

ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

135. B A N D

HERAUSGEGEBEN VON
U. BABUSIAUX, W. KAISER, M. SCHERMAIER,
H.-P. HAFERKAMP, P. OESTMANN, J. RÜCKERT,
H. DE WALL, M. SCHMOECKEL, A. THIER

ROMANISTISCHE ABTEILUNG

**ELEKTRONISCHER
SONDERDRUCK**

2018

SAVIGNY VERLAGSGESELLSCHAFT MBH, WIEN

Die **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte** [ZRG] erscheint jährlich in drei selbständigen Abteilungen. Sie veröffentlicht Beiträge zur rechtshistorischen Forschung und berichtet über das einschlägige wissenschaftliche Schrifttum. Richtlinien zur Manuskriptgestaltung und vieles mehr unter www.savigny-zeitschrift.com. Redaktion der ZRG: Dr. Reinhard Rauch, Waldheimatweg 33, A-8010 Graz, r.rauch@Savigny-Zeitschrift.com, www.savigny-zeitschrift.com

Die Herausgeber und ihre Anschriften seit Januar 2017:

Romanistische Abteilung

Prof. Dr. **Ulrike Babusiaux**, Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung, Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich, Rämistrasse 74/41, CH-8001 Zürich, ulrike.babusiaux@uzh.ch (Rezensionen)

Prof. Dr. **Wolfgang Kaiser**, Institut für Rechtsgeschichte und geschichtliche Rechtsvergleichung – Romanistische Abteilung, Albert-Ludwigs-Universität, Platz der Alten Synagoge, D-79085 Freiburg, wolfgang.kaiser@jura.uni-freiburg.de (Aufsätze und Miscellen zum altorientalischen, griechischen und byzantinischen Recht sowie zum römischen Recht der Spätantike und des Mittelalters)

Prof. Dr. **Martin J. Schermaier**, Institut für Römisches Recht und Vergleichende Rechtsgeschichte, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Adenauerallee 24–42, D-53113 Bonn, schermaier@jura.uni-bonn.de (Aufsätze und Miscellen zum römischen Recht der Republik und des Prinzipats sowie zur Rezeptions- und Wirkungsgeschichte des römischen Rechts)

Germanistische Abteilung

Prof. Dr. **Peter Oestmann**, Institut für Rechtsgeschichte, Westfälische Wilhelms-Universität, Universitätsstraße 14–16, D-48143 Münster, oestmann@uni-muenster.de (Aufsätze, Miscellen und Besprechungen für die Zeit bis 1800)

Prof. Dr. Dr. h.c. **Joachim Rückert**, Neuere Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte, Zivilrecht und Rechtsphilosophie, Goethe-Universität FB 01 Fach 13, Postfach 11 19 32, D-60054 Frankfurt, rueckert@jur.uni-frankfurt.de (Aufsätze und Miscellen für die Zeit ab 1800 sowie Gastbeiträge)

Prof. Dr. **Hans-Peter Haferkamp**, Direktor des Instituts für Neuere Privatrechtsgeschichte, Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte, Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, D-50923 Köln, hans-peter.haferkamp@uni-koeln.de (Aufsätze, Miscellen und Besprechungen für die Zeit ab 1800)

Kanonistische Abteilung

Prof. Dr. **Andreas Thier**, Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, Ist.thier@rwi.uzh.ch (Aufsätze und Miscellen zum kanonischen Recht)

Prof. Dr. **Heinrich de Wall**, Hans-Liermann-Institut, Hindenburgstraße 34, D-91054 Erlangen, hli@fau.de (Aufsätze und Miscellen zum Evangelischen Kirchenrecht und Staatskirchenrecht)

Prof. Dr. **Mathias Schmoeckel**, Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte, Universität Bonn, Adenauerallee 24–42, D-53113 Bonn, rgesch@jura.uni-bonn.de (Literatur)

ISSN 0323-4096

ISBN 978-3-903195-05-9 (Einzelband)

© 2018 Savigny Verlagsgesellschaft mbH, A-1010 Wien. Alle Rechte vorbehalten.

Satz: Vogelmedia GmbH, A-2102 Bisamberg, www.vogelmedia.at

Druck und Herstellung in der EU

ZRG RA 135 (2018)

ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG

Inhalt des 135. Bands

Aufsätze:

Albers, Gregor, Zum Versprechen als Verpflichtungsgrund in der Spätantike: Urkundenpraxis, Kirchenlehrer und der westgotische Gaius . . .	334
Babusiaux, Ulrike, Römisches Erbrecht im Gnomon des Idios Logos . .	108
De Jong, Hylkje, Increase in Liability by Aestimatio/Διατίμησις: A Survey from Classical Roman Law to Byzantine Law	364
Finkenaier, Thomas, Drittwirkende pacta im klassischen Recht	178
Giglio, Francesco, The Concept of Ownership in Roman Law	76
Jakab, Éva, Prozess um eine entlaufene Sklavin (P.Cair.Preis. ² 1): Vertrag in der provinziellen Rechtskultur	474
Jauß, Steffen M., Zur Konzeption des Vertrages zwischen Pharao Ramses II. und Großkönig Hattusili III. (1259 v.Chr.)	21
Liebs, Detlef, Wenn Fachliteratur Gesetz wird: Inwieweit wurden römische Juristenschriften im Lauf der Jahrhunderte überarbeitet?	395
Pfeifer, Guido, Das Recht im Kontext normativer Ordnungen der Welt des Alten Orients	1
Wacke, Andreas, In pecuniam ludere: Die Rechtsfolgen verbotener Glücksspiele nach dem prätorischen Edikt – Rechtsschutzversagung als sozialpolitisches Programm	261
Zimmermann, Reinhard/Jakob Gleim, Überlebens- oder Kommorientenvermutung bei „gemeinsamer Kalamität“? Schottland, England und die kontinentaleuropäische Rechtsentwicklung	526

Miszellen:

Beikircher, Hugo, Ad gladium (zu Coll. Mos. 11,7)	603
Kaiser, Wolfgang, Zur Textkritik von D. 38,10,1,6 (Gai. 8 [16] ed. prov.) .	633
Kaiser, Wolfgang, Zur Textkritik von Ulpianus (?), lib. sing. reg. 11,4 . .	629
Sotulenko, Eduard, „Usu non capta“ und „morte Cincia removetur“ in frg. Vat. 259	592

IV

Stagl, Jakob Fortunat, Caesars Koch oder das Schweigen der Quellen:
Zur Kritik Varvaros am didaktischen System des Gaius 582

Trump, Dominik, Die Tironiana der Handschrift Paris, Bibliothèque Na-
tionale, lat. 4416 607

Varvaro, Mario, J.C. Maier – ein bereits bekannter Helfer Bluhmes bei der
Transkription des Veroneser Codex Iustinianus 619

Dokumente:

Beggio, Tommaso, Paul Koschaker und die Reform des romanistischen
Rechtsstudiums in Deutschland. Ein unveröffentlichtes Dokument . . 645

Bock, Oliver, Fünf unveröffentlichte Briefe einer Korrespondenz zwischen
Savigny und Charles Purton Cooper 637

Literatur:

Anzeigen 835

Rezensionen 681

Neuerscheinungen 877

Ancient Law, Ancient Society. Hg. von Dennis P. Kehoe/Thomas A.J.
McGinn 855
Anzeige von Ulrike Babusiaux

Außergerichtliche Konfliktlösung in der Antike, Beispiele aus drei Jahrtau-
senden. Hg. von Guido Pfeifer/Nadine Grotkamp 850
Anzeige von Ulrike Babusiaux

Cardilli, Riccardo, Damnatio e oportere nell'obbligazione 764
Besprochen von Pascal Pichonnaz

Coffee, Neil, Gift and Gain. How Money Transformed Ancient Rome . . 748
Besprochen von Wolfgang Ernst

Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS), Teil IV:
Stellung des Sklaven im Privatrecht. 3: Erbrecht. Aktive Stellung, Per-
soneneigenschaft und Ansätze zur Anerkennung von Rechten, bearbei-
tet von Martin Avenarius 709
Besprochen von Jakob Fortunat Stagl

Czajkowski, Kimberley, Localized Law. The Babatha and Salome Ko-
maise Archives 714
Besprochen von Tiziana J. Chiusi

D'Alessio, Raffaele, Studii sulla capitis deminutio minima. Dodici tavole
– giurisprudenza – editto 864
Anzeige von Martin J. Schermaier

V

Deli, Gergely, <i>Salus rei publicae</i> als Entscheidungsgrundlage des römischen Privatrechts	859
Anzeige von Jakob Fortunat Stagl	
Deppenkemper, Gunter, <i>Negotiorum gestio</i> – Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts	779
Besprochen von Franz-Stefan Meissel	
Dursi, Domenico, <i>Res communes omnium</i> . Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica	752
Besprochen von Anna Plisecka	
Erxleben, Friederike, <i>Translatio iudicii</i> . Der Parteiwechsel im römischen Formularprozess	724
Besprochen von Jörg Domisch	
Furfaro, Federica, <i>Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento</i> . Le note italiane al <i>Lehrbuch des Pandektenrechts</i> di B. Windscheid	830
Besprochen von Martin Avenarius	
Gagarin, Michael/Paula Perlman, <i>The Laws of Ancient Crete, c. 650–400 BCE</i>	837
Anzeige von Gerhard Thür	
Harke, Jan Dirk, <i>Precarium</i> . Besitzvertrag im römischen Recht	861
Anzeige von Susanne Heinemeyer	
Hillmann, Reinhard, <i>Brautpreis und Mitgift</i> . Gedanken zum Eherecht in Ugarit und seiner Umwelt mit einer Rekonstruktion des im Ritual verankerten „Schlangentext“-Mythos	835
Anzeige von Guido Pfeifer	
Inscriptiones Graecae [IG] II/III ³ 1,4 ed. Michael J. Osborne/Sean G. Byrne; II/III ³ 4,1 ed. Jaime Curbera/Andronike K. Makres; II/III ³ 4,2 ed. Jaime Curbera; IV ² 3 ed. Ericus Sironen; X 2,1s ed. Pantelis M. Nigdelis; XII 4,3 ed. Dimitris Bosnakis/Klaus Hallof	845
Anzeige von Gerhard Thür	
Laborenz, Martin, <i>Solutio als causa</i> . Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht	786
Besprochen von Martin J. Schermaier	
Leão, Delfim F. /P.J. Rhodes, <i>The Laws of Solon. A New Edition with Introduction, Translation and Commentary</i>	843
Anzeige von Gerhard Thür	
Lukits, Rainer, <i>Der Schiedsspruch des C. Helvidius Priscus</i>	701
Besprochen von Philipp Scheibelreiter	

