

Fast noch problematischer ist der zweite von fr. 26 erfaßte Tatbestand (*manumissio fideicommissaria* und Veräußerung); das betrifft vor allem die dritte Frage (fr. 45.2). Wir hatten festgestellt³³¹, daß Paulus an sich bestrebt ist, die Kumulation von Kaufpreis und Patronat in einer Hand zu vermeiden³³². Der Patronat steht bekanntlich grundätzlich dem Freilasser zu. Wird ein Sklave (wie in fr. 43) vom Verkäufer-Erben freigelassenen, so wird er Patron, wenn vom Käufer, letzterer. Zu beachten ist, daß in fr. 26 – im Gegensatz zu fr. 43 sq. – nur vom Käufer die Rede ist als demjenigen, der – gemäß den Konstitutionen – gezwungen werden kann, den Sklaven freizulassen; daß dem Sklaven Alternativen offenstanden, wird nicht erwähnt³³³.

Somit wird der Käufer nach fr. 26 Patron. Folgt man der in fr. 45.2 formulierten Regel, so ist er – entgegen fr. 26 – nicht berechtigt, die *a.empti* mit dem Ziel der Rückzahlung des Kaufpreises geltend zu machen. Offensichtlich paßt auch die Begründung der *a.empti* im ersten Tatbestand von fr. 26 (Verlust des Patronats) nicht auf den Fall der Freilassung durch den Käufer. Unterstellt man weiterhin, daß die *scientia venditoris* sich nur auf den ersten Sachverhalt (Verkauf eines fremden Sklaven) bezog, so läge es nahe, den zweiten Satz als besonderen Paragraphen zu konzipieren.

Wir brechen die Diskussion an dieser Stelle ab. Offen bleibt, ob die Dissonanzen zwischen fr. 43 sq. und fr. 26 auf Verkürzungen des Textes, auf der Verschiedenheit der Literaturgattungen (Quaestionenwerk v. Ediktskommentar), auf wechselnden An-

330 s. nochmals o. V.

331 s. o. VIII.

332 vgl. außer fr. 45.2 auch Paul. 19 ad ed. D. 11.3.14.9 (zur *a.de seruo corrupto*) und (im Gegenschluß) Paul. 3 fid. D.40.5.25.

333 vgl. nochmals Ulp. D.40.5.24. 21 (dazu App. IV). – Hätte der Sklave, von dem fr. 26 2. Satz handelt, nicht seinen Eigentümer (den Käufer), sondern den mit dem Fideikommiß Beschwerzten zur Freilassung „gezwungen“, so hätte ersterer die Eviktionsgarantie geltend machen können; letzterer wäre Patron geworden.

sichten des Paulus³³⁴ oder – als nur scheinbar – auf der falschen Perspektive des modernen Interpreten beruhen.

334 Ähnliche Fragen drängen sich auch beim Problem der Ausbildungskosten auf; s. u. App. VII.

VI.a.empti und (oder) a.ex stipulatu?

In D. 19.1.43 sq. wird über die Anwendung der *a.empti* diskutiert. Die von „ego“ vorgetragene Zweifel waren zumindest nach der Argumentation des Paulus nur mit ihrer Hilfe zu lösen. Im Falle der *Arescusa* hatte keine Eviktion stattgefunden, im Falle von *Stichus* und *Pamphilus* ging es nicht (mehr) um *simplum* oder *duplum*, sondern um die Aufwendungen. „Ego“ sagt nichts darüber, wie in dem zuletzt genannten Fall der Käufer *Sempronius* die Eviktionsgarantie (Verlust des *habere licere* auf Grund der (erzwungenen) Freilassung durch den Verkäufer-Erben) zu realisieren suchte. Das ist ein Zeichen dafür, daß es ihm (und anscheinend auch dem Paulus) hierauf nicht ankam.

Wir haben das Schweigen im Sachverhalt dahingehend interpretiert, daß der stadtrömische Normalfall: Eviktionsstipulation auf das *duplum* vorlag; über ihn brauchte man keine Worte zu verlieren³³⁵. Ob *Sempronius* mit der *a.ex stipulatu* vorgegangen war oder ob die Parteien sich wegen der insoweit eindeutigen Rechtslage außergerichtlich geeinigt hatten, ist unbekannt. Nur beiläufig sei darauf hingewiesen, daß man bei der *mancipatio* der drei Sklaven – trotz möglicher Unterschiede zwischen *a.de auctoritate* und *a.empti*³³⁶ – auf die Stipulation hätte verzichten können³³⁷. Doch spricht das (freilich spärliche) Urkundenmaterial ebenso wie die Musterformel der Stipulation im Edikt der *Ädilen*³³⁸ eher für die Normalität der Stipulation auch in diesem Falle³³⁹. Im übrigen war

335 s. o. III/4. – Vgl. etwa Ulp. D.21.1.31.20; D.21.2.37; Pomp. D.45.1.5 pr. a. E.

336 s. H. Ankum, *Problemi concernenti l'evizione . . .*, in (Hg. L. Vacca) *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica II*, 1991, 609 ff.; weitere Angaben bei Talamanca, *vendita*, 404 A. 1043.

337 s. nur Varro, *rr II* 5.10.

338 Lenel, *EP*, 567 f.

339 Für eine dem Problem der *obligatio re et verbis contracta* vergleichbare Diskussion über die Konkurrenz der *actiones* (s. zuletzt – und diskussionsbedürftig – M. Talamanca, *IURA* 50, 1999 (2003), 1 ff.) fehlen Quellen. Ähnliches gilt

die Heranziehung der *a.empti* im Regelungsbereich der *a.de auctoritate* anscheinend unproblematisch³⁴⁰. Angesichts fehlender Hinweise im Sachverhalt lassen wir das Verhältnis der *a.empti* zur *a.de auctoritate* im folgenden beiseite³⁴¹.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung geht die herrschende Lehre – explizit oder implizit – davon aus, daß sich der gesamte Arescusa-Fall (einschließlich der Eviktionsgarantie) unter dem Zeichen der *a.empti* abspielte³⁴². Sieht man von einer möglichen außergerichtlichen Erledigung der unmittelbaren Eviktionsfolge durch die Parteien ab, so hätte somit der *iudex* im Falle der beiden männlichen Sklaven dem Sempronius das *pretium* zugesprochen, den Aufwendungsersatz dagegen verweigert. Demgegenüber hätte Paulus es für richtig gehalten, dem Sempronius das gesamte Interesse (*pretium* und *sumptus*) zuzuerkennen.

Eine eingehende Erörterung der von der üblichen Interpretation aufgeworfenen Probleme würde tief in das Dickicht nicht nur der römischen Eviktionshaftung³⁴³, sondern auch des römischen Schadensrechts führen³⁴⁴. Wir begnügen uns mit einigen, für das Verständnis von fr. 43 sq. wichtigen Themen:

1. Probleme, über die die gängige Interpretation von fr. 43 sq. allzu schnell hinweg zu gehen scheint.

2. Wirkliche und scheinbare Indizien für ihre Richtigkeit im Text von fr. 43.

3. Folgen der üblichen Interpretation – ihre Richtigkeit unterstellt – für die hier vorgeschlagene Interpretation von 43 sq.

4. Verhältnis zwischen *a.empti* und *a.ex stipulatu* (Aktionenkonkurrenz).

für das Schicksal der Eviktionsstipulation, wenn der Käufer trotz deren Existenz mit der *a.empti* vorgehen konnte; vgl. auch Ulp., Paul., D. 21.2.17 sq.; CJ 4.51.3 (a.293); Iul. D.19.1.28. Jedenfalls dürfte eine Novation auszuscheiden sein; s. D. Daube, SZ 66, 1948, 91ff.; Knütel, 35.

340 vgl. Scaev. (Serv.) 2 quaest. D.21.2.69.3, 4 (s. auch Gai. 28 ad ed. prov. 54.1 h.t.; Nörr (2004), 185); Ulp. 80 ad ed. 51.3 h.t.; Paul. 76 ad ed. 9 h.t.; s. auch Paul. 5 ad Sab. D.40.7.10.

341 s. aber App. III.

342 vgl. bereits Cuiacius, Opera V, 1001 sq; anders Nörr, Copanello 2002 (im Druck); Weßel, 196f.

343 Talamanca, vendita, 385ff.

344 s. nur Medicus, SZ 88, 1971, 446ff.; ders., SZ 115, 1998, 66ff.

zu 1. Nach der herrschenden Auffassung hat der Käufer die übliche Eviktionsgarantie³⁴⁵ entweder nicht erhalten oder nicht geltend gemacht. Da der Fall in Rom spielte, hätte Sempronius bei fehlender Stipulation den Effekt der *stipulatio duplae* mit Hilfe der *a.empti* erreichen können³⁴⁶. Sollte er darauf verzichtet haben, so vielleicht in der Erwartung, mittels der *a.empti* einen das *duplum* übersteigenden Betrag zu erlangen. Er stellte sein Klageziel auch nicht um, als er erkennen mußte, daß der Richter ihm im Falle der beiden männlichen Sklaven nicht mehr als das *pretium* zuerkennen wollte. Gründe für diese Limitierung sind kaum feststellbar. Bekanntlich spielen bei Eviktions- und eviktionsähnlichen Fällen, in denen es nur um die Rückerstattung des Kaufpreises geht, Julian-Texte eine besondere Rolle; fast stets handelt es sich um Sonderfälle³⁴⁷. Mit diesen ist der Verlust des *habere licere* von Stichus und Pamphilus nicht vergleichbar. Daher müßte die herrschende Lehre eine Begründung dafür geben, warum Paulus generell die Rückerstattung des Kaufpreises als Ziel der *a.empti* im Auge hatte. Dazu kommt, daß sie sich über die Bedeutung von *sufficere* im Text von fr. 43 kaum Gedanken macht.

zu 2. Sucht man nach Anhaltspunkten dafür, daß in fr. 43 sq. die auf die Rückerstattung des Kaufpreises gerichtete *a.empti* die alleinige Basis der Eviktionsgarantie darstellt, so sei zuerst daran erinnert, daß Sachverhalt, Fragestellung und Antwort nicht als einheit-

345 In Betracht käme auch eine formlose Vereinbarung über die Eviktionsfolgen im Kaufgeschäft; s. nur Ulp. 32 ad ed. D.19.1.11.1 in Verbindung mit fr. 11.18; Iav. 2 ex Plaut. D.21.2.60. – Es sei daran erinnert, daß von einem Rückkauf der Sklaven durch den Erben-Verkäufer keine Rede sein kann; s. o. A. 60.

346 s. nur die bekannten Texte Pomp. D.45.1.5 pr. a.E.; Ulp. D.21.1.31.20; Paul. D.21.2.2; PS 2.17.1

347 vgl. – außer fr. 43 sq. (erste Frage) – D.19.1.29; 21.2.8 – Nicht recht erklärbar sind mir die Worte Julians in 33 dig. D.30.84.5: . . . *actione ex empto pretium reciperebit, quemadmodum reciperet, si homo evictus fuisset*. Sollte man die „Fiktion“ so interpretieren, daß das *pretium* je nach Situation auch im Sinne eines Mehrfachen zu verstehen wäre (in Rom somit als *duplum*)? – Zu diesem auch sonst sehr umstrittenen Text vgl. zuletzt K. Misera, Iul. 33 dig. D.30.84.5 . . ., *Vincula Iuris* (St. M. Talamanca) V, 2002, 439 ff. (mit Lit.); P. Lambrini, SDHI 67, 2001, 211 ff. – Ähnlich verwirrend ist das einfache *pretium* (bei der *a.de tigno iuncto*) in Paul. 15 quaest. D.46.3.98.8.

licher normativer Text gedeutet werden dürfen, dessen Elemente man beliebig hin und her schieben kann³⁴⁸.

Als starkes Indiz gilt anscheinend das „*quoque*“ im folgenden Satz der Erzählung: ... *cum emptor pretium a venditore empti iudicio Arescusae quoque nomine repeteret, lectum est* ... Man könnte ihn so verstehen, daß Sempronius nicht nur (und somit auch) das *pretium* für Stichus und Pamphilus, sondern „auch“ dasjenige der Arescusa zurückgefordert hatte. Dieses Argument ist nicht direkt widerlegbar, aber auch nicht sehr stark. Vom Kaufpreis der Sklaven ist in der Erzählung sonst nirgends die Rede. So könnte man das „*quoque*“ (im Sinne von „zudem“) als Adverb verstehen, das das Ereignis der Rückforderung des Kaufpreises für Arescusa locker mit dem vorangehenden Ereignis der Ablehnung des Käufers als Patron verknüpft. Es sind dies im übrigen auch die beiden einzigen Elemente, die das *responsum* Ulpian's anspricht.

Andere Indizien sind noch schwächer. Wenn „*ego*“ in seiner ersten Frage – die Meinung Julians referierend – sagt, *post manumissionem quoque empti actionem durare*, so ergibt sich daraus nicht die Behauptung Julians, daß *ante manumissionem* nur die *a. empti* zur Verfügung stand. Daß die Geltendmachung der Aufwendungen durch die *a. empti* gegen die Existenz einer Eviktionsstipulation spricht, läßt sich nur dann begründen, wenn man an einen absoluten, die *a. empti* ausschließenden Vorrang der *a. ex stipulatu* glaubt³⁴⁹. Schließlich könnte man noch auf die Aussage des Paulus verweisen, derzufolge die *a. empti* (nicht nur für die Rückforderung des *pretium*, sondern) auch (*quoque*) für den Ersatz der Aufwendungen einschlägig sei („*sufficere*“ in einem vageren Sinne als in der von uns vertretenen Interpretation verstanden). Man müßte

348 Ein zufällig ausgewähltes Beispiel für die zu Mißverständnissen führende Mischung von Sachverhalt und Begründung ist Scaev. 2 resp. D.21.2.12; die Worte „*et coheredes pretium acceperunt*“ gehören nur zur *narratio*. Vgl. demgegenüber die Ratlosigkeit von Arangio-Ruiz I, 90. – Vgl. zum Problem auch C. Zülch (A.72), 31 f.; bei dem Vergleich (31 A.146) von Scaev. 1 resp. D.15.1.54 mit 5 dig. D.15.1.58 wäre zu bedenken, ob nicht der *servus* zum *peculium* des Fragestellers gehört hatte; dann konnte diesem seine Stellung als *filius familias* bedeutsam erscheinen. Zum Prälegat des *peculium* s. nur Voci, DER I, 753.

349 vgl. u. zu 4.

dann die (hier zurückgewiesene) Unterstellung machen, daß Paulus aus dem „*quoque*“ in der Erzählung des *ego* entnehmen durfte, daß Sempronius mittels der *a.empti* auf Rückzahlung des Kaufpreises für die beiden männlichen Sklaven geklagt hatte. Des weiteren ist zu bedenken, daß die Äußerung des Paulus in dem Teil des Textes steht, der von den Kompilatoren zusammengestrichen worden war; der Bezug des „*quoque*“ ist somit unsicher. Schließlich knüpft die Aussage des Paulus an die erste Frage des *ego* und die Auffassung Julians an; dort ging es tatsächlich nur um die Rückforderung des Kaufpreises.

Im Ergebnis spricht kaum etwas für die herrschende Auffassung, derzufolge Sempronius im Falle der beiden männlichen Sklaven mit der *a.empti* „auch“ den Kaufpreis (und nicht nur die Aufwendungen für einen der Sklaven) erstreiten wollte.

zu 3. Da es aber nach dem Gesagten nicht völlig ausgeschlossen ist, daß der Erbe und Sempronius den Kaufvertrag ohne die übliche Eviktionsgarantie abgeschlossen hatten, müssen wir wenigstens einen kurzen Blick auf die *a.empti* als Anspruchsgrundlage werfen. Man kann die Ermöglichung dieser Klage im Rahmen der Rechtsmängelhaftung als Innovation preisen³⁵⁰, sollte darüber aber nicht vergessen, daß sie zu beträchtlichen Unsicherheiten geführt hatte³⁵¹. Was *Arescusa* angeht, so besteht kein Zweifel, daß *ego* und Paulus – auf den Spuren Julians – die *a.empti* angewandt hätten, um dem Käufer Sempronius zur Rückholung des Kaufpreises zu verhelfen – und das entgegen dem *responsum* Ulpian und der *sententia iudicis*. Fehlte – wie jetzt mit der h.L. unterstellt – die Eviktionsstipulation, so mußte sich Sempronius im Falle des Stichus und Pamphilus nach der (wiederum unterstellten) Entscheidung des *iudex* mit der Rückgabe des Kaufpreises zufrieden geben. Paulus hätte ihm dagegen auch das den Kaufpreis übersteigende Interesse zugesprochen³⁵². Sucht man nach einer Begründung für die

350 Zu denken ist etwa an Kaufverträge unter Abwesenden und (mit Vorbehalt) an Fälle, in denen die Eviktionsgarantie übersehen wurde.

351 s. Nörr (2004), 152 ff.

352 Vgl hierzu den umstrittenen Text Iav. 2 ex Plaut. D.21.2.60 (dem Iav. 2 ex Plaut. D.18.4.8 entspricht); s. etwa Knütel, 349 ff.; Th.Mayer-Maly, Collatio Iuris Romani (Ét. H. Ankum) I, 1995, 291 ff.; Pennitz, 447, 472 (mit weit. Lit.).

(hypothetische) Entscheidung des Richters, so könnte man an die weit verbreitete Eviktionsstipulation auf das *simpulum* denken³⁵³: Ein Käufer, der die Eviktionsgarantie (gegebenenfalls auch die *a.empti* mit dem Ziel des *duplum*) übersieht, soll sich mit dem *id quod minimum est* zufrieden geben³⁵⁴.

Wie öfter erwähnt, bezieht sich die Erörterung zwischen „ego“ und Paulus gerade nicht auf die unmittelbaren Folgen der Eviktion. So unterscheidet sich die hier vorgeschlagene Interpretation von der herrschenden Auffassung vor allem im Verständnis des Wortes *sufficere* (*nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo*). Für letztere ist das Wort farblos: die *a.empti* ist auch für diesen Fall (*sumptus*) anwendbar. Nach unserer Interpretation (die sich auf den Sprachgebrauch des Paulus stützt) hat *sufficere* eine prägnante Bedeutung: Der Käufer muß sich nicht auf eine andere Klage verweisen lassen (hier die Klage aus einer Stipulation, die auch die Verwendungen umschloß); vielmehr „genügt“ die *a.empti*³⁵⁵. Zu prüfen bleibt, ob sich aus der Feststellung des Paulus Folgen für das (Konkurrenz-)Verhältnis von *a.empti* und *a.ex stipulatu* ergeben.

zu 4. Konkurrenzfragen sind ein juristisches Faszinosum, dem sich auch Paulus nicht entzogen hat³⁵⁶. Wir begnügen uns mit einer Skizze der Problemlage im Arescusa-Fall; dabei kann die Aufzählung einiger alternativer Regelungsvorschläge hilfreich sein.