VI

Natalini, Cecilia, „Bonus iudex“. Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna	808
Besprochen von Susanne Lepsius	
Nowak, Maria, Wills in the Roman Empire. A Documentary Approach . .	800
Besprochen von Benedikt Strobel	
Oath and State in Ancient Greece, hg. von Alan H. Sommerstein/Andrew J. Bayliss	849
Anzeige von Nadine Grotkamp	
Oath and Swearing in Ancient Greece, hg. von Alan H. Sommerstein/Isabelle C. Torrance	849
Anzeige von Nadine Grotkamp	
Ogereau, Julien M., Paul's Koinonia with the Philippians. A Socio-Historical Investigation of a Pauline Economic Partnership	685
Besprochen von Andreas M. Fleckner	
Ownership and Exploitation of Land and Natural Resources in the Roman World. Hg. von P. Erdkamp/K. Verboven/A. Zuiderhoek . .	862
Anzeige von Paul J. du Plessis	
The Oxford Handbook of Roman Law and Society, hg. von Paul J. du Plessis/Clifford Ando/Kaius Tuori	739
Besprochen von Franz-Stefan Meissel	
Paulus, Christoph G., Der Prozess Jesu – aus römisch-rechtlicher Perspektive	743
Besprochen von Detlef Liebs	
Reassessing Legal Humanism and its Claims. Petere Fontes? Hg. von Paul J. du Plessis/John W. Cairns	814
Besprochen von Christoph Becker	
Scharff, Sebastian, Eid und Außenpolitik. Studien zur religiösen Fundierung der Akzeptanz zwischenstaatlicher Vereinbarungen im vorrömischen Griechenland	681
Besprochen von Nadine Grotkamp	
Seelentag, Anna Margarete, Ius pontificium cum iure civili coniunctum. Das Recht der Arrogation in klassischer Zeit	870
Anzeige von Martin J. Schermaier	
Tuori, Kaius, The Emperor of Law: The Emergence of Roman Imperial Adjudication	757
Besprochen von Wolfram Buchwitz	
van Dongen, Emanuel G.D., Contributory Negligence: A Historical and Comparative Study	818
Besprochen von Maria Floriana Cursi	

VII

Zanetti, Francesca, Gli Ebrei nella Roma antica – Storia e diritto nei secoli III–IV d.C.	875
Anzeige von Matthias Armgardt	
Zarro, Gianluca, Aspetti dell'autonomia negoziale dei Romani. Dalla fides ai nova negotia	868
Anzeige von Martin J. Schermaier	
In memoriam:	
Hans-Peter Benöhr, 14.3.1937–22.7.2017. Von Jens Peter Meincke	933
Georg Klingenberg, 31.1.1942–31.7.2016. Von Markus Wimmer	920
Joseph Méléze Modrzejewski, 8.3.1930–30.1.2017. Von Julie Velissaropoulos-Karakostas	928
Peter Stein, 29.5.1929–7.8.2016. Von Richard Fentiman, Richard Helmholtz, David Johnston und Reinhard Zimmermann	921
Chronik:	
Darstellung und Gebrauch der senatus consulta in der römischen Jurisprudenz der Kaiserzeit, 19.–20. Mai und 23.–24. Juni 2017, Münster. Von Gregor Albers	935
Mitteilungen:	
XI. Internationaler Romanistischer Preis Gérard Boulvert	943
Zum Tode Dieter Nörrs	944
Quellenverzeichnis	
erstellt von den Herausgebern	945

VIII

**Verzeichnis der Autorinnen und Autoren
von ZRG RA 135 (2018)**

Dr. Gregor Albers, Bonn, S. 334, 935
Prof. Dr. Matthias Armgardt, Konstanz, S. 875
Prof. Dr. Martin Avenarius, Köln, S. 830
Prof. Dr. Ulrike Babusiaux, Zürich, S. 108, 850, 855, 877
Prof. Dr. Christoph Becker, Augsburg, S. 814
Dr. Tommaso Beggio, Helsinki – Trient, S. 645
Dr. Hugo Beikircher, München, S. 603
Dr. Oliver Bock, Jena, S. 637
Prof. Dr. Wolfram Buchwitz, Würzburg, S. 757
Prof. Dr. Tiziana J. Chiusi, Saarbrücken, S. 714
Prof. Dr. Maria Floriana Cursi, Teramo, S. 818
mr. dr. Hylkje De Jong, Amsterdam, S. 364
Dr. Jörg Domisch, Freiburg (Br.), S. 724
Prof. Dr. Paul J. du Plessis, Edinburgh, S. 862
Prof. Dr. Wolfgang Ernst LL.M., Oxford, S. 748
Prof. Richard Fentiman MA BCL, Cambridge, S. 921
Prof. Dr. Thomas Finkenauer, Tübingen, S. 178
Dr. Andreas M. Fleckner LL.M. MPA, München, S. 685
Prof. Dr. Dr. Francesco Giglio, Guildford (Surrey), S. 76
Jakob Gleim, Hamburg, S. 526
PD Dr. Dr. Nadine Grotkamp, Frankfurt (M.), S. 681, 849
PD Dr. Susanne Heinemeyer, Mainz, S. 861
Prof. Dr. Dr. h.c. Richard Helmholtz, Chicago, S. 921
Prof. Dr. Éva Jakab, Szeged – Oxford, S. 474
Steffen Michael Jauß BA, Frankfurt (M.), S. 21
Hon. Prof. David Johnston PhD LLD, Edinburgh, S. 921
Prof. Dr. Wolfgang Kaiser, Freiburg (Br.), S. 629, 633, 877
Prof. Dr. Susanne Lepsius MA, München, S. 808
Prof. em. Dr. Dr. h.c. Detlef Liebs, Freiburg (Br.), S. 395, 743

ZRG RA 135 (2018)

IX

- Prof. em. Dr. Jens Peter Meincke, Köln, S. 932
Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel, Wien, S. 739, 779
Prof. Dr. Guido Pfeifer, Frankfurt (M.), S. 1, 835
Prof. Dr. Pascal Pichonnaz LL.M., Fribourg – Washington (DC), S. 764
Dr. Anna Plisecka, Zürich, S. 752
Univ.-Prof. Dr. Philipp Scheibelreiter, Linz – Wien, S. 701
Prof. Dr. Martin J. Schermaier, Bonn, S. 786, 864, 868, 870, 943, 944
Eduard Sotulenko, Bochum, S. 592
Prof. Dr. Jakob Fortunat Stagl, Santiago (Chile), S. 582, 709, 859
Dr. Benedikt Strobel, München, S. 800
Prof. em. Dr. DDr. h.c. Gerhard Thür, Wien, S. 837, 843, 845
Dominik Trump MA, Köln, S. 607
Prof. Dr. Mario Varvaro, Palermo, S. 619
Prof. Dr. Julie Velissaropoulos-Karakostas, Athen, S. 928
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Andreas Wacke, Köln, S. 261
ao. Univ.-Prof. Dr. Markus Wimmer, Linz, S. 920
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, Hamburg, S. 526, 921

VI.

**In pecuniam ludere:
Die Rechtsfolgen verbotener Glücksspiele
nach dem prätorischen Edikt**

Rechtsschutzversagung als sozialpolitisches Programm

Von

Andreas Wacke^{*)}

In pecuniam ludere. The legal consequences of gambling according to the Praetorian Edict. Roman law as well as modern law did not recognize betting or gambling as valid contracts and thus denied any claims. Even the reclaim of a sum payed was denied, unless it was caused by cheat, or if the payer was under age or *alieni iuris*. Betting gave rise to an action only if it concerned competitions held for the sake of physical exercise. The Pretorian Edict refused the owner of a gambling den claims for damages if he was beaten up, or if something was stolen during the gambling from his establishment. It is doubtful, however, whether these negative sanctions effectively curtailed gambling. In a special constitution of 529 AD, the young Emperor Justinian prohibited gambling severely and allowed the repetition of voluntary payment in an extremely paternalistic manner. Although this constitution was edited (but only in Greek) four years before the Digest came into force, its contents was apparently not received by the compilers, neither was it recognised centuries later in the Usus Modernus.

Keywords: Gambling, dicing, betting – repetition of *indebiti solutum* – *obligatio naturalis* – *soluti retentio* – *denegatio actionis*.

**I. Modernes Recht, rechts- und kulturgeschichtliche
Grundlagen, bisheriges Schrifttum^{**)}**

1. Spiel und Wette begründen gemäß § 762 BGB keine Verbindlichkeit. Der Gewinner kann vom Verlierer nichts verlangen. Andererseits kann der Verlierer das auf eine Spiel- oder Wettschuld Geleistete aber auch grundsätz-

^{*)} Dr. jur., Dr. h. c. mult., LLD h. c., em. o. Professor für Römisches Recht, Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Köln, E-Mail: Andreas.Wacke@uni-koeln.de. Marek Kuryłowicz danke ich sehr für seine gründliche Lektüre meines Textes und für freundschaftliche Anmerkungen dazu.

^{**)} Wichtige Beiträge zum Thema in alphabetischer Reihenfolge: Brembilla

lich¹⁾ nicht zurückfordern. Diese Regelung findet sich gegenwärtig fast in allen Rechtsordnungen²⁾. Die Stellungnahme des Rechts zu Spiel- und Wett-schulden ist demnach negativ. Rechtsschutz, Erfüllungszwang, wird in beiden Richtungen versagt. Weder zur Durchsetzung noch zur Rückabwicklung stellt die Rechtsordnung Zwang zur Verfügung. Prozesse über Spiel- und Wett-schulden sollen, gleichviel ob die Leistung schon erbracht ist oder nicht, möglichst gar nicht stattfinden³⁾. Es gilt „wer hat, der hat“, *quieta non move-re* oder *in pari turpitudine melior est causa possidentis*. Zu einer Änderung der Vermögenslage stellt die Rechtsordnung weder in der einen noch in der anderen Richtung Durchsetzungszwang zur Verfügung. Schon die Herkunft der romanischen Wörter *jeu*, *gi(u)oco*, *juego* vom lateinischen Wort *iocus* (Scherz, Spaß, Belustigung, Zeitvertreib) weist darauf hin, dass Abkommen über Spiel und Wette „unernst“ gemeint sind⁴⁾ und sich damit außerhalb der

Fn. 32; Dorn Fn. 11; Glück Fn. 15; Glück/Manenti Fn. 23; Henssler Fn. 3; Impallomeni, Scritti, Fn. 16; Kuryłowicz, ZRG RA 102, Fn. 14; Pollera Fn. 45; Quintana Orive Fn. 46; Schoenhardt Fn. 42; Wacke (Spiel und Wette) Fn. 60. Für Digesten-Übersetzungen ins Deutsche verwende ich die Abkürzungen: OSS = Otto/Schilling/Sintenis, Leipzig 1835, 2. Aufl. 1839; BKKS = Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, Heidelberg 1995–2012.