1. Liegt eine Eviktionsstipulation vor, so ist die *a.empti* ausgeschlossen (keine selektive oder kumulative Konkurrenz).

353 s. nur Varro rr 2.5.10; Paul. 6 resp. D.21.2.11.1; Paul. 2 ad ed. aed. cur. D.21.2.56 pr; FIRA III 132; P. Oxy XLI 2951.

354 arg. Ulp. 45 ad Sab. D.50.17.34; vgl. Nörr (2004), 170 f.

355 s. o. VII/2.

356 vgl. seinen *liber singularis de concurrentibus actionibus* (Lenel, Paling. I, 959); dazu Liebs, Handbuch, 164. – Zur Aktionenkonkurrenz s. die Angaben bei Kaser/Hackl, RZP, 303 ff. Grundlegend E. Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, 2 Bände, 1918, 1922; Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen, 1962; (methodisch überzeugend) D. Liebs, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, 1972 (dort 241 ff. zusammenfassend zu Paulus); zuletzt P. Voci, SDHI 64, 1998, 1 ff.; 65, 1999, 1 ff. Auf die uns interessierende Konkurrenzsituation gehen die Autoren nicht ein.

2. Liegt keine Eviktionsstipulation vor, so könnte man jegliche Eviktionshaftung ablehnen. Doch hat sich hier für den Regelfall die *a.empti* durchgesetzt³⁵⁷.

3. Der Käufer kann wählen zwischen *a.ex stipulatu* und *a.empti* (selektive Konkurrenz).

4. Er kann beide Klagen kumulieren, indem er mit der *a.ex stipulatu* die jeweils stipulierte Summe (*simplum*, *duplum* etc.), mit der *a.empti* das volle *id quod interest* (oder das durch die stipulierte Summe nicht erfaßte Interesse) fordert³⁵⁸.

5. Fordert er mittels der *a.empti* das Interesse, so gilt die Höchstgrenze des *duplum*³⁵⁹.

Man könnte jetzt die verschiedenen Alternativen durchspielen. Wählt man etwa die erste Alternative, so hätte sich der Käufer bei Vorliegen einer Eviktionsstipulation auf die Klage *ex stipulatu* beschränken müssen; im Gegenschluß würde sich ergeben, daß im Arescusa-Fall die Stipulation unterlassen worden war. Nach der üblichen Interpretation müßte eine der Alternativen gegeben sein, in denen der Käufer mit der *a.empti* vorgehen konnte (2 oder 3). Nach der hier bevorzugten Interpretation kommt nur die Kumulation (4) in Betracht.

Wie die gründliche moderne Diskussion zeigt³⁶⁰, lassen die Quellen keine eindeutige Entscheidung für eine der vorgestellten Alternativen zu. Das gilt auch für die Urkundenpraxis; dabei sehen wir davon ab, daß in römisch beeinflussten Urkunden die übliche Stipulationsklausel im echten oder „denaturierten“ Formularprozeß³⁶¹ stets zur *a.ex stipulatu* führen konnte. In den für unsere Frage einschlägigen Urkunden trifft man in der Regel auf die Kumulation

357 s. aber auch Nörr (2004), 159 ff.

358 vgl. o. A.337 zur *a.de auctoritate*.

359 fr. 44; s. u. App. VII/3.

360 vgl. vor allem Knütel, 335 ff. mit Ankum (A.336), 616 ff.; s. auch Honsell, 60; Talamanca, vendita, 399 f.; Weßel, 200 f. – Wenn ich es recht sehe, so konzentriert sich die Diskussion (allzu sehr) auf den (undurchsichtigen) Spezialfall: *a.ex stipulatu* und *a.empti*. Angesichts der Quellenlage wäre es angebracht, unterstützend die generelle Einstellung der klassischen Juristen (hier vor allem des Paulus) zu Konkurrenzfragen zu berücksichtigen.

361 s. Kaser/Hackl, RZP, 265 ff., 168 ff. Im Prozeß ohne Formeln konnte das Konkurrenzproblem im üblichen Sinn nicht auftreten.

lation von Kaufpreis (oder seinem Mehrfachen) und Interesse (mit unterschiedlicher Terminologie). Auffällig ist, daß die Vandalenurkunden und zumindest ein Teil der ravenatischen Urkunden die selektive Konkurrenz bezeugen (Wahl zwischen Kaufpreis-*duplum* und Schadensersatz)³⁶².

Keht man zu den klassischen Juristen zurück, so hat man die Wahl zwischen dem schlichten *ignoramus*, der Unterstellung von *ius controversum* und der Hypothese, daß sie Konkurrenzprobleme nach der (konkreten) Interessenlage entschieden. Angesichts der Untersuchungen von Liebs neigen wir zu der Auffassung, daß sie – und gerade auch Paulus – weniger rigide dachten als manche ihrer modernen Interpreten³⁶³.

362 Einzelheiten bei Weßel, 186 ff.; Tjäder II, 20 ff. (vor allem zum Formular 1).

363 zu Nachforderungsansprüchen bei Paulus s. Liebs (A.356), 171 ff. u. ö. – Ein Sonderfall ist Paul. 5 ad Sab. D.21.2.18 (in Verbindung mit Ulp. 29 ad Sab. D. 21.2.17, 19; CJ 4.51.3 (a.293)); s. nur Knütel, 301 ff.; Ankum (A.336), 618 f.; L. ter Beek, Dolus II, 1999, 1130 ff. Hat der Verkäufer einer fremden Sache deren Eigentum erworben und vindiziert er sie jetzt beim Käufer, so hat dieser die Wahl, ob er die Vindikation mit Hilfe der *exceptio doli* (als Pendant zur *bona fides*-Klausel der *a.empti*) abwehrt oder die Sache herausgibt und aus der Eviktionsstipulation vorgeht. So jedenfalls Paulus. Demgegenüber hat Ulpian die *a.empti* anscheinend nur bei Fehlen der Stipulation zugelassen. Die Auffassung des Paulus läßt sich auch so umschreiben: Wenn der Verkäufer (im Ergebnis) den Kaufvertrag rückgängig zu machen versucht, so kann der Käufer sich wehren oder dulden (und die *poena* verlangen). – Entgegen Ankum (619 A.59) läßt sich Iul. 13 dig. D.21.2.7 (im Kontext der *fiducia*) wohl nicht mit Paul. D.21.2.18 vergleichen.

VII. Verwendungen im Übermaß (D.19.1.43 a.E.; 44; 45 pr.).

Wir hatten bei der Kommentierung der Antwort des Paulus auf die zweite Frage des „*ego*“ folgende Themen offen gelassen³⁶⁴: 1. Aufwendungen, deren Ersatz dem Verkäufer nicht zuzumuten ist (sog. übermäßige Aufwendungen)³⁶⁵. – 2. Inkonsistenzen im Umgang des Paulus mit dem Ersatz von Ausbildungskosten. – 3. Interpretation des von den Kompilatoren eingeschobenen fr. 44. – Sieht man von der zweiten Frage ab, so wurden die erwähnten Probleme in der Literatur vielfältig erörtert; an dieser Stelle genügt eine Skizze.

Vorweg ist daran zu erinnern, daß die einschlägigen Sätze von fr. 43 sq. im Zeitalter der Interpolationenkritik nicht umsonst heftig angefochten wurden. Wenn wir uns auch ohne allzu viele Skrupel der modernen Tendenz anschließen, in den Digesten zwar nicht unbedingt den Wortlaut, so doch die Inhalte weitgehend den klassischen Juristen zuzuschreiben, so haben wir doch bereits gesehen, daß die Fragmente 43–45 pr. vor allem durch Verkürzungen in einer Weise verändert wurden, die eine verlässliche Rekonstruktion des klassischen Textes und Kontextes kaum erlaubt³⁶⁶. Das ist vor allem bei fr. 44 evident.

Zur Erinnerung³⁶⁷: Paulus hatte vorgeschlagen, dem Käufer mittels der *a.empti* den Ersatz der Ausbildungskosten zu verschaffen. Er macht dann eine Einschränkung im Blick auf Aufwendungen, deren Höhe sich der Verkäufer nicht hätte vorstellen können

364 s. o. VIII/3 sq.

365 Vergleichbar sind moderne Diskussionen über die aufgedrängte Bereicherung; s. etwa K. Larenz/W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II 2, 13. Auflage 1994, § 72 IV; D. Medicus, Bürgerliches Recht, 20. Auflage 2004, Z. 899. – D. A. Verse, Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 1999, 15 ff. geht kurz auf die römischen Parallelen ein.

366 vgl. App. III.

367 vgl. o. VII und den Text in App. II.

(*non sit cogitatum*). Beispiele: Wagenlenker und Pantomime. Es sei unbillig (*iniquum*), letzteren mit einer (zu) hohen Summe zu belasten. Die Kompilatoren lassen Africanus eine (verstümmelte) Begründung (mäßig begüterter Verkäufer) und eine Höchstgrenze (*duplum*) nachliefern. Sollte Africanus in diesen beiden Punkten Auffassungen Julians wiedergegeben haben, so hatte sie Paulus anscheinend nicht gekannt oder nicht verwertet. Danach geben die Kompilatoren wieder Paulus das Wort; unsicher ist, ob fr. 45 pr. unmittelbar an das Ende von fr. 43 anschließt. Er verweist beifällig („*iustum*“) auf entsprechende Überlegungen Julians; unklar ist, ob diese in dem von ihm verwerteten Julian-Text dem Verwendungsersatz generell oder dem Ersatz übermäßiger Verwendungen galten. Danach zieht Paulus die Konsequenzen für den Fall der „Verschlechterung“ des Sklaven (- Freigelassenen)³⁶⁸. In fr. 45 pr. folgt schließlich die Argumentation mit der vorhandenen oder fehlenden Vindikationslage.

zu 1. Man kann den Versuch des Käufers, vom Verkäufer den Ersatz der übermäßigen Verwendungen zu erlangen, als einen Sonderfall ansehen³⁶⁹; verständlich wird er nur, wenn man die bekannten Paralleltexte aus dem Bereich der *rei vindicatio*, der *a.rei uxoriae* und der *a.fiduciae (contraria)* heranzieht³⁷⁰.

Als Schlüsseltext gilt zu Recht Cels. 3 dig. D.6.1.38. Thema der langen Ausführungen ist anscheinend das *officium iudicis*³⁷¹, exem-

368 Darauf gehen wir im folgenden nicht mehr ein; s. o. VII/7.

369 So wird fr. 43 sq. von vielen Autoren ohne Blick auf die Paralleltexte erörtert; s. nur Honsell, 51 ff.; Knütel, 338 ff.; Tafaro, 574 ff.

370 vgl. zum folgenden – außer Medicus, 81 ff. und (letztthin) Weßel, 195 ff.; Cannata, FS Burdese I, 266 ff. – vor allem, Bürge, 34 ff., 59 ff., 169 f.; ältere und neuere Literatur auch bei A. Guarino, Diritto Privato Romano, 11. Auflage 1997, 685 f. – Zur *exceptio doli* s. das Sammelwerk (Hg. L. Garofalo) *L'eccezione di dolo generale nel diritto romano e intermedio* (Atti Seminario 2005) (im Druck). Zum Verhältnis *exceptio doli* – *officium iudicis* vgl. A. Pernice, *Labeo* II 1, 1895, 235 A.2.

371 Zur Einordnung in das Digestenwerk des Celsus s. Lenel, *Paling.* I, 131 A.1. – Zum Gebrauch von *constituere* durch Celsus s. nur Ulp. 37 ad Sab. D.26.1.3.4, durch Julian 86 dig. D.9.2.51.2; s. auch Paul. 17 ad Plaut. D.45.1.91.3 sq. – Einige Angaben zu Werken über das *officium iudicis* bei Nörr, *L'esperienza . . .* (A.228), 2152 ff.

plifiziert am (sc. durch *exceptio doli* durchzusetzenden) Verwendungsersatz bei der *rei vindicatio* (Hausbau und Aussaat). Nach Celsus wird der *bonus iudex varie ex personis causisque* entscheiden. Unter den von Celsus genannten Beispielen interessiert uns der *vindicans pauper*, der – unfähig, die Verwendungen zu ersetzen – *laribus sepulchris avitis carendum habeat*; hier wird der Besitzer grundsätzlich auf das *ius tollendi* verwiesen. Hat dagegen der vindizierende Eigentümer vor, den *fundus* zu veräußern (*mox venditura*), so trifft ihn der volle Ersatzanspruch.

Die von Celsus formulierten Motive treffen wir auch in Paulus-Texten. Hat der Ehemann Verwendungen auf Dotalgegenstände gemacht, so sind sie in der Regel auf Grund der Klausel *quod eius melius aequius erit* zu berücksichtigen³⁷². Hinsichtlich der nur nützlichen Verwendungen macht Paulus Einschränkungen (6 ad Plaut. D.50.16.79.1; 7 ad Sab. D.25.1.8 (s. auch (leicht mißverständlich) Schol. Sin. VIII 18)). Die in der Formel der *a.rei uxoriae* angesprochene Billigkeit (*aequitas*) lasse den vollen Ersatz nur zu, wenn die Verwendungen mit Wissen und Willen der Ehefrau erfolgten. Im übrigen dürfe der Ersatzanspruch nicht die Folge haben, daß sie die Dotalgegenstände entbehren (*carere*) müsse – etwa durch deren dann notwendigen Verkauf³⁷³.

Wir merken an, daß Paulus in fr. 79.1 zu den *impensae utiles* auch die Aufwendungen für die *doctrina puerorum* zählt. Letztere spielt – neben dem meliorierten *saltus* – die zentrale Rolle in dem viel erörterten Paulus-Text 31 ad ed. D.13.7.25 (zur *a.fiduciae contraria*)³⁷⁴. Der Fiduziar (Gläubiger) hatte dem fiduziarisch übereigneten Sklaven „technische“ Fertigkeiten beigebracht (*artificiis instruere*). Ähnlich Celsus in D.6.1.38 zählt Paulus Umstände auf, die bei der Beurteilung der Ersatzansprüche des Fiduziars zu berücksichtigen sind (vgl. die Klausel in der Klageformel: *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*). Dazu gehören: Fortsetzung

372 Im Ergebnis verweist auch Ner. 2 membr. D.25.1.15 nach Aufzählung einiger zu berücksichtigender Elemente auf die Einzelfallgerechtigkeit.

373 Auf das *iniquum* verweist Paulus auch in fr. 43 a. E.

374 Mit Lenel (s.nur Paling. I, 1027; zuletzt B. Noordraven, Die Fiduzia im römischen Recht, 1999, 269f.) darf es als gesichert gelten, daß der nicht von Ulpian, sondern von Paulus stammende Text über die *fiducia* handelt. Zur Formel vgl. die Diskussion bei Mantovani (A. 18), 66f.

einer bereits beim Schuldner begonnenen Ausbildung, Einverständnis des Schuldners, nicht näher bestimmte notwendige Fertigkeiten (*artificia necessaria*) – letztere mit der Einschränkung, daß ihre Höhe nicht den Schuldner zur Aufgabe des Sklaven („*carere*“) zwingen darf. Nach Hinweis auf die Haftung des Fiduziars und das Beispiel des *saltus* stellt Paulus fest, daß es nicht rechtens sei (*non est aequum*), den Schuldner wegen der Ersatzansprüche zu zwingen, Schulden aufzunehmen, den Sklaven zu veräußern oder ihn dem Fiduziar zu überlassen. Der Text schließt mit der Weisung an den Richter, zwischen den Interessen des Gläubigers und des Schuldners zu vermitteln: *medie igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur*. Denkbar ist, daß Paulus mit diesen Worten zugleich auf eine Reduzierung hoher Ersatzansprüche als Konsequenz des *officium iudicis* anspielt³⁷⁵. Für uns ist bedeutsam, daß Paulus – wie Celsus – die Berücksichtigung der konkreten Umstände fordert.

Die Äußerungen des Paulus zur *a.rei uxoriae* und zur *a.fiduciaie contraria* könnten helfen, die in der Katene D.6.1.27.5–32 (zur *rei vindicatio*) verarbeiteten Paulus-Texte (21 ad ed.) zu interpretieren³⁷⁶. Wir konzentrieren uns auf das Problem der Ausbildungskosten.

In fr. 27.5 diskutiert Paulus die Geltendmachung der Verwendungen mit Hilfe der *exceptio doli*³⁷⁷. Zuerst geht es um die Errichtung eines Gebäudes und um die mögliche Abwendung des Ersatzanspruches durch das *ius tollendi*. Am Ende von fr. 27.5 beginnt das Thema „Ausbildungskosten“.

(27.5. Paul. 21 ad ed.) . . . *sed et si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum Proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus:*

(28. Gai. 7 ad ed. prov.) *forte quod pictorem aut librarium docueris. dicitur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse,*

375 s. u. bei A. 380.

376 s. Medicus, 84 ff.; Bürge, 53 ff. (dazu R. Backhaus, SZ 98, 1981, 508).

377 Nach dem Stephanos-Scholion zu D.6.1.27.5 – Bas. 15.1.27.5 sq. (H. Suppl., 20; Scheltema, B III, 862) war es Julian, der den Ersatz der Aufwendungen der *exceptio doli* zuwies.

(29. Pomp. 21 ad Q. Mucium) *nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium,*

(30. Gai. 7 ad ed. prov.) *aut si ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio.*

(31. Paul. 1.c.) *Ceterum cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum pubertas eius spectanda est, quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt. improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.*

(32. Mod. 8 diff.) *Quod si artificem fecerit, post vicensimum quintum annum eius, qui artificium consecutus est, impensae factae potuerunt pensari.*

Um ein erstes Verständnis der Katene zu gewinnen, werden wir uns dem index des Stephanos anvertrauen³⁷⁸. Im Vorgriff auf fr. 32 beschränkt der Scholiast die Diskussion der Ausbildungskosten auf den noch nicht 25jährigen Sklaven. Proculus zufolge könne man hier nicht die Regel über das Gebäude anwenden (vgl. das *ius tollendi*); es müsse verhindert werden, daß der Eigentümer durch die *exceptio doli* des Sklaven beraubt werde. Ausbildungskosten – als Beispiele werden Maler (*zographos*) und Schreiber (*bibliographos*) genannt – könnten von der – dem *officium iudicis* entsprechenden – *aestimatio* dann erfaßt werden, wenn der Sklave zum Verkauf ansteht und wegen der Ausbildung ein höherer Preis erzielbar ist. War er nicht verkäuflich, erfuhr aber der Besitzer vor der *litis contestatio* und bei Beginn der Ausbildung, daß der Sklave möglicherweise nicht in seinem Eigentum stehe, so muß er dem (potentiellen) Eigentümer offiziell Mitteilung machen (*diamartyrein*); verschwieg sich dieser, so kann ihn der Besitzer durch die *exceptio doli* zum Ersatz der Aufwendungen zwingen. Der Inhalt von Paulus fr. 31 wird vom Scholiasten übersprungen. Nach dem letztlich ebenfalls aus dem 6. Jhd stammenden Basiliken-Text (15.1.31) kann der Eigentümer Erträge herausverlangen, die der Besitzer aus den *operae* eines unmündigen Sklaven gezogen hatte. Stammen diese aber aus der Ausbildung des Sklaven, so wäre ein entsprechendes Verlangen unredlich³⁷⁹. Wie erwähnt, präzisiert

378 vgl. die vorherige Anmerkung.