¹⁾ Sich aus allgemeinen Grundsätzen ergebende Ausnahmen (beachtliche Willensmängel, fehlende Geschäftsfähigkeit des Leistenden) werden in ausländischen Gesetzbüchern für die Rückforderung von Spielschulden öfters ausdrücklich genannt, s. u. Fn. 178. In § 762 Abs. 1 S. 2 BGB bleiben sie, da im Allgemeinen Teil geregelt, wegen dessen Geltung für alle Bücher des BGB unerwähnt. In Ermangelung ihrer ausdrücklichen Nennung in § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB bleiben diese Ausnahmen im deutschsprachigen Schrifttum unterbelichtet. Eine fälschlich angenommene Zahlungspflicht ist kein beachtlicher Willensmangel, u. Fn. 10.

²⁾ (Unvollständiger) Überblick bei F. Lorenz, Art. Spiel und Wette, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, ed. F. Schlegelberge et al., VI (1938) 423; Impallomeni, Scritti (Fn. 16); zuletzt Wacke, Spiel und Wette (Fn. 60).

³⁾ Motive zum BGB II 644; Protokolle I 2640; W. Schubert, Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Schuldrecht III, 1980, 367ff.; M. Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 1994, 428ff. (429).

⁴⁾ Von *iocus* handeln zwei Digestenstellen: Nach Paulus D. 44,7,3,2 kommt keine Stipulation zustande, wenn eine *sponsio* zwar formgerecht, aber spaßeshalber (entsprechend § 118 BGB, z. B. von Schauspielern auf der Bühne) abgegeben wird. Nach Ulpian D. 47,10,3,3 verübt keine Persönlichkeitsverletzung (*iniuria*), wer einen anderen spaßeshalber (z. B. im Karneval mit der Narrenklatsche) schlägt. Dazu der Scherzaufsatz von Th. Mayer-Maly, *Ius civile dormientibus scriptum est*, in: Tractatus de cura Iuris Romani et sorte collegii C.N. Philips van Leiden B.P., aus: R. Feenstra/F. van Schaik (eds.), *Bundel ter gelegenheid van het vierde lustrum van het dispuut Philips van Leyden* B.P., Leiden 1981, 9ff., ND in: F. Harrer u. a. (Hgg.), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*, Wien 2011, 611ff., 617.

Rechtsordnung bewegen. Um Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu können, sind sie nicht seriös genug. Heinrich Dernburg formulierte sehr fein: „Das Spiel steht im Gegensatz zu ernsten, dem Leben und der bürgerlichen Gesellschaft nützlichen Beschäftigungen. Es ist unnütz, oft sogar verderblich, denn ungezügelter Spiellust untergräbt häufig das Wohl einzelner, ja ganzer Gesellschaftskreise“⁵⁾.

Andererseits verhält sich die Rechtsordnung gegenüber Spiel- und Wett-schulden aber auch nicht gleichgültig oder indifferent. Die Versagung des Rechtsschutzes für den Gewinner bezweckt vielmehr den Schutz des Verlierers⁶⁾. Wenn der Verlierer aber seine Spielschuld als Ehrenschild ansah und freiwillig leistete, um unter den Beteiligten nicht als wortbrüchiger Schuft dazustehen⁷⁾, gab er zu erkennen, dass er sie nicht als belastend empfand; dann soll er sich nicht widersprüchlich verhalten und nachträglich anders besinnen. Vor einer Verarmung wären freilich gegebenenfalls er selber und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen zu schützen⁸⁾.

Der Ausschluss der Rückforderbarkeit nach § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB steht dem Kondiktionsausschluss bei wissentlicher Leistung auf eine Nichtschuld

⁵⁾ H. Dernburg, Pandekten II, Berlin 1886, § 104. – Die beklagenswerte Lage der von Spielleidenschaft ergriffenen, an Zahl zunehmenden Menschen, welche ihr Vermögen verloren, indem sie Tag und Nacht um Silber, Edelsteine oder Gold spielten, beschreibt Justinian in der Präambel zu seinem Reformgesetz C. 3,43,1 vom Jahre 529 (unten V 2 mit Fn. 160). Als Folge ihres Wahns wagten sie demnach sogar Gott zu lästern, und stellten sie Schuldscheine aus. – Die Bibel enthält zwar wiederholt Warnungen vor der Sucht nach schnellem Reichtum, ansonsten nehmen weder das Alte noch das Neue Testament zum Glücksspiel ausdrücklich Stellung.

⁶⁾ Henssler (Fn. 3) 431.

⁷⁾ Um eine Spielschuld bezahlen zu können, schrieb Carlo Collodi (1826–1890) sein berühmt gewordenes Meisterwerk der Jugendliteratur „Le avventure di Pinocchio“ (zuerst in einzelnen Fortsetzungen 1881–83). – Domenico Scarlatti (1685–1757), ab 1720 Klavierlehrer der portugiesischen Infantin Maria Barbara, folgte ihr nach ihrer Heirat mit dem spanischen Thronfolger Fernando nach Madrid. Als spanische Königin beglich sie mehrfach Scarlattis hohe Spielschulden. Aus Dankbarkeit (oder als Gegenleistung) komponierte Scarlatti für sie nicht weniger als 555 (meist aus nur einem Satz bestehende) Klaviersonaten. (Der Teilnahme an den bei Hofe verbreiteten Glücksspielen konnte man sich nur schwer entziehen.)

⁸⁾ Ein Anfechtungsrecht des Ehegatten, dem sein Unterhaltsanspruch wegen einer bezahlten Spielschuld verkürzt wird, enthält Art. 2146 des Código Civil von Guatemala (von 1966). Andere Kodifikationen enthalten ein derartiges Anfechtungsrecht nicht. Zu erwägen wäre allenfalls, die Vorschriften über die Schenkungsanfechtung analog anzuwenden, weil die wissentliche Bezahlung einer Nichtschuld einer Schenkung gleichkommt (vgl. § 814 Fall 1 BGB; *similis videbitur ei qui donat*, D. 46,2,12).

gemäß § 814 Fall 1 BGB nahe⁹⁾). Ausgeschlossen ist die Rückforderung aber weitergehend auch dann, wenn der auf eine Spielschuld Zahlende sich dazu als rechtlich verpflichtet ansah¹⁰⁾. Näher liegt als Parallele allerdings der Kondiktionsausschluss gemäß § 817 Satz 2 BGB bei beiderseitigem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten. Glücksspiele waren nämlich schon nach altem römischem Recht grundsätzlich verboten, D. 11,5,2,1: *Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere*.

Trotz äußerlicher Ähnlichkeit im Ergebnis ist die Spielschuld hingegen weder eine Naturalobligation¹¹⁾ (wie die verjährte Schuld, § 214 Abs. 2 BGB), noch entspricht ihre Erfüllung (wie in § 814 Fall 2 BGB) einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht. Eine Naturalobligation kann durch Bürgschaft oder Pfand gesichert werden. Ein dem Gläubiger übergebenes Faustpfand kann er noch nach der Verjährung seiner Forderung verwerten¹²⁾. Für „Schulden“ aus Spiel oder Wette bestellte

⁹⁾ Japans Zivilgesetzbuch kennt nicht die Figur der Naturalobligation und behilft sich stattdessen mit der dem § 814 Fall 1 BGB entsprechenden Vorschrift des Art. 705; siehe R. Domingo/N. Hayashi, *Código Civil Japonés*, Madrid 2000, 216 Fn. 335. – Polens Zivilgesetzbuch von 1964 enthält keinen Titel über Spiel und Wette, sondern nur innerhalb des Rechts der Ungerechtfertigten Bereicherung eine kurze Vorschrift über den Kondiktionsausschluss, Art. 413 § 1: „Wer eine Leistung aus Spiel oder Wette erfüllt, kann keine Rückgabe verlangen, es sei denn, dass das Spiel oder die Wette verboten oder unehrlich gewesen sind“ (so die deutsche Übersetzung aus: *Polnische Wirtschaftsgesetze*, 3. Aufl. Warszawa 1998).

¹⁰⁾ Henssler (Fn. 3) 438. Auf die Nichtexistenz einer Verbindlichkeit kann sich der Zurückfordernde gemäß § 762 Abs. 1 Satz 2 nicht berufen. Andere Rückforderungsgründe, insbesondere Betrug (Falschspiel), sind beachtlich.

¹¹⁾ Zur Frage ausführlich P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco*, *Rivista del diritto commerciale* 13 (1915) 97–133 = Bonfante, *Scritti giuridici varii III*, Turin 1921, 41–103 (arg polemisch). Neuerdings weit ausholend (auch zum römischem Recht im historischen Kapitel S. 47ff.) G. Schulze, *Die Naturalobligationen*, 2008, zum Ergebnis S. 665; dazu kritisch F. Dorn, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB [HKK] III*, 2013, §§ 433–853 (Unvollkommene Verbindlichkeiten) S. 2133ff., 2165 Fn. 126 mit ausführlichem dogmengeschichtlichem Überblick über den Streit der Lehrmeinungen zur Naturalobligation. Die jetzt amtliche Überschrift „Unvollkommene Verbindlichkeiten“ vor § 762 BGB ist irreführend, weil Spiel und Wette nach richtiger Ansicht gar keine Rechtsverbindlichkeit begründen und weil Naturalobligationen im BGB auch außerhalb des Titels 19 geregelt sind.

¹²⁾ § 216 Abs. 1 BGB „Versatz verjährt nicht“, *Vincula pignoris durant personali actione submota*, Gordian C. 8,30(31),2 (anno 240 n. Chr.). Diese Ausnahme gilt richtigerweise nur für ein dem Gläubiger übergebenes Pfand, weil dessen Innehabung einer Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung gleichkommt, so Justinus C. 7,39,7 (anno 525 n. Chr.); ebenso österr. ABGB § 1483; Schweizer ZGB

akzessorische Sicherheiten sind hingegen in Ermangelung einer sicherbaren Forderung wirkungslos und zurückzugewähren¹³⁾. Erfüllungszwang darf auch nicht mittelbar ausgeübt werden. Nicht rückforderbar wäre allerdings eine Leistung an Erfüllung Statt. Unwirksam sind auch Vertragsstrafeversprechen. Aufrechnen kann nur der Verlierer, nicht der Gewinner; denn die mit der Aufrechnung verliehene Befugnis zur Selbstbefriedigung ist dem Gewinner verwehrt.