379 Aus Ausbildungsverträgen konnte der Auftraggeber Nutzungen ziehen; s. Herrmann (A.105), 167 ff.

Modestin (fr. 32) diese Feststellung. Nach dem 25. Lebensjahr haben sich die Ausbildungskosten amortisiert; Ersatzansprüche sind ausgeschlossen.

Die justinianische Regelung läßt die Tendenz erkennen, bei der *rei vindicatio* den Ersatz der Ausbildungskosten zu beschränken. Inwieweit diese Tendenz auch das klassische Recht beherrschte, ist schwer zu beurteilen. Uns interessieren vor allem die beiden Paulus-Texte (fr. 27.5 und 31).

Das Proculus-Zitat in fr. 27.5 erinnert an die Diskussion der übermäßigen Aufwendungen (Stichwort: *carere*)³⁸⁰. Ob Proculus oder – ihn kommentierend – Paulus den Ersatzanspruch schlechthin ablehnte oder seine Beschränkung dem *officium iudicis* überlassen wollte, ist unbekannt. Für letzteres könnte Cels. D.6.1.38 sprechen; auch die beiden Gaius-Fragmente (28, 30) lassen an eine (freie) *aestimatio iudicis* denken³⁸¹. Demgegenüber kann man die zitierten Paulus-Texte zur *a.rei uxoriae* und zur *a.fiduciaie contraria* nur mit Vorsicht heranziehen (vgl. die verschiedene Interessenlage, vor allem die bereits länger bestehenden Beziehungen zwischen den Parteien)³⁸². Wie dem auch sei, die Kompilatoren konnten mit der Fortsetzung des Paulus-Textes von fr. 25.7 offensichtlich nichts anfangen. So ist auch unsicher, inwieweit Paulus sich der Meinung des Proculus angeschlossen hatte.

Ebenfalls keine sicheren Aufschlüsse gewährt das Paulus-Fragment D.6.1.31, das sich in erster Linie mit der Herausgabe der Nutzungen befaßt. Läßt man den Faktor des Sklavenalters beiseite, so bieten sich zwei kaum kompatible Interpretationen an: Geht man von der – dem justinianischen Recht eher widersprechenden – Grundregel aus, daß der Eigentümer die Ausbildungskosten zu tragen hat, so würde sich aus fr. 31 ergeben, daß er dort, wo er sie ausnahmsweise nicht zu ersetzen hat (Stichwort: übermäßige Aufwendungen), keinen Anspruch auf die Nutzungen hat. Geht man von der gegenteiligen Regel aus, so besagt fr. 31, daß in den (sc.

380 vgl. nochmals Cels. D.6.1.38; Paul. D.50.16.79.1; Paul. D.13.7.25. Zum Argument der „Verkäuflichkeit“ (Pomp. D.6.1.29) s. Celsus D.6.1.38.

381 s. Bürge, 26 A.27.

382 Solche werden in Gai. D.6.1.30 allenfalls (s. Stephanos A.377) durch das *denuntiare* hergestellt.

zahlreichen) Fällen, in denen der Besitzer keinen Ersatzanspruch hat, der Eigentümer seinerseits die Nutzungen nicht erhält. Außer Betracht bleibt bei beiden Interpretationen, daß die richterliche *aestimatio* zu einem Teilersatz führen könnte. Das müßte sich dann auch auf die Nutzungen auswirken.

zu 2. Wir haben jetzt einige Elemente gesammelt, deren wir zur Analyse von fr. 43 sq. bedürfen³⁸³. Vorweg sei erwähnt, daß in allen einschlägigen Fällen das *officium iudicis* ähnlichen Standards unterliegt: *exceptio doli* bei der *rei vindicatio*, Klausel „*quod eius melius aequius erit*“ bei der *a.rei uxoriae*, Klausel „*ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*“ bei der *a.fiduciae (contraria)*, *bona fides*-Klausel bei der *a.empti*. Da die Standards nicht nur für die jeweilige *actio*, sondern auch für den jeweiligen Rechtsfall zu konkretisieren sind, läßt die Verwendung ähnlicher Standards nicht zwangsläufig ähnliche Ergebnisse erwarten. Für uns ist es besonders bedeutsam, daß Paulus sich der Notwendigkeit der Konkretisierung durchaus bewußt war.

Beginnen wir mit fr. 45.1. Zur Erinnerung: Paulus sieht in der Behandlung der Verwendungen bei der *rei vindicatio* sowohl eine Parallele zur entsprechenden Situation bei der *a.empti* als auch ein Argument für deren Subsidiarität. Angesichts unserer Diskussion ist es verwunderlich, daß er die Lage bei der *rei vindicatio* für unproblematisch hält („*expeditius*“). Bringt er doch als Beispiele die bekannten Problemfälle der Errichtung eines Gebäudes durch den Besitzer und die Ausbildung des (*in servitutum* vindizierten) Sklaven – Fälle, in denen der Eigentümer angesichts hoher Ersatzansprüche Gefahr läuft, den vindizierten Gegenstand aufgeben zu müssen („*carere*“). Von einer möglichen Minderung der Verwendungsansprüche kraft richterlicher *aestimatio* oder gar ihrer vollen Abweisung ist in fr. 45.1 keine Rede. Damit wird aber auch die These von der Subsidiarität der *a.empti* im Vergleich zur *exceptio doli* im Verfahren der *rei vindicatio* brüchig.

Läßt man das Beispiel der Errichtung eines Gebäudes beiseite, so könnte man im Falle der Ausbildung eines Sklaven versuchen, das Dilemma durch die Unterscheidung von normalen und übermäßi-

383 s. nochmals o. VII/5.

gen Aufwendungen (vgl. fr. 43 a.E.) zu lösen; nur letztere erhielt der Käufer-Besitzer weder vom Eigentümer noch vom Verkäufer ersetzt. Doch haben die besprochenen Texte gezeigt, daß dieses Kriterium (wenn überhaupt, so doch) nur ein Element bei der Ausübung des *officium iudicis* darstellt. Um ein Beispiel zu geben: Der Besitzer-Käufer hat dem Sklaven eine normale Ausbildung (etwa zum Weber) zukommen lassen. Der Eigentümer ist nicht in der Lage, hierfür Ersatz zu leisten. Dann geht die *exceptio doli* des Käufers-Besitzers ins Leere, obwohl er – anders als im Falle des ausgebildeten Sklaven in fr. 43 sq. – der *rei vindicatio* ausgesetzt war. Verlagert sich jetzt das Risiko (*periculum*), von dem Paulus in fr. 45.1 gesprochen hatte, wieder zurück auf den Verkäufer? Hätte man von einem „solide arbeitenden“³⁸⁴ Paulus in der Argumentation des fr. 45.1 nicht weitere Differenzierungen erwarten dürfen?

Wie erwähnt, wurde die scheinbar so elegante Lösung des Paulus von der Praxis wohl nicht rezipiert³⁸⁵. Wenig glaubhaft erscheint es, daß sich seine im Verhältnis zu anderen Texten undifferenzierte Darstellung der Verwendungsansprüche in fr. 45.1 mit einem Sinneswandel erklären ließe³⁸⁶. Spekulativ wäre die Vermutung, daß er sich in der Auseinandersetzung mit seinem Konkurrenten (?) Ulpian „emotional vergaloppierte“. Wenn die Ursachenforschung hier überhaupt weiterführt, so wäre zu erwägen, daß wir nicht übermäßige Anforderungen an Vollständigkeit und Tiefe der Argumente im Rahmen des für die *quaestiones* eigentümlichen Frage- und Antwort-Spieles stellen dürfen³⁸⁷. Darauf wird zurückzukommen sein.

Diese Bemerkung ist eine passende Überleitung zur Frage, ob – wie von Paulus unterstellt – die Situation des Käufers im *Arescusa-*

384 s. Berger, RE X/1, 1917, 697: „solide Arbeitsweise“.

385 s. o. nach A. 176.

386 zur Chronologie der Werke s. Liebs, Handbuch, 157, 172 f.

387 Zu überprüfen wäre, wie diese Hypothese in die Ergebnisse der Studie von Schmidt-Ott, 234 ff. eingeordnet werden könnte. – Allzu radikal wäre die Hypothese, daß die *Quaestiones* nicht durch Paulus, sondern durch einen – anders als im Verhältnis Julians zu Afrikan – anonym gebliebenen Schüler herausgegeben worden waren, der an einer Angleichung an andere Paulus-Texte nicht interessiert war. Mit Textteilen aus Schülerhand rechnet Frezza (A.7), 235 ff. (383 ff.).

Fall vergleichbar ist mit derjenigen des redlichen Besitzers bei der *rei vindicatio*³⁸⁸ – oder gar des Ehemannes bei der *a.rei uxoriae* und des Fiduziars bei der *a.fiduciae contraria*. Wir gehen (vereinfachend) davon aus, daß sich der Verwendungsersatz an der Höhe der Aufwendungen und an der Wertsteigerung ausrichtet³⁸⁹. Dazu kommen zwei weitere Argumente: Einverständnis (i. w. S.) des Ersatzpflichtigen; sein Schutzbedürfnis im Falle hoher Aufwendungen (Stichwort: *carere*).

Das „Einverständnis“ setzt bestehende Kontakte zwischen den Partnern voraus; daher spielt es bei der *a.rei uxoriae* (Paul. D.25.1.8; 50.17.79.1) und der *a.fiduciae* eine zentrale, bei der *rei vindicatio* allenfalls eine marginale Rolle (Gai. D.6.1.30). Beim Kaufgeschäft reduziert sich der (normale) Kontakt auf den Abschluß und seine unmittelbaren Folgen. Wird der erworbene Sklave ausgebildet, so mag es weiterhin „zufällige“ soziale Kontakte geben; juristisch sind sie bedeutungslos. Mit anderen Worten: Es wäre abwegig, auch nur von einem potentiellen Einverständnis des Veräußerers zu sprechen – selbst dann, wenn er mit der Ausbildung des verkauften Sklaven rechnen konnte. Nur in diesem Sinne könnte man von entsprechenden „Vorstellungen“ des Veräußerers reden (vgl. die Worte (fr. 43): *non sit cogitatum*)³⁹⁰.

Was das „Schutzbedürfnis“ angeht, so ging es überall darum, daß der Pflichtige nicht durch die zu ersetzenden Ausbildungskosten zur Aufgabe des Sklaven gezwungen werden dürfe. Offensichtlich gibt es bei den Ersatzansprüchen des Käufers gegen den Verkäufer hierfür keine Parallele. Dem entspricht auch die Verschiedenheit der prozessualen Struktur. Bei der *rei vindicatio*, der *a.rei uxoriae* und der *a.fiduciae* stehen sich Herausgabeanspruch und Verwendungsanspruch gegenüber; das jeweilige prozessuale Instrumentar kann im Moment außer Betracht bleiben³⁹¹. Demgegenüber macht der Käufer einen selbständigen Ersatzanspruch geltend, den Paulus auch mit dem Konzept des *quod interest*

388 s. Medicus, 89 f., 322 ff. u. o. VII/5.

389 s. nur Cels. D.6.1.38; vgl. auch die Angaben bei Kaser RPR I, 436, 523.

390 vgl. u. bei A. 388, 393.

391 s. o. bei A. 388. – Insoweit entfällt auch die Parallele zur *a.rehibitoria*; s. VII/7.

umschreibt. Sieht man davon ab, daß es überall um die Durchsetzung der „Billigkeit“ geht³⁹², so muß beim Kauf die Argumentation völlig umgestellt werden: (vereinfacht) .Der Käufer soll zwar für die Ausbildungskosten entschädigt werden; doch gehören diese nach Paulus nicht zum primären Risiko (*periculum*) des Verkäufers. Nur dann, wenn dem Käufer kein (zum Ersatz verpflichteter) Vindikant gegenübersteht, verlagert sich das Risiko auf den Verkäufer (als mittelbarem Schädiger?). Doch ist auch er (wie der Vindikant) – nun unter dem direkten Zugriff der *aequitas* – vor allzu hohen Ansprüchen zu schützen. Warum das so ist, deutet Paulus – überzeugend oder nicht – mit den Worten an: die Verwendungen übersteigen den Kaufpreis so sehr, *ut non sit cogitatum a venditore*³⁹³.

Es erscheint eigenartig, daß es bei einem Konsensualvertrag wie dem Kauf gerade auf die Vorstellungen eines Partners (hier des Verkäufers) ankommen soll³⁹⁴. Möglicherweise muß man sich mit der Erklärung begnügen, daß nach Auffassung des Paulus die „Vorhersehbarkeit“ nicht nur haftungsbegründend, sondern auch die Haftung limitierend wirken kann³⁹⁵. Da es hier nur um den redlichen Verkäufer geht³⁹⁶, scheint es keine Rolle zu spielen, daß dieser sich wegen seiner Redlichkeit regelmäßig überhaupt keine Vorstellungen über mögliche Ersatzansprüche gemacht hatte.

Im Ergebnis ist kaum zu leugnen, daß sich die Argumentation des Paulus zu den Ausbildungskosten mit anderen (z. T. auch von ihm stammenden Texten) „reibt“ – ohne daß man nach der Quellenlage von direkten Widersprüchen sprechen müßte. Wäre es eine brauchbare Erklärung, daß Paulus sich in fr. 43 sq. auf das

392 s. nochmals das o. bei A.383 Gesagte. Paulus selbst spricht in fr. 43 u.45 pr. von *iniquum* und *iustum*.

393 Dazu ausführlich (und nicht überzeugend) Tafaro, 585 ff. Vor allem wird nicht klar, wie das von ihm vielfach belegte „einseitige“ *cogitare* als Instrument des Interessenausgleiches bei zweiseitigen Verträgen dienlich sein kann. Immerhin ließe sich eine gewisse Ähnlichkeit mit der modernen Lehre von der Geschäftsgrundlage konstruieren (Hinweis von H.-D. Spengler).

394 vgl. demgegenüber Cels. 8 dig. D.19.1.38.2; s. auch Pap. 1 def. D.2.15.5.

395 vgl. nur den bekannten Paulus (Mucius)-Text 10 ad Sab. D.9.2.31. In D.13.7.25 (s. o. bei A.374) arbeitet Paulus offen mit Verschuldenskonzepten.

396 Der unredliche Verkäufer haftet bekanntlich unbeschränkt; s. nochmals fr. 45.1 a. E.

Wesentliche konzentriert und Differenzierungen beiseite geschoben hatte? Aber kann man von einer Reduktion auf das Wesentliche dann sprechen, wenn er in fr. 45.1 Beispiele wählte, in denen der Ersatzanspruch des Erwerber-Besitzers besonders problematisch war³⁹⁷ – deutlicher ausgedrückt: Beispiele, die geeignet waren, seine Argumentation zu widerlegen? Der Eindruck der Beliebigkeit wird verstärkt, wenn man das problematische Verhältnis von D.19.1.43 sq. zu D.21.2.26 (die Unversehrtheit des Textes unterstellt) hinzunimmt³⁹⁸. Es mag nach einem Klischee (und der Wiederaufnahme alter Polemiken³⁹⁹) klingen, wenn man Paulus vorwirft, daß er mit dogmatischen Figuren gleichsam „rhetorisch“ spielt. Man denke nur an die fast manierierte und wenig praktikable Verflechtung von *actiones* und *exceptiones*, wie sie uns in fr. 45.1 entgegentritt⁴⁰⁰. Um bestimmte Effekte zu erreichen, bedarf es der Auswahl der für sie brauchbaren Argumente. Was nicht paßt, bleibt beiseite; dafür ist in fr. 43 sq. das Schweigen des Paulus über die ihm gut bekannte Problematik der Ausbildungskosten als „Übermaß“ charakteristisch. Auch hier wäre wieder zu fragen, ob die „teleologische Verengung“ der Argumentation mit der Literaturgattung der *quaestiones* (Wettbewerb um die eleganteste Lösung?) zusammenhängt.

zu 3. Das Fragment D.19.1.44 (Afric. 8 quaest.) enthält zwei Feststellungen: Schutz des bedürftigen Ersatzpflichtigen; Begrenzung des Risikos für den Verkäufer auf das *duplum* (sc. des Kaufpreises). Es ist nicht allzu viel, was man aus diesem Text für den Umgang mit dem Paulus-Text fr. 43,45 gewinnen kann. Möglicherweise läßt er uns erkennen, was die Kompilatoren in dem überlieferten Paulus-Text nicht vorgefunden hatten. Überdies stört fr. 44 den Übergang von fr. 43 zu fr. 45⁴⁰¹. Es ist zwar üblich, bei Erör-

397 vgl. auch Weßel, 196.

398 s. App. V.

399 dazu ausführlich Spengler (A. 16); vgl. einstweilen Berger, RE X 1, 1917, 695 ff.; s. auch o. bei A.384.

400 Ein ähnliches (aber in sich schlüssiges) Spiel treibt Paulus beim Mandatsexzeß; s. Nörr, Paulus (32 ad ed.) D.17.1.3, 5: ein Traktat zum Mandatsexzeß, *Historiae* III, 1899 ff. (1930 ff.) (1993).

401 s. App. III.

terung der Paulus-Fragmente 43,45 auch auf fr. 44 einzugehen. Doch ist eine Analyse aller mit fr. 44 (und damit auch mit CJ 7.47.1; a.531) zusammenhängenden Probleme hier nicht am Platz – noch weniger eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Meinungen in der Literatur⁴⁰². Daher nur einige knappe Bemerkungen.

a) Mit der derzeit vorherrschenden Meinung gehen wir davon aus, daß fr. 44 klassische Elemente enthält. Der Bedürftigkeits-Topos wird durch andere Texte bestätigt⁴⁰³. Für die Begrenzung auf das *duplum* gibt es vor allem dann gute Gründe, wenn dem Erwerber, der – wie im rekonstruierten Julian-Fall⁴⁰⁴– den fremden Sklaven freigelassen hatte, die *a.ex stipulatu* auf das *duplum* versagt werden mußte; er soll mittels der *a. empti* nicht mehr erhalten als im Normalfall der Eviktion. Dabei wird unterstellt, daß die Geltendmachung des *duplum* weitere mit der *a.empti* verfolgbare Ansprüche ausschließt.

b) Mit den Folgerungen aus dieser Prämisse kommt man auf unsichere Pfade. So ist es – trotz fr. 45 pr. – unklar, inwieweit Afrikan Meinungen Julians wiedergibt; in dem Julian-Text, mit dem Paulus gearbeitet hatte, fanden die Kompilatoren anscheinend nicht den Inhalt von fr.44. Wegen des fehlenden Kontextes ist unbekannt, wie eng der ursprüngliche Zusammenhang der beiden in fr. 44 genannten Argumente war. Von Interesse wäre vor allem der Kontext (und damit auch die Generalisierbarkeit) der Begrenzung auf das *duplum*. Hierzu ein (nicht durchwegs spekulatives) Modell.