Ansprüche aus Spiel und Wette sind auch dann nicht klagbar, wenn sie in ein Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis umgewandelt wurden (§ 762 Abs. 2 BGB). Im römischen Recht wurden stipulierte Spielschulden (da vom Senat verboten) mit dem Spieleinwand, der sogenannten *exceptio negotii in alea gesti* entkräftet¹⁴⁾. Mittels einer Erfüllungszusage (also durch *constitutum debiti*) ließ sich eine Spielschuld ebenfalls nicht bekräftigen, denn

Art. 140; im Erg. auch schon preuß. ALR I 20 § 246. Zu weitgehend lässt § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB die Verwertung auch von im Besitz des Schuldners befindlichen Sachen zu. Durch die Novelle der Schuldrechtsmodernisierung vom 26.11.2001 wurde dies durch § 216 Abs. 2 Satz 2 BGB sogar auf den Eigentumsvorbehalt erstreckt. Diese legislatorisch verfehlte Regelung führt praktisch zur Unverjährbarkeit dinglich gesicherter Ansprüche, sie widerspricht dem Prinzip, dass nach eingetretener Verjährung kein Beteiligter mehr vom anderen etwas verlangen kann; siehe eingehend A. Wacke, Kritik an der „Unverjährbarkeit“ dinglicher gesicherter Ansprüche, in: M. Schöpfunglin u. a. (Hgg.), Von der Sache zum Recht, Festschrift für Volker Beuthien, 2009, 75–96.

¹³⁾ MünchKomm/Habersack, 7. Aufl. 2017, § 762 BGB Rz. 18. Übergibt jeder Wettpartner dem anderen zur Sicherung der bedingten Wettschuld einen Ring, dann darf der spätere Gewinner den ihm übergebenen Ring nicht verwerten. Beide Ringe sind vielmehr Zug um Zug zurückzugewähren. Die Verpfändung zur Bekräftigung der Wettschuld ist noch keine Erfüllung. Zu D. 19,5,17,5 i.f. siehe A. Wacke, Gloria und virtus als Ziel athletischer Wettkämpfe und die Unbescholtenheit der Athleten sowie die erlaubten Sportwetten nach römischen Rechtsquellen, in: P. Mauritsch / Chr. Ulf (Hgg.), Kultur(en): Formen des Alltäglichen in der Antike, Festschrift für Ingomar Weiler I, Graz 2013, 193–236, 215f. Nach der zutreffenden Klarstellung durch Art. 1933 Abs. 2 des revidierten Codice civile italiano von 1942 ist die Rückforderung erst dann ausgeschlossen, wenn die Leistung „dopo l'esito di un giuoco o di una scommessa“, also nach dem bekannt gewordenen Ergebnis von Spiel oder Wette erfolgte. Im Interesse des zu schützenden Verlierers sollte der späteste der möglichen Zeitpunkte gewählt werden.

¹⁴⁾ Ulpian D. 22,3,19,4 (*sive in alea gestum esse contendatur*); Paulus D. 44,5,2,1 (*exceptione summovebitur emptor*); O. Lenel, Edictum perpetuum [1883], 3. Aufl. 1927, 176, 512; M. Kuryłowicz, Das Glücksspiel im römischen Recht, ZRG RA 102 (1985) 205, 206. Die genaue Bezeichnung der Einrede ist so nicht quellenmäßig. Die Eingehung einer Novationsstipulation führte zur Umkehrung der Beweislast: Der die Einrede vorschützende Beklagte musste nachweisen, dass eine Spielschuld zugrunde

das *constitutum* einer nicht existenten Schuld war ohne Wirkung¹⁵). Nicht in Stipulationsform versprochene Spiel- und Wettschulden konnten vermutlich ebenfalls schon von Rechts wegen nicht eingeklagt werden, weil *ex nudo pacto non oritur actio*¹⁶). Trotz der im heutigen Recht anerkannten Typenfreiheit der Schuldverträge muss ein solcher jedoch, um klagbar zu sein, der Verwirklichung von rechtlich schützenswerten Interessen dienen (so ausdrücklich Art. 1322 Abs. 2 des italienischen Codice civile). Die als gefährlich erkannten Spielvereinbarungen erklärt aber das Gesetz für sozialpolitisch unerwünscht, weil ihnen kein diese Gefahren kompensierender Zweck zugrunde liegt¹⁷). Die Spielabrede begründet demnach gar kein *iuris vinculum*.

2. Schon in der römischen Antike waren Glücksspiele allerdings sehr beliebt und stark verbreitet. Erlaubt waren sie ausnahmsweise an den Saturnalien¹⁸); an diesen Festtagen im Dezember, an denen die Regeln des normalen

lag (*implere probationes oportet*), denn *reus in exceptione actor est*; ebenso im geltenden Recht: Habersack (Fn. 13).

¹⁵) C.F. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten 11, Erlangen 1809, § 759, S. 347f.; vgl. D. 13,5,5,2; 13,5,11pr.–1.

¹⁶) Dass der Gewinner freiwillig Gezahltes behalten darf (*soluti retentio*), beruht aber nicht auf einer *exceptio pacti*, sondern auf der beiderseitigen Rechts- und Sittenwidrigkeit. Den Begriff ‚contratto‘ sollte man entgegen G. Impallomeni, In tema di gioco, in: Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino V, Napoli 1984, 2331–2346, und ders., Il regime del gioco nel Corpus iuris in relazione con alcune codificazioni europee, in: Europa im Aufbruch, Festschrift für Fritz Schwind, Wien 1993, 165–172, nicht leichtfertig in Bezug auf Spiel und Wette verwenden. Diese beiden Abhandlungen von Impallomeni zitiere ich nach dem Wiederabdruck in: ders., Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, Padova 1996, 499–512 [1984] bzw. 643–650 [1993]. Spielvereinbarungen waren kein anerkannter Kontrakt, nicht einmal ein Quasikontrakt. Erst im Gemeinen Recht qualifizierte man Wetten aufgrund der in D. 19,5,17,5 genannten *actio praescriptis verbis* zuweilen als Innominatkontrakt; vgl. Glück (Fn. 15) 350f. (zu Spielabreden als *conditionatae conventiones* S. 331f.).

¹⁷) So zutreffend Henssler (Fn. 3) 432.

¹⁸) M. Kuryłowicz, Leges aleariae und leges sumptuariae im antiken Rom, in: Studia in honorem V. Pólay, Szeged 1985, 271–279 = ders., Scripta minora selecta: Ausgewählte Schriften, Lublin 2014, 103f. und öfter; C. Andresen/K. Bartels (Hgg.), Lexikon der Alten Welt, Zürich 1965, Art. Festkalender Sp. 962f.; K.W. Weeber, Art. Freizeitgestaltung, Der neue Pauly [DNP] 4 (1998) 656–663; K.W. Weeber, s.v. Freizeit, in: Alltag in Rom, ein Lexikon, 3. Aufl. 1997, 99–108. Der dem Mittelalter unbekannte Begriff ‚Freizeit‘ begegnet erst im 18. Jh. in heutiger Bedeutung. Frz. ‚loisir‘ wird im 16. Jh. entlehnt aus lat. *licentia*. Dazu diverse Autoren im Art. ‚Spiele, Vergnügen, Freizeit‘, LexMA VII (1995) 2105ff.; zu Byzanz P. Schreiner, Stadt und Gesetz, Dorf und Brauch: Versuch einer historischen Volkskunde von Byzanz, 2001, Nr. 9, S. 628ff. (Feste und Fröhlichkeit).

Umgangs suspendiert waren, galten Hasardspiele als unschuldiges geselliges Treiben. Gespielt wurde aber (oft unerlaubt) auch an anderen Tagen, auch an anrühigen Orten: in Kneipen, Spelunken und Bordellen, verbunden mit Zecherei und Trinkgelagen. Mit aus den Fuß- oder Sprunggelenken von Schafen entnommenen Tierknöcheln (*tali*) „würfelten“ naheliegenderweise vor allem Schäfer¹⁹⁾. Alten Menschen (*seniores*) sah man das Spielen zum Zeitvertreib nach, da sportliche Betätigung für sie weniger in Betracht kam²⁰⁾. Als verderblich galt jedoch ihr schlechtes Beispiel für die Jugend. Väter verführten sogar ihre Söhne zum Spielen²¹⁾. Einige Kaiser spielten am Hofe ungeniert um hohe Summen²²⁾.

Das Glücksspiel heißt auf Lateinisch (*pars pro toto*) *alea*; das Wort findet sich in 15 Digestenstellen²³⁾. Sich am Glücksspiel beteiligen, *alea ludere*, kommt in den Digesten sechsmal vor. *De aleatoribus* sind die einschlägigen Rubriken in Digesten und Codex überschrieben; entsprechend lautete nach Lenel die Überschrift des Ediktstitels²⁴⁾. Das Rubrum ist ungenau; der Ter-

¹⁹⁾ Die an zwei Seiten abgerundeten länglichen *tali* hatten nur vier Zahlenfelder. Die vier Längsflächen hatten die Werte 1, 3, 4 und 6; die Werte 2 und 5 kamen nicht vor; Abbildungen bei Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 218; J. Väterlein, *Roma ludens: Kinder und Erwachsene beim Spiel im antiken Rom* 1976; U. Vogt, *Der Würfel ist gefallen*, 5000 Jahre rund um den Kubus, 2012; A. Hopson-Münz, im Internet unter forumtraiani.de. – Wenn nach der Kreuzigung von Jesus Christus die Kriegsknechte um seine Kleider würfelten (wie zuweilen angenommen), war dies kein Glücksspiel (denn kein Teilnehmer leistete einen eigenen Einsatz), sondern ein Losverfahren; vgl. Joh. 19,24; Psalm 22,19: „Sie ... werfen das Los um mein Gewand.“

²⁰⁾ Sueton, *Augustus* 71; M. Kuryłowicz, *Die Glücksspiele und das römische Recht*, in: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo IV*, Milano 1983, 270f.

²¹⁾ Was Plautus und Juvenal kritisierten, Quellen bei Quintana Orive (Fn. 46) 15 Fn. 47.

²²⁾ Quintana Orive (Fn. 46) 8 Fn. 6.

²³⁾ Herzuleiten ist der Ausdruck *alea* möglicherweise von einem Stammwort im Sanskrit mit der Bedeutung ‚werfen‘ – so wie ‚Würfel‘ von ‚Werfen‘ kommt; zur Etymologie sehr ausführlich C.F. Glück, *Commentario alle Pandette XI, Titolo V De aleatoribus*, tradotto e annotato da C. Manenti, Milano 1903; zum Wort ‚giuoco‘ ebenda S. 585ff.

²⁴⁾ Lenel, EP (Fn. 14) 14 § 64 (63). Die wörtliche Übersetzung als „Würfelspieler“ gilt (ebenfalls als *pars pro toto*) für Glücksspiele jeder Art. Das nomen agentis „Glücksspieler“ ist nicht gebräuchlich. C.F.F. Sintenis in OSS bevorzugte deshalb den Ausdruck „Hasardspieler“. Anders als im Italienischen und Spanischen (*giocatori d'azzardo*, *jugadores de azar*) ist „Hasardspieler“ jedoch noch weniger verständlich. Das aus dem jeweiligen Zusammenhang leicht ergänzbare Grundwort „Spieler“ wird meist genügen. Die von J.E. Spruit/R. Feenstra/K.E.M. Bongenaar heraus-

minus *aleator* kommt nämlich in den Fragmenten innerhalb des Digestentitels nicht vor. Das Edikt richtet sich weniger gegen die Spieler als vielmehr in erster Linie gegen den Veranstalter, *susceptor* genannt (unten II 2). Er wird in der Regel nicht mitgespielt haben. *Susceptor* ist der Hausherr, der die Gäste empfängt, ihnen die Plätze zuweist und sich um den gesitteten Verlauf kümmert.

Aleator war umgangssprachlich ein Schimpfwort²⁵). Im Digestentitel 11,5 findet sich für den Spieler nur der Ausdruck *collusor* (D. 11,5,1,1). Der (gewohnheitsmäßige, passionierte) Spieler begegnet hingegen im Digestentitel 21,1 als schlechte Charaktereigenschaft eines verkauften Sklaven. Die Wandlungsklage (*actio redhibitoria*) beschränkte sich nach der mehrfach zitierten Ansicht des hochklassischen Juristen Vivianus auf vom Verkäufer nicht angezeigte körperliche Mängel (*vitia corporis*)²⁶). Wegen eines psychischen Defekts (*vitium animi*) konnte der Käufer *ex empto* nur klagen, wenn ihn der Verkäufer arglistig verschwiegen oder dessen Nichtvorliegen durch *dicta aut promissa* zugesichert hatte²⁷). Unter dem Gesichtspunkt des Käuferschutzes ist diese Unterscheidung nicht interessengerecht²⁸). Da körperliche Fehler beim Besichtigen der Kaufsache regelmäßig leichter festzustellen sind²⁹), müsste entgegengesetzt entschieden und wegen geistiger Mängel von Rechts wegen generell und nicht nur fallweise aufgrund spezieller Nachfrage und privatautonomer Zusicherung gehaftet werden (mögen sich für solche Zusicherungen auch standardisierte Klauseln herausgebildet haben). Für vom wandlungsberechtigten Käufer während der Gewährleistungsfrist zu verantwortende Wertminderungen des Sklaven standen denn auch körperliche und seelische Verschlechterungen einan-

gegebene niederländische Übersetzung (Corpus Iuris Civilis III, Amsterdam 1996) spricht von „kansspeler“ (eig. Chancenspieler).

²⁵) I. Oppelt, Die lateinischen Schimpfwörter, 1965, 154, 157. Zuweilen verbunden mit der Beschimpfung als *vinarius*, dem gewohnheitsmäßigen Trinker: D. 21,1,4,2; 21,1,25,6; E. Baltrusch, Regimen morum, 1988, 103f.

²⁶) D. 21,1,1,19–10 u. a.; C. Russo Ruggeri, Viviano giurista minore?, Milano 1997, 143ff.

²⁷) D. 21,1,4,3. Als Beispiel unter anderen erwähnt Ulpian D. 21,1,19,1 einen *aleator*; R. Gamauf, Ad statum licet confugere, Untersuchungen zum Asylrecht, 1999, 74f.

²⁸) Eine Würdigung unternimmt R. Gamauf, Erro: Suche nach einem verschwundenen Sklaven, Eine Skizze zur Interpretationsgeschichte des ädilizischen Edikts, in: J. Hallebeek / M. Schermaier u. a. (Hgg.), Inter cives necnon peregrinos, Essays in honour of Boudewijn Sirks, Göttingen 2014, 269, 284ff.

²⁹) Für erkennbare Mängel wird nach D. 21,1,1,6 nicht gehaftet.

der gleich³⁰). Vom ädilischen Edikt war die Beschränkung auf körperliche Mängel nicht vorgegeben. Dies behauptet zwar Ulpian D. 21,1,1,10 i.f. (*quoniam aediles de corporalibus vitiis loquuntur*). Das Edikt verpflichtete aber nur zur Anzeige von Krankheiten und Fehlern (*quid morbi vitii cuique sit*: D. 21,1,1,1). Die Beschränkung auf körperliche Fehler beruht auf juristischer Interpretation. Die Qualifizierung eines *aleator* als psychisch mangelbehaftet beruht ebenfalls auf juristischer Interpretation (D. 21,1,4,2). Das Edikt nannte ausdrücklich nur *fugitivus* und *erro*, den zur Flucht neigenden oder sich herumtreibenden Sklaven³¹).

Der Begriff *aleator* wird im Schrifttum vorausgesetzt, seine Bedeutung aber nicht definiert³²). Im engeren Sinne ist *aleator* gewiss ein um Geld würfelnder Mensch³³). Inwieweit aber ein Sklave um Geld spielen konnte, wird nicht erörtert. Kein *aleator* ist zunächst, wer nur den Wunsch zu spielen äußert, sich dazu verabredet, aber keine Gelegenheit dazu erhält³⁴). Sobald sich herausstellt, dass ein Sklave dem Glücksspiel verfallen ist, wird ihm sein Herr tunlichst dessen *peculium* entziehen³⁵). Es ihm nicht zu entziehen, müsste sich der Herr geradezu als Unterlassung der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt vorwerfen lassen. Ohne Sondergut könnte ein Sklave nur mit entwendetem oder unterschlagenem Geld spielen. Einen der Spielsucht verfallenen Sklaven konnte man zwar nicht

³⁰) D. 21,1,25,6. Die Art und Weise der vom Käufer *post venditionem traditionemque* zu verantwortenden Verschlechterung wird vom Edikt in D. 21,1,1,1 (*medio*) nicht spezifiziert.

³¹) D. 21,1,1,1. Diese beiden anzeigepflichtigen psychischen Mängel erklärt Ulpian D. 21,1,4,3 zur Ausnahme. Passender erschiene mir im Sinne des Käuferschutzes die analoge Anwendung. Aber die Anzeigepflichten wollte man offenbar nicht überspannen.

³²) M. Kuryłowicz, *Servus aleator*, in: F. Pastori (Hg.), *Studi Biscardi IV*, Mailand 1983, 527ff.; ders., *Glücksspiele* (Fn. 20) 275f.; S. Brembilla, *Provocat me in aleam ut ego ludam, Scommessa e giuoco nella prospettiva della dottrina delle fonti*, SDHI 75 (2009) 332ff.

³³) So in Konstantins Reformgesetz über die Ehescheidung CTh. 3,16,1 (anno 331): Danach darf die Ehefrau die Scheidung erklären, wenn ihr Mann ein Trunkenbold, Würfelspieler oder Schürzenjäger ist (*velut ebriosus aut aleatori aut mulierculario*). Zu Konstantins nicht lange in Kraft befindlichem Scheidungsgesetz vgl. M. Kaser, *Das römische Privatrecht II*, ²1975, 176.

³⁴) Diesbezüglich erwähnt Tryphonin D. 50,16,225 *aleator, fur* und *fugitivus* nebeneinander; G. Klingenberg, *Servus fugitivus*, *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei X 6*, 2005, 145f.

³⁵) Zum Entzug genügt eine wörtliche Erklärung des Herrn (*simul atque noluit*): D. 15,1,8 Satz 2.

als Buchhalter (*servus actor*) einsetzen. Doch gab es für ihn in Haus, Landwirtschaft und Gewerbe noch genügend andere Beschäftigungsmöglichkeiten.

Wie bei heutigen Computerspielen ohne Geldeinsatz kannte man überdies schon in der Antike zahlreiche allein um der Unterhaltung willen betriebene Gesellschaftsspiele. War ein Sklave der Faszinationskraft solcher Spiele allzu sehr verfallen und konnte er deren Verlockungen nicht widerstehen, dann hatte auch er das Unwerturteil als *aleator* (im weiteren Sinne) verdient. Unter einem *vitium animi* litt nämlich ein Sklave auch dann, wenn er übertrieben häufig die circensischen Spiele besuchte oder allzu geflissentlich die öffentlich aufgestellten Bildwerke betrachtete und darüber seine Arbeitspflicht vernachlässigte³⁶). Über die fortwährende Sehnsucht nach Freizeitvergünstigungen von Sklaven wird in den Quellen oft Klage geführt³⁷). Der Hang zu spielerischen Abwechslungen konnte sich zur Krankhaftigkeit steigern, wenn sie das gesamte Sinnen und Trachten des Menschen ausfüllten und mit der einhergehenden Übermüdung ernsthaft die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigten. Spielsucht muss demnach nicht immer mit pekuniären Risiken behaftet sein. Anstelle der mehrdeutigen Wendung *alea ludere* bevorzuge ich deshalb für das Glücksspiel in Anlehnung an D. 11,5,2,1 den konkreteren Ausdruck *in pecuniam ludere*.

3. Zwecks Eindämmung der Spielsucht enthielt das Edikt des Prätors ein Paket von Maßnahmen. Dieses Programm bestand aus drei Regelungskomplexen; ihre Abfolge ist im kurzen Digestentitel 11,5 (er enthält elf Paragraphen) noch erkennbar³⁸). Der erste Programmpunkt richtete sich gegen den Veranstalter eines Glücksspiels; ihm gegenüber versagte man den Rechtsschutz in weitergehendem Umfang als im modernen Recht. Wurde nämlich der Veranstalter verprügelt oder sonst geschädigt, oder wurde aus seinem Hause zu einer Zeit, als gespielt wurde, etwas gestohlen, so haftete ihm der Täter nicht; gegen den Beschuldigten wurde die Klage verweigert (unten II). Der zweite Punkt diente dem Schutze der Mitspieler vor Gewaltanwendung (unten III). Eine Zusatzklausel betraf schließlich drittens das Spielen von hausabhängigen Sklaven und Kindern (unten IV).

³⁶) D. 21,1,65pr.; Gamauf, Essays Sirks (Fn. 28) 283; A. Wacke, Proagonaler Euergetismus, Privates „Sport-Sponsoring“ nach römischen Rechtsquellen, in: Essays Sirks (Fn. 28) 773.

³⁷) Gamauf, Essays Sirks (wie Fn. 28) 282.