402 Aus der älteren Lit. vgl. nur O. Lenel, SZ 51, 1931, 42; F. Pringsheim, Zur Schadensersatzpflicht des Verkäufers und des Käufers, Gesammelte Abhandlungen II, 1961, 122 ff. (1934) (mit weiteren Angaben). Vgl. im übrigen etwa Arangio-Ruiz II, 235 ff.; Medicus, 88 ff.; Schindler, 259 ff.; Honsell, 53 ff.; Kaser, RPR II, 345; Knütel, 341 ff.; Bürge, 65 ff.; R. Zimmermann, The law of obligations, 1990, 828 ff.; R.-P. Sossna, Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen, 1993, 15 ff.; Nörr, Die *condemnatio cum taxatione* . . ., SZ 112, 1995, 51 ff. (89 A.164) (= *Historiae* III, 2029 ff.); A.D`Ors, *Las quaestiones de Africano*, 1997, 374 f.; Pennitz, 471 ff.; Ph. Grzimek, *Studien zur Taxatio*, 2002, 23 ff., 54 ff.; Tafaro, 579 ff.; Weßel, 186 ff.

403 vgl. nur den *pauper* in Cels. D.6.1.38, die Berücksichtigung der *mediocres facultates* in Cels. 37 dig. D.31.30.

404 s. o. IV vor A.75.

Die Empfehlung, das Interesse auf das *duplum* zu begrenzen, richtet sich dem ersten Anschein nach an den *iudex*. Hier drängt sich die Parallele zu Cels. D.6.1.38 auf; dieser Text gehört zum Thema des *officium iudicis*⁴⁰⁵. An den *iudex* richtet sich aber auch die *taxatio* (Gai. inst. 4.51); sie wurde (vereinfacht) vom Prätor im Benehmen mit den Parteien (vor allem dem Kläger) in die Formel eingefügt – als Anweisung, eine bestimmte Kondemnationssumme nicht zu überschreiten⁴⁰⁶. Anders als bei der *rei vindicatio* war sie wahrscheinlich normaler Bestandteil der *a.empti*. Daraus könnte man den Schluß ziehen, daß sich die Empfehlung in fr. 44 in erster Linie an den Gerichtsmagistrat richtete; er soll sich bei der in die Formel der *a.empti* einzufügenden *taxatio* an den Standard der auf das *duplum* gerichteten Eviktionsstipulation halten. Bekanntlich ist die magistratische *taxatio* aus der Kompilation (und damit zu Unrecht auch aus der modernen Diskussion des römischen Schadensrechts⁴⁰⁷) verschwunden; somit darf man sie auch in fr. 44 nicht erwarten.

c) Die Limitierung auf das *duplum* hat einen (regionalen) Normalfall im Blick: die *stipulatio duplae* (insbesondere bei Sklavenkäufen). Wie steht es aber mit Kaufverträgen, die die Sanktion ausdrücklich über das *duplum* hinaus erweitert hatten⁴⁰⁸? Es erscheint als unglaublich, daß Afrikan die Einschränkung der Vertragsfreiheit bezweckte⁴⁰⁹. Dazu kommt, daß – die Generalisier-

405 s. o. App. VII/1.

406 vgl. Grzimek und Nörr o. A.402.

407 Eine rühmliche Ausnahme ist etwa Medicus, 56f.

408 s. Paul. 2 ad ed. aed. cur. D.21.2.56 pr. – Zur Veranschaulichung einige Urkunden, bei denen sich – mit fortschreitender Zeit – Einflüsse des römischen Rechts erkennen lassen, die aber seit jeher „gerichtsfest“ sein mußten: P. Mich. Koenen 784 (a.18); Mitteis Chrest. 220 (a.83/4); 268 (a.136); 171 (a.293); 145 (a.322/3); P. Köln V 232 (Anfang des 4. Jhds); P. Dura 26 (a.227); weitere Belege im Kommentar zu P.Köln VII 323. – Vgl. H.-A.Rupprecht, Studi C. Sanfilippo III, 1983, 611ff. und die Lit. o. A.165 u. 166.

409 s. (außer Paul. D.21.2.56 pr.) Hermog. 2 iur. ep. 74 h.t. – Paul. 5 ad Sab. D.50.17.24 stand im kaufrechtlichen Kontext; doch ist Näheres unbekannt. – Ebenfalls unbekannt ist, wie sich die Gerichte gegenüber Sanktionenkumulation verhielten; vgl. etwa den Sklavenkauf Mitteis, Chrest. 268 (a.136): Kaufpreis 700 Drachmen; Eviktionsgarantie (nicht vollständig erhalten); andert-

barkeit seiner Äußerung zum *duplum* unterstellt – wenig dafür spricht, daß er sich mit seiner Empfehlung durchgesetzt hatte⁴¹⁰. Daher ist damit zu rechnen, daß es weithin beim üblichen Verfahren der *taxatio* vor dem Gerichtsmagistrat geblieben ist.

d) Überträgt man diese Überlegungen auf die viel kritisierte Konstitution Justinians CJ 7.47.1 (a.531), so käme die dort festgelegte Begrenzung des zu ersetzenden Interesses auf das *duplum* einer „Legaltaxation“ gleich⁴¹¹; eine bewußte Anknüpfung an das inzwischen obsolet gewordene Institut der *taxatio* ist nicht auszuschließen. Indizien hierfür sind Überschrift und Kontext von CJ 7.47. Der Titel lautet: *De sententiis, quae pro eo quod interest proferruntur*; im übrigen ist das 7. Buch – beginnend mit Titel 42 – dem Prozeßrecht gewidmet. Sowohl die CJ 7.47 vorangehenden als auch die nachfolgenden Titel befassen sich mit Gerichtsurteilen. Die Parallele nicht nur zu Cels. D.6.1.38, sondern vor allem auch zu Gai. inst. 4.49 sq. ist offensichtlich. Die scheinbar materielle, schadensrechtliche Norm von CJ 7.47.1 war für die Kompilatoren Teil des Prozeßrechts⁴¹².

Unmittelbarer Anlaß der Konstitution CJ 7.47.1 waren nach ihren Worten die *dubitationes antiquae in infinitum productae*; noch heute bestätigt jede Untersuchung des *id quod interest* die Richtigkeit dieser Behauptung. Doch liest man weiter im Text (zu den *casus, qui incerti esse videntur*), so geht es dem Gesetzgeber auch um die *competens moderatio poenarum*. Das führt zu der Frage, ob er nicht auch die (bisweilen exorbitanten) Sanktionen der byzantinischen Urkundenpraxis bekämpfen wollte⁴¹³. Man könnte am Bei-

halbfaucher Kaufpreis, Verwendungen in doppelter Höhe, Vertragsstrafe und Fiskalmult jeweils 700 Drachmen.

410 vgl. etwa CJ 8.44.23 (a.293); CT 13.6.6 (a.373).

411 Die Konstitution wurde – mit vielen anderen – am 1.9.531 erlassen. Vom selben Tage stammen auch CJ 6.43.3 und 7.17.2; da beide Konstitutionen am Rande auch auf Eviktionsprobleme eingehen, bedürften sie genauerer Analyse. Zu den Reformkonstitutionen s. nur Schindler, 63 ff.; J. H. A. Lokin, *Collatio Iuris Romani* (Ét. H. Ankum) I, 1995, 263 ff. – Bekanntlich gehört CJ 7.47.1 nicht zu den *quinquaginta decisiones*; s. nur M. Varvaro, *AUPA* 46, 2000, 474.

412 vgl. auch § 287 ZPO.

413 vgl. nur StudPal I 7 II (a.454); P. Vindob. G.39 761+39 708 (ca. 500) (F. A. J. Hoogendijk, *AfP* 44, 1996, 226 ff.); zurückhaltender sind die Klau-

spiel der ravennater Urkunden zeigen, daß sich die dortigen Notare von CJ 7.47.1 nicht beeindrucken ließen⁴¹⁴. Das führt zu der weiteren Frage, ob und wie die Gerichte des 6. Jhds. die Konstitution CJ 7.47.1 anwandten. Damit wären wir beim (unhandlichen) Thema der Effektivität der justinianischen Kodifikation angelangt⁴¹⁵.

seln in Mitteis, Chrest. 270 (337/350); FIRA III 135 (a.359) (dazu M. Memmer, SZ 107, 1990, 10 ff.) – Weiteres Material bei Berger, Strafklauseln (A.164). Zum Verhältnis: CJ 7.47.1 – Urkundenpraxis s. vor allem R. De Ruggiero, BIDR 14, 1902, 93 ff.; zur Anwendung von CJ 7.47.1. auf Vertragsstrafen zuletzt Sossna (A.395), 18 ff.

414 s. Tjäder II, 20 ff. (vor allem (23) zum Formular 2b). – Auf die westliche Praxis ist hier nicht einzugehen; einige Angaben bei Nörr (2004), 157; dazu noch E. Levy, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, 1956, 216 ff.; A.Völkl, SZ 110, 1993, 427 ff.

415 vgl. Kaser, RPR II, 39, 51; s. auch die Lit. bei Bretone, Geschichte, 418 ff.