³⁸) Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 185–219 dreht in seiner Darstellung die Reihenfolge um. Die von ihm entgegen dem Ediktsaufbau ans Ende gestellten Maßnahmen gegen den Veranstalter von Glücksspielen geraten bei ihm zu kurz.

Das Schwergewicht der ediktalen Bestimmungen lag hiernach eher auf peripheren Gebieten: Ansprüche wegen Sach- oder Körperschäden konnte ein Glücksspielveranstalter nicht durchsetzen; Zwang zum Mitspielen sollte andererseits streng verfolgt werden. In neuzeitlichen Zivilgesetzbüchern verlautet über solche Vorfälle nichts mehr. Den von heutigen Kodifikationen herausgestellten Grundsatz: „Für Spielschulden keine Erfüllungsklage“ enthielt das Edikt hingegen auffälligerweise offenbar nicht. Er ist aus der sonstigen Überlieferung nur mittelbar zu erschließen (bes. unten V). Etwaige Ansprüche auf Rückforderung von Spielgewinnen wurden in der Schlussklausel des Edikts nur teilweise für die von Hauskindern und Sklaven erlittenen Verluste geregelt (dazu ebenfalls unten V).

4. Die Lehr- und Handbücher zum römischen Privatrecht widmen dem Glücksspiel (wenn überhaupt) nur geringe Aufmerksamkeit. Einen Überblick über die bis zum Beginn des 19. Jh. vertretenen Lehrmeinungen im Gemeinen Recht bringt Chr. Fr. Glück in seinem Pandektenkommentar³⁹⁾. Ein Jahrhundert später verfasste C. Manenti davon eine italienische Übersetzung mit zahlreichen hinzugefügten Anmerkungen und einem ausführlichen eigenen Anhang in monographischer Breite mit rechtsvergleichenden Betrachtungen⁴⁰⁾. Schon 1856 brachte Heimbach sen. auf dreißig Druckseiten einen guten, die ältere deutsche Rechtsentwicklung einbeziehenden Überblick⁴¹⁾. Carl Schoenhardts gehaltvolle Dissertation von 1884/85 bereicherte die Forschung u. a. durch reiche Quellenangaben über die Praktiken des Glücksspiels⁴²⁾. In der neueren Romanistik fanden vier förderliche Aufsätze

³⁹⁾ Glück (Fn. 15) 325–374, §§ 757–762. Beeinflusst von der humanistischen Jurisprudenz bezog Glück auch die griechischen Quellen ein. Seiner vorwiegend akademischen Zielsetzung entsprechend blieb der Einfluss seines vielbändigen Kommentars auf die Praxis jedoch bescheiden; siehe jetzt die umfassende Würdigung durch H.-D. Spengler, „Wie der Geist des Herrn ...“: Chr. Fr. Glück in Erlangen, in: B. Forschner/C. Willens (Hgg.), *Acta diurna, Beiträge des IX. Jahrestreffens Junger Romanisten*, Wiesbaden 2017, 1–30 (siehe beispielhaft unten Fn. 172). Der von Glück zuweilen zitierte Aiala (oder Ajala) ist Petrus Pantoja de Aiala, *Commentaria in tit. Dig. et Cod. De aleatoribus*, in: *Otonis Thesaurus jur. rom. IV*, Lugduni Batav. 1729, 905–1152.

⁴⁰⁾ Glück/Manenti (Fn. 23) 533–808.

⁴¹⁾ K. W. E. Heimbach, Art. Spiel und Wette, *Weiskes Rechtslexikon* 10, Leipzig 1856, 390–420. Karl Wilhelm Ernst Heimbach (1803–1865) war der ältere Bruder von Gustav Ernst Heimbach (1810–1851); s. A. Teichmann in: *Allgemeine Deutsche Biographie [ADB]* 11 (1880) 326f. (im Internet unter Wikisource).

⁴²⁾ C. Schoenhardt, *Alea, Über die Bestrafung des Glücksspiels im älteren römischen Recht* (Diss. Tübingen 1884), Stuttgart 1885, 103 S., veranlasst durch

von Marek Kuryłowicz, die er unter Polens bücherarmen Verhältnissen als Humboldt-Stipendiat am Leopold Wenger-Institut in München erarbeitete⁴³), nicht immer die ihnen gebührende Beachtung. Vor über vier Jahrzehnten etwa gleichzeitig gedruckt wie der erste Aufsatz von Giambattista Impallomeni⁴⁴), zitieren diese beiden Autoren einander nicht.

Zwischen klassischem und justinianischem Recht dürften überdies größere Unterschiede bestanden haben als von Kuryłowicz und der herrschenden Lehre angenommen (siehe unten Fn. 156). Und die in der unglossierten griechischen Konstitution C. 3,43,1 von 529 n. Chr. enthaltene justinianische Regelung wurde nach herrschender Ansicht nicht ins Gemeine Recht rezipiert (u. Fn. 172). Insofern ist es unzulänglich, wenn kursorische Darstellungen nicht selten pauschal von „dem römischen Recht“ über Spiel und Wette reden. Fraglich ist insbesondere, ob der Verlierer das Gezahlte (entgegen dem zitierten § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB) schon nach klassischem Recht wieder zurückfordern konnte, wie Justinian dies in verschärfter Weise anordnete. Obwohl klassische Quellen hierüber fehlen, wird dies von Kuryłowicz in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre bejaht (s. unten Fn. 172). Mit dieser Ansicht müssen wir uns kritisch auseinandersetzen (unten V).

Ein Aufsatz von Attilio Pollera beeindruckt vor allem durch die Erläuterung literarischer Quellen über das Glücksspiel⁴⁵). Zum Verständnis der Rechtsquellen finden sich in den literarischen Quellen allerdings keine beachtlichen Interpretationshilfen. In mein fast druckfähiges Manuskript konnte ich die beiden mir nachträglich bekannt gewordenen Abhandlungen von Stella Brembilla und Elena Quintana Orive noch einarbeiten⁴⁶). Das Schrift-

Schoenhardts Beruf als Staatsanwalt; dazu Rez. von A. Pernice, ZRG RA 7 (1886) 148. Durch eine *lex alea* (um 200 vor Chr.) sollen nach literarischen Quellen (Paulus, Horaz, Ovid) Glücksspiele zu *crimina* erklärt und mit einer *multa* bestraft worden sein; neuere Lit. dazu zitiert O. L i c a n d r o, *Domicilium habere: Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino 2004, 165 Fn. 21. Für eine Bestrafung gibt es aber aus klassischer Zeit keine juristischen Quellen. Ältere Vorschriften wurden offenbar durch *desuetudo* derogiert. Auch Justinians Reformgesetz beschränkt sich fast ganz auf privatrechtliche Rechtsfolgen, Glück (Fn. 15) 330.

⁴³) Kuryłowicz, Studi Sanfilippo IV (Fn. 20) 267–282; ders., Studi Biscardi IV (Fn. 32) 527ff.; vor allem ders., Aufsatz in der Savigny-Zeitschrift 102 (1985) (Fn. 14) 185–219; ferner Kuryłowicz, *Ausgewählte Schriften* (Fn. 18) 102–112; ein vierter Aufsatz aus OIR 7 (unten Fn. 103).

⁴⁴) Impallomeni 1993, Scritti (Fn. 16) 643–650.

⁴⁵) A. Pollera, In tema di repressione del gioco d'azzardo: dati e problemi, in: *Studi per Luigi De Sarlo*, Milano 1989, 520–549.

⁴⁶) Brembilla (Fn. 32) 331–377. Den lateinischen Haupttitel entnahm Brembilla S. 338f. einem Text des Plautus; Übersetzungen ihrer Quellen (besonders der

tum beschränkt sich im Allgemeinen auf eine Bestandsaufnahme der einzelnen Regeln⁴⁷⁾. Ihre rechtspolitische Würdigung und eine kritische Gesamt-schau des ediktalen Programms stehen noch aus. Auf wichtigere Abhandlungen über die spätere, außerhalb unseres Untersuchungszeitraums liegende Rechtsgeschichte kann ich an dieser Stelle nur hinweisen⁴⁸⁾. Eine übersicht-

literarischen) wären für das Verständnis hilfreich gewesen. – Im selben Jahr 2009 erschien E. Quintana Orive, D. 11,5 (*De aleatoribus*) y C. 3,43 (*De aleae lusu et aleatoribus*): Precedentes romanos del contrato de juego, in der Internet-Zeitschrift iustel, Revista General de Derecho Romano, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=407853&d=1 [aufgerufen 1.4.2017]. Ohne Vertiefung von Einzelfragen bringt Quintana einen guten Überblick mit reichen Literatur-Angaben, besonders aufschlussreich für die Rezeptionsgeschichte aus spanischer Sicht.

⁴⁷⁾ So der knappe Art. „Alea, Würfelspiel“ von Mau/Leonhard/Hartmann, RE 1, 1894, 1358f. – Zuletzt etwa M.G. Zoz, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, Torino 2007, Kap. 6 (61–79): La disciplina giuridica del gioco e della scommessa etc.: eher eine Sammlung von Studienmaterialien mit Überblicken über ausgewählte Literatur und anhangsweise zu jedem Kapitel abgedruckten (auch neuzeitlichen) Quellen. – M. Carnelley/E. Schrage, Gambling regulation: A Comparison between the Roman and South African Gambling Laws, in: S. Hoctor/P.J. Schwikkard (eds.), *The Exemplary Scholar: Essays in Honour of John Milton*, Cape Town 2008, 252ff. Der mir von Schrage liebenswürdigerweise übermittelte Text aus dem in Europa schwer zugänglichen Sammelband bietet einen kursorischen Überblick, streckenweise ziemlich elementar, mit synoptischer Gegenüberstellung der wichtigsten Quellen mit englischer Übersetzung. Die Koautorin Carnelley ist ausweislich ihres im Internet zugänglichen Schriftenverzeichnisses eine ausgesprochene Spezialistin für das Recht der (namentlich südafrikanischen) Spielcasinos (vgl. unten Fn. 179).

⁴⁸⁾ H.M. Schuster, *Das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht*, Wien 1878; E. Wohlhaupter, Zur Rechtsgeschichte des Spiels in Spanien, in: K. Beyerle/H. Finke/G. Schreiber (Hgg.), *Spanische Forschungen der Görresgesellschaft*, 1. Reihe, Bd. 3: *Gesammelte Aufsätze zur Kulturgeschichte Spaniens*, 1931, 55–128, mit wichtiger Inhaltsangabe am Ende, S. 128 [schwer zugänglich, darum von Späteren leider unbeachtet gelassen; vorhanden in: Universitäts- und Stadtbibliothek Köln, Signatur A10 635–1,3 – KG3^b]; U. Gualazzini, Art. Giuochi e scommesse (storia), ED 19, 1970, 30–49; A. Erler, Art. Spiel, Spielbank, HRG IV (1988) 1765; R. Ferroglio, Ricerche sul gioco e sulla scommessa fino al secolo XIII, *Rivista di Storia del Diritto Italiano [RSDI]* 71 (1998) 273ff.; A. Blasco Martínez, Los judíos y los juegos de azar, in: *Aragón en la Edad Media, Homenaje a la profesora Carmen Orcástegui Gros*, Zaragoza 1999, 91–118, als pdf in: [unirioja.dialnet.108549\[1\]](http://unirioja.dialnet.108549[1]); A. Baumann, Spielschulden und ihre Folgen, oder die Funktion des Frankfurter Pfandhauses im 18. Jh., in: A. Amend-Traut (Hg.), *Geld, Handel, Wirtschaft, Höchste Gerichte im Alten Reich*, 2013, 3–22. Einen wichtigen Überblick über die Problemlösungen vor und nach dem Inkrafttreten des BGB lieferte insbesondere F. Dorn im HKK III (Fn. 11). – Über die Geschichte staatlicher Lotterien

liche detaillierte Beschreibung der römischen Brett- und Glücksspiele (der erlaubten wie der verbotenen) ist Wally J. Kowalski zu verdanken⁴⁹⁾.

Die bislang mit dem Thema befassten Autoren übersetzten die Rechtsquellen nicht⁵⁰⁾. Die in jüngster Zeit erschienenen Digestenübersetzungen bieten zusätzlichen Anlass, sie miteinander und mit älteren⁵¹⁾ zu vergleichen und so die wichtigsten Fragestellungen nochmals aufzugreifen. Meine folgenden eigenen Übersetzungen weichen in einigen Punkten von der von Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler [künftig: BKKS] im Jahre 1999 herausgegebenen, im Entwurf zu D. 11,5 auf Frank Peters zurückgehenden Übersetzung ab. Bezüglich der Aufeinanderfolge der Fragmente innerhalb des Digestentitels 11,5 weiche ich von der justinianischen Überlieferung – einer Anregung von Pothier folgend⁵²⁾ – ebenfalls (geringfügig) ab. Die Fragmente stammen aus dem 23. Buch des Ediktskommentars von Ulpian und aus dem 19. Buch des entsprechenden Kommentars von Paulus; eine Ausnahme bildet ein kurzes, der Sabinusmasse zugerechnetes Fragment von Marcian (dazu sogleich). Der älteste zitierte Jurist ist Pomponius in D. 11,5,1,3; er wirkte im 2. Drittel des 2. Jh. n. Chr.⁵³⁾, einige Jahre (oder wenige Jahrzehnte) nach Julians Ediktsredaktion.

5. Das ebenerwähnte Marcianfragment stelle ich zusammen mit einem dazugehörigen kurzen Ausschnitt aus Paulus an den Anfang, weil beide Texte allgemeine Aussagen über die antiken Rechtsgrundlagen enthalten, aber an

siehe W. Ogris, 250 Jahre Lotterieverbote, in: W. Ogris, Elemente europäischer Rechtskultur, Rechtshistorische Aufsätze, Wien 2003, 779–792; adde Glück (Fn. 15) 345ff., 357ff.; dazu ausführliche Ergänzungen durch Manenti (Fn. 23) 570ff.

⁴⁹⁾ W. J. Kowalski, Roman Board Games, im Internet unter ablemedia.com (aufgerufen am 17.11.2014); unter Wikimedia gleichfalls ein einschlägiges Interview mit D. Bracht aus dem archäologischen Park Xanten (vgl. unten Fn. 181); ebenso deskriptiv (ohne Behandlung der Rechtsfragen) R. Hurschmann, Art. Würfelspiel(e), DNP 12/2 (2002) 577f. Brettspiele kombinierte man in der Antike oft mit Würfeln: Nach dem Wurf einer bestimmten Augenzahl durfte man einen Zug machen.

⁵⁰⁾ Übersetzungen der Quellen sind wichtiger als deren Abdruck im lateinischen Original. Das Original lässt sich nachschlagen. Die Übersetzung aber gibt an, in welchem Sinne der Autor die Quelle versteht.

⁵¹⁾ C. F. F. Sintenis zu D. 11,5 in OSS.

⁵²⁾ R. -J. Pothier (1699–1772) ordnete die Fragmente innerhalb der Digestentitel nach sachlichen Gesichtspunkten neu, in seinem Werk *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae etc.*, 5 Bände (ich benutze die Ausgabe Neapoli 1823–1825), Band I *De aleatoribus* S. 461.

⁵³⁾ Zwei weitere aus Pomponius *ad Sabinum* entnommene einschlägige Fragmente sind D. 17,2,59,1 (unten V 5) und D. 18,1,8,1.

der überlieferten Stelle inmitten des Digestentitels 11,5 den Zusammenhang der Ediktskommentierung unterbrechen:

D. 11,5,2,1 (Paulus libro nono decimo ad edictum): Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando, quod virtutis causa fiat:

D. 11,5,3 (Marcianus libro quinto regularum): in quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet. sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

Ein Senatsbeschluss hat verboten, um Geld zu spielen; außer wenn jemand einen Wettkampf im Speer- oder Lanzenwerfen oder im Laufen, Springen, Ringen oder Boxen eingeht, weil dies der körperlichen Ertüchtigung wegen geschieht.

Für solche Fälle ist nach der *lex Titia*, *Publicia* und *Cornelia* auch der Abschluss von Wettversprechen erlaubt. Aber bei anderen, nicht um der Ertüchtigung willen ausgetragenen Kämpfen ist dies verboten.

Über den Senatsbeschluss und die genannten (älteren) *leges*, welche Glücksspiele grundsätzlich verboten, ist nichts Näheres bekannt⁵⁴). Die *leges* dürften ins 3. Jh. v. Chr. zurückgehen⁵⁵). Auch an Maßnahmen der Zensoren im Rahmen ihrer Sittenaufsicht wäre zu denken⁵⁶). Der Senatsbeschluss (vermutlich jüngeren Datums)⁵⁷) wird älteres Recht zusammengefasst und eingeschärft haben. Das überlieferte Edikt lässt sich als „Ausführungsgesetz“ des Prätors hinsichtlich des ihm vom Senat erteilten Auftrags (*vetuit*) begreifen⁵⁸). Dabei sah man realistischerweise ein, dass ein vollständiges Ver-

⁵⁴) Kuryłowicz, *Studia Pólay* (Fn. 18) 276f.; ders. (Fn. 14) 196f.; E. Nardi, *Scritti minori I*, Bologna 1991, 709. Nach Impallomeni 1984, *Scritti* (Fn. 16) 501 waren es vermutlich *leges minus quam perfectae*. Die zusammenfassende Bezeichnung *leges aleariae* für die antiken Verbotsgesetze (angedeutet in literarischen Quellen bei Plautus, Ovid, Horaz, insbesondere bei Cicero, *Philippica* 2,23,56 in der *causa* des Licinius Denticula 49 v. Chr.) findet sich in den Rechtsquellen nicht; Schoenhardt (Fn. 42) 7ff. Zum Prozess gegen Denticula bes. Kuryłowicz, *ZRG RA* 102 (Fn. 14) 201f.

⁵⁵) Spätestens seit Ende des 3. Jh. (etwa um 204), so Kuryłowicz, *ZRG RA* 102 (Fn. 14) 197.

⁵⁶) Baltrusch (Fn. 25) 103f.

⁵⁷) Umgekehrt Schoenhardt und Kuryłowicz, s. die nächste Fn.

⁵⁸) So plausibel H. Krüger, *Verweisungsedikte im prätorischen Album*, *ZRG RA* 37 (1916) 296f. (vom Senat „mandiertes Edikt“). Nach Kuryłowicz, *ZRG RA* 102 (Fn. 14) 196f. habe hingegen der Senatsbeschluss als jüngste Rechtsnorm ältere Spielverbote (einschließlich derjenigen des Edikts) bloß in allgemeiner Form (wenngleich vielleicht anlässlich eines aufsehenerregenden Einzelfalles) wiederholt. Aber nach dem Erlass der detaillierten ediktalen Regelung hätte für den Senat kein Anlass bestanden, sich nochmals mit der Materie zu befassen. Eine Parallele zu den *SC^a Velleianum* und *Macedonianum* liegt nahe, welche ebenfalls keine Sanktion

bot von Glücksspielen nicht durchzusetzen ist⁵⁹); deshalb beschränkte man sich auf die Bekämpfung der schlimmsten Auswüchse. Wegen der von den genannten *leges* und durch den Senatsbeschluss ausnahmsweise erlaubten Sportwetten darf ich auf andere Abhandlungen aus meiner Feder verweisen⁶⁰). Die Gestattung von Wetten, die *virtutis causa*, der körperlichen Erthüchtigung wegen, durchgeführt werden, wurde in viele Kodifikationen der

anordneten, sondern die Ausführung der allgemein angeordneten Verbote der Interzession und der Kreditgewährung zur näheren Ausgestaltung dem Prätor überließen. Auch dort bediente sich der Prätor der *denegatio*, gegebenenfalls einer *exceptio*, und nach freiwilliger Erfüllung konnte nichts zurückgefordert werden; siehe M. Kaser, Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht, Wien 1977, 30f. Auf Spiel und Wette geht Kaser nicht ein. – Mit dem Alter einzelner Ediktvorschriften beschäftigte sich H. Dernburg, Untersuchungen über das Alter der Satzungen des prätorischen Edikts, in: Festgaben (*sic!*) August Wilhelm Heffter, Berlin 1873, 91ff. [vorhanden in UB Köln, Sign. Fb777]. Dernburg l.c. unterschied eingliedrige und zweigliedrige Ediktssätze. Die eingliedrigen seien jünger und wiederum danach zu unterteilen, ob sie das Wort *dicetur* enthalten (wie hier gemäß D. 11,5,1pr. Satz 1) oder nicht enthalten; kritisch dazu O. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte I, Leipzig 1885, 467f. Fn. 4; bes. Th. Kipp, Heinr. Dernburg, Ein Vortrag (zum Gedächtnis), 1908, 23–25 („unwahrscheinlich“), im Internet zugänglich als OpenLibrary.org; vgl. W. Süss, Heinrich Dernburg: Ein Spätpandektist im Kaiserreich, 1991, 59. Zitiert wird Dernburgs Abhandlung von M. Kaser, Zum Ediktsstil, in: ders., Ausgewählte Schriften I, Napoli 1976, 212f. mit Angabe einiger weniger sicher datierbarer Edikte in Fn. 1. Nach Kaser ist „das wünschenswerte Ziel, aus der Sprache Anhaltspunkte für eine Datierung der einzelnen Ediktsbestimmungen zu gewinnen, leider nicht erreichbar“. Dernburgs zehn Jahre vor Lenels 1. Auflage des Edictum perpetuum (1883) erschienene Abhandlung konnte sich nur auf Rudorffs Ediktsrekonstruktion (A. F. Rudorff, De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae relicta sunt, Leipzig 1869) stützen. Lenel, EP (Fn. 14) setzte sich eingehend mit Rudorff auseinander, aber Dernburg erwähnt er nicht. Lenel ging es um den Aufbau (die Materienfolge), weniger um das Alter einzelner Satzungen.

⁵⁹) Offenbar im Hinblick auf die mit Rechtsvorschriften schwer zu bekämpfende Glücksspiel-Leidenschaft formulierte Horaz, Carmina 3,24,35 seine sprichwörtlich gewordene rhetorische Frage: *Quid leges sine moribus?* Was vermögen Gesetze, wenn (gute) Sitten sie nicht stützen? Wozu taugen Gesetze, wenn keine Moral dahintersteht? Einen Sittenverfall können Gesetze nicht aufhalten. Die Sentenz sollte in keiner juristischen Regelsammlung fehlen.

⁶⁰) Wacke, Gloria und virtus (Fn. 13) 212ff.; ders., Spiel und Wette (insbesondere Sportwetten) in der Entwicklung des europäischen Privatrechts, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht [ZEuP] 2015, 87–104; spanische Fassung: Wacke, Juegos y apuestas (especialmente del deporte) en la evolución del Derecho civil europeo, in: Homenaje a José María Miquel II, Madrid 2014, 3723–3745. Für eine Erwähnung dieses Ausnahmefalles im prätorischen Edikt haben wir keine Anzeichen. Paulus D. 11,5,2,1 (libro 19. ad ed.) nennt als Grundlage einen Senatsbeschluss; das an-

romanischen Rechtsfamilie, nicht jedoch in den deutschsprachigen Rechtskreis rezipiert⁶¹⁾).

Der Senatsbeschluss verbot in *pecuniam ludere*; die *leges* erlaubten in den genannten Fällen ausnahmsweise das *sponsionem facere*. Unter *sponsionem facere* ist zu verstehen der Abschluss von Wetten in Gestalt wechselseitiger Stipulationen. In *pecuniam ludere* ist hingegen das Spielen um einen Geldeinsatz. Beim Spielen steht der Zeitvertreib im Vordergrund; gewettet wird hingegen zur Bekräftigung des Ernstes gegensätzlicher Behauptungen. Auf die Abgrenzung von Spiel und Wette wurde im älteren Schrifttum viel Scharfsinn aufgewendet⁶²⁾. Rechtlich stehen Spiel- und Wettschulden jedoch einander in aller Regel gleich⁶³⁾. Phänotypisch werden Wetten allerdings in anderem Milieu abgeschlossen als unter Spielern. Glücksspiele nehmen einige Zeit in Anspruch und werden meist (aber nicht ausschließlich: u. Fn. 78) in geschlossenen Räumen veranstaltet (*domo*: D. 11,5,1pr. und § 2 i.f.). Wetten kamen hingegen meist spontan und im Allgemeinen nicht in dafür eingerichteten Lokalen zustande. Auf athletische Wettkämpfe bezügliche Wetten konnte man in der Antike zumeist nur im räumlichen Umkreis der Austra-

schließende Marcianfragment D. 11,5,3 (libro 5. regularum) gehört (als einziges des Digestentitels) der Sabinusmasse an.

⁶¹⁾ In Frankreich Art. 1966 Code civil, ebenso im Badischen Landrecht (von 1809) Art. 1966; Italien Art. 1803 des älteren Codice civile von 1865, in drei Punkten präzisiert in Art. 1934 des jüngeren Codice civile von 1942; Spanien Art. 1800 des Código civil von 1889; von diversen Gesetzbüchern Lateinamerikas etwa Argentinien, Brasilien, Chile, Guatemala. In den jeweiligen Gesetzesmotiven wird das römische Recht als Vorbild allerdings kaum noch erwähnt.

⁶²⁾ Siehe schon A. Krügelstein, Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette, Leipzig 1869, auch unter <http://books.google.de/books/download/pdf;Glück/Manenti> (Fn. 23) 609ff., 628ff.

⁶³⁾ Ohne Abgrenzungskriterien anzugeben, will Brembilla 336ff. hingegen unterscheiden: Glücksspiele seien zwar (einem „giudizio di disvalore“ gemäß) gesellschaftlich missbilligt, rechtlich jedoch erlaubt, nur Wetten seien grundsätzlich verboten gewesen. Dass sich eindeutige Anzeichen von Spielen auf öffentlichen Plätzen erhielten, beweist aber nichts für deren Erlaubtheit. Gerechtfertigt wäre diese Schlussfolgerung nur, wenn sich alle Menschen ausnahmslos rechtstreuh verhielten. Aber gerade für die schlechten Menschen sind die Rechtsvorschriften erlassen. Entsprechend Hans Kelsens Reiner Rechtslehre kann man aus dem tatsächlichen Sein auf das rechtliche Dürfen ebensowenig schließen wie auf das rechtliche Sollen. Die Schlussfolgerung: „was öffentlich geschieht, ist erlaubt“, wäre naiv. Zu erinnern ist nur an das schlechte Beispiel mancher Kaiser (Fn. 22). Nicht alle archäologischen Funde beweisen zudem, dass um Geld (und nicht nur zum bloßen Zeitvertreib) gespielt wurde. Nur um Geld zu spielen aber war vom Senat verboten: *Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere*, D. 11,5,2,1.

gungsstätten eingehen. Dagegen einzuschreiten, war von der öffentlichen Ordnung und Sittsamkeit in geringerem Maße geboten als insbesondere gegen auf Dauerbetrieb eingerichtete Spielhöhlen.

6. Andere mit einer Risiko-Übernahme verbundene Verträge sind oft seriöse Abkommen und durchaus rechtsschutzwürdig⁶⁴). Ein Hauptbeispiel ist der Hoffnungskauf, die *emptio spei*⁶⁵). Der antizipierte Kauf eines auszuführenden Fischzugs war eine sozialpolitisch sinnvolle, auch in orientalischen Quellen (wie in „Tausend und eine Nacht“⁶⁶)) vorkommende Gestaltung: Dem Fischer war mit dem Kaufpreis ein durchschnittliches Mindesteinkommen garantiert und das Risiko eines völligen Fehlschlags abgenommen. Auch um die rasche Vermarktung der verderblichen Ware Fisch brauchte er sich nicht zu kümmern. Seine Mühewaltung war damit abgegolten. Die Aussicht auf einen besonders ertragreichen Fang bildete andererseits den Anreiz für kapitalkräftige Fischhändler zu Investitionen in diesen wichtigen antiken Wirtschaftszweig⁶⁷). Der Unterschied zu den rein spekulativen Abmachungen Spiel und Wette ist deutlich. Die aleatorischen Verträge fasste die Pandektenwissenschaft unter dem Oberbegriff „gewagte Verträge“ zusammen⁶⁸). Passender erscheint mir der Ausdruck „Wagnisverträge“, denn nicht ihr Abschluss wird gewagt, sondern ihr Gegenstand bildet ein erhöhtes Wagnis.

⁶⁴) Zu deren Abgrenzung von Spiel und Wette schon eingehend Glück/Manenti (Fn. 23) 636ff. Verträge mit erhöhtem Risiko (Wagnisverträge) dürfen nicht den Charakter einer verbotenen Wette annehmen: ... *si modo in aleae speciem non cadat*: Scaevola D. 22,2,5pr.; A. Wacke, Das nach siegreich bestandenem Wettkampf zurückzuzahlende Athleten-Darlehen, RIDA 64 (im Druck) sub § 6.

⁶⁵) J. Benke, Aleatorischer Kauf nach römischem Recht, OIR 11 (2006) 7–29, bes. S. 17f. Das lateinische Eigenschaftswort *aleatorius* findet sich aber nicht in antiken Rechtsquellen. BKKS übersetzen *cum quasi alea emitur* in D. 18,1,8,1: „wenn man gewissermaßen Würfelglück kauft“. ‚Würfelglück‘ ist eine gelungene Wortprägung, darf aber nicht die Assoziation erwecken, dass man einen künftigen Spielgewinn wirksam kaufen könne. Weniger konkret ist die Übertragung von Spruit (Fn. 24), wonach anstelle einer Sache eine Chance gekauft werde. Niederländisch *kansspel* heißt Glücksspiel. S. Schipani, Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae, Testo e traduzione, vol. II, Milano 2015, belässt es beim Wort *alea*. Italienisch *alea* bedeutet Wagnis, Risiko.

⁶⁶) Wo dem Fischer zu seiner Überraschung ein goldener Dreifuß ins Netz gelangte.

⁶⁷) Zuweilen auch zu (gleichfalls aleatorischen) Darlehensgewährungen an Fischer für die Ausrüstung mit Fanggerätschaften: D. 22,2,5pr. (s. Fn. 64).

⁶⁸) Auch „Glücksverträge“ genannt: B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 91906, § 322.

II. Die Klagenversagung für den „Veranstalter“ (susceptor)

1. Die beiden Hauptteile des Edikts enthalten Verheißungen in unterschiedlichen Richtungen und in verschiedenen Formulierungen. Erstens werden – gegen den Veranstalter gerichtet – mit *iudicium non dabo* ihm Schadensklagen verweigert. Zweitens kündigt der Prätor bei Gewaltanwendung oder Raub gegenüber einem Teilnehmer am Glücksspiel mit *uti quaeque res erit, animadvertam* an, er werde je nach den Fallumständen sich der Sache annehmen und dagegen einschreiten. Die in die Zukunft gerichteten Verben *iudicium (non) dabo* und *animadvertam* sind charakteristische Wendungen für das im Edikt aufgestellte rechtspolitische Programm⁶⁹⁾. Die beiden unterschiedlichen Ediktssätze (*clausulae*) werden in D. 11,5,1pr. zusammengefasst, aber von mir auf getrennte Abschnitte verteilt. Denn auch Ulpian erläutert zunächst den ersten, daran anschließend den zweiten Satz.

D. 11,5,1 (Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum) pr. Satz 1: Praetor ait: ‚Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicitur, verberaverit damnumve ei dederit sive quid eo tempore dolo (*scr. e domo: arg. § 2*)⁷⁰⁾ eius subtractum *est* (*scr. erit, siehe § 3*), iudicium non dabo ...‘⁷¹⁾. § 2: Item notandum, quod susceptorem verberatum quidem et damnum