Quellenindex

I. Juristische Quellen (außer Corpus Iuris Civilis)

Basiliken (mit Scholien und Tipukeitos)		1.17	38
		1.18 sq.	36
11.1.74	52	1.28 sq.	38
15.1.27.5 sq.	122ff.	2.152 sq.	37
17.1.54.1	107	2.276	38
19.19.25	65	3.20	60
19.11.24 sq.	106f.	4.49 sq.	131f.
 Codex Theodosianus		 Gnomon des Idioslogos	
1.4	73	21	37
13.6.6	132		
		Gortyn	
Collatio		I 15 sq.	84
12.7	49		
		Lex XII tab.	
Fragm. Dositheanum		II 1	84
1	75, 82	VI 6	84
13 passim	36	VII 12	26, 67, 84
 Frag. Pap. Par. (FIRA III 441 ff.)		 lex Irnitana	
	17	84	34f.
 Fragm. Vaticana		 Pauli Sententiae	
10	99f.	2.17.1 sq.	99, 113
44	33	4.1.5	35
225	19	4.9.5	82
227	11	5.25.4	61
 Gai. inst.		 Scholia Sinaitica	
1.7	27	VIII 18	121

II. *Corpus Iuris Civilis*

Deo auctore		9.2.51.2	120
7	11	9.2.52.2	70
Tanta		10.3.29 pr.	49
1	9	11.3.14.8 sq.	61, 109
17	9	13.6.17.3	69, 82f.
		13.6.22	49
Inst. Iust.		13.7.25	54, 121 passim.
1.6.4 sq.	36	15.1.54	114
2.25 pr.	18	15.1.58	114
3.19.2	81	16.3.11	35
Digesta (ohne D.19.1.43–45)		16.3.31	83
1.1.1	68, 74f., 85	17.1.3.5	129
1.1.4	16f.	17.1.29.4	34
1.1.7	16	18.1.34	81f.
1.1.10.1	83	18.1.70	22
1.1.11	82f.	18.4.8	55, 115
1.2.44 sq.	18	18.7.10	36
1.3.3	68	19.1.11.1	52, 113
1.3.6	68, 82, 84	19.1.11.3	57
1.3.36 sq.	82	19.1.11.8	52
1.4.2	18, 82	19.1.11.18	33, 45, 108, 113
1.5.15	20	19.1.13.5	45
2.15.5	128	19.1.13.9	108
2.15.12	35	19.1.13.22	47
4.3.7 pr.	55	19.1.28	112
4.4.16.4	82	19.1.29	108, 113
5.1.28.5	12, 82	19.1.30.1	108
5.3.25.6	42	19.1.38.1	47
5.4.3	12, 82, 84	19.1.38.2	128
6.1.13	53	19.2.22.3	82
6.1.27.5 sq.	54f., 122ff.	19.2.45.1	49
6.1.31	30, 53	19.5.5.5	45
6.1.32	37, 53	21.1.1.1	56
6.1.38	120 passim.	21.1.23.7	56
9.2.27.10	49	21.1.28	57
9.2.31	128	21.1.29.3	56

21.1.30.1	56	21.2.74	131
21.1.31.20	52, 57, 111, 113	21.2.76	97, 99, 112
21.1.36	45	22.6.9.2	42
21.1.43.6	61	23.4.25	27
21.1.47 pr.	26, 43, 61, 98 passim	25.1.8	121 passim
21.1.58.2	57	25.1.15	121
21.1.60	56	26.1.3.4	120
21.2.2	113	26.2.30	11
21.2.6	50	26.4.3.3	79
21.2.7	118	26.7.19	33
21.2.8	108, 113	27.1.24	19
21.2.9	46, 99, 108	27.6.12	33
21.2.11.1	116	28.5.85 pr.	80f.
21.2.12	114	30.84.5	108, 113
21.2.17 sq.	53, 112, 118	30.120.2	33
21.2.19 pr.	44	31.30	130
21.2.19.1	55	31.79	39
21.2.21.1	43	32.39.1	18
21.2.25	26f., 106ff.	32.79	81
21.2.26	10, 26f., 30, 32, 35, 43, 46, 55, 60, 106ff., 129	34.5.27	16, 38
21.2.29 pr.	65	35.1.90	16, 38
21.2.32 pr.	57	35.1.92	25
21.2.34 pr.	26	35.2.36.4	45
21.2.37	111	37.1.10	42
21.2.39.1,3	99	37.14.17	61
21.2.39.4	23, 26	38.1.7.4	19, 85f.
21.2.51.3	112	38.1.42	19
21.2.52	99	38.1.47	19
21.2.54	112	38.2.29	19
21.2.56 pr.	116, 131	38.15.2.5	42
21.2.60	55, 113, 115	38.16.3.3	37
21.2.64 pr.	30	40.1.15	36
21.2.66.2	106	40.2.20	36
21.2.69.3	112	40.3.4	22
21.2.70	9, 55f.	40.4.11 pr.	40, 60, 105
		40.4.40.1	18, 86
		40.4.46	38
		40.5	19

40.5.10.2	55	44.4.2.5	42
40.5.15	24	44.4.14	53
40.5.21	23	45.1.5 pr.	111, 113
40.5.24.11	38	45.1.83.13	53
40.5.24.21 sq.	16, 24 ff., 38 ff., 40 f., 43, 59 passim, 77 passim, 103 ff., 109	45.1.83.5 45.1.85.5 45.1.103 45.1.137.7 45.1.139	81 f. 99 49 15 99
40.5.25	24, 29, 45, 79 ff., 109	45.2.8	33
40.5.26	104	46.3.38	12
40.5.26 pr.	36	46.3.98.8	81, 113
40.5.26.1	22, 41	46.5.10	27
40.5.26.2	24	46.8.8.2	44
40.5.26.11	24, 59 f., 80	47.2.10	60
40.5.27	24, 60, 79 f.	48.3.2.1	80
40.5.28 pr.	80 f.	48.10.1.3	61
40.5.29	24. 59 f., 79	49.15.12.9	16, 84
40.5.30.16	36	50.16.79.1	54, 121 passim
40.5.31.4	24	50.17.1	69 passim
40.5.33 pr.	86	50.17.24	131
40.5.33.2	40	50.17.34	50, 116
40.5.51.3	23, 40, 59, 75	50.17.126.1	45
40.5.51.10	112	50.17.144	83
40.7.9.1	32, 34	50.17.176.1	44
40.7.10	112		
40.9.12.1 sq.	80	Codex	
40.9.30 pr.	37	4.44.8	82
40.12.5	45	4.51.3	53, 112, 118
40.12.14 sq.	22	4.52.5	15
40.13.2	45	5.4.6	73
40.13.4	11, 21 passim, 33, 78, 81	6.4.4.27 6.21.4	86 36
40.14.6	25	6.43.1	30
42.8.24	50	6.43.3	132
43.1.2.3	97	7.4.17	80
43.26.2.2	83	7.6.1	37
44.2.25.1	61	7.17.2.1	52, 132

7.18.1	22, 78f.	8.44.17	54
7.23.3	39	8.44.23	132
7.42 sq.	132	8.44.27	65
7.47.1	130 passim	8.44.30	65
8.44.9	47, 59	8.51.3	15
8.44.16	54	9.22.1	73

III. Literarische Quellen

Ael. Arist. hier. logoi		14.2	69, 83
IV 23	12	HA Pesc. Niger 7.4	12
Aristoteles		Alex. Sev. 26.5	12
EN I 30, 1049b	75	Iren. adv. haer. II 25.1	69
V 13, 1137a	68	Lact. Div. inst. 5.11 sq.	75
VI 5, 1140a	68	Lukian	
hist. anim.		de salt. 69 passim	30
7.4.36	12	de spect. 172	30
Rhet.		Platon, Politikos 295a	68
I 34, 1375a	82	Plin. ep.	
Cass. Dio (Xiph.)		1.10	12
80 bis 1 sq.	75	1.22	69
Cicero		Plutarch, maxime cum	
Brutus 152	68	principibus viris ...	12
de fin. 2.55	18	Quint. inst. or.	
de leg. 1.17	75	1 praef.10	83
1.60	68	2.17.14	82
pro Murena 23	74	2.20.5	69
de off. 1.18 sq.	68, 74	7.6.1	70
3.50	83	12.2.3	82f.
3.68	83	Seneca	
3.89 sq.	83	ep.94.27	29
de or. 1.129 sq.	75	de ira 2.28	83
top. 87 sq.	68	Varro,	
Tusc. 1.64	16	de re rust. 2.5.10	111, 116
Gell. NA			
12.3	70		

IV. Inschriften

ann.ép. 1997, 362	36	SEG XXXV 1167	36
1998, 160	20	Thyateira (Tyche 12, 1997, 11 ff.)	11
CEL 95	22	TH	
CIL X 4917	36	60	57f.
IK (Ephesus) 17.2.43.28	84	77 passim	39
ILS 7776	12	TPS	
Militärdiplome		40	39
(ZPE 148, 2004, 259 ff.)	12	43	58

V. Papyri.

FIRA III		270	133
132 sq.	15, 116	P.Dura 26; s. FIRA III 138	
135	54, 133	P.Köln V 232	15, 51, 54, 131
136	51	P.Lips. II 151	37
138 (P.Dura 26)		P.Lond. I 113	82
	48, 51, 54, 131	P.Mich.Koenen 784	131
Mitteis, Chrest.		P.Oxy XLI 2951	15, 116
145	131	P.Vind.G 39761+39708	132
171	131	SB XII 10967	61
220	131	Stud.Pal.I 7	132
268	131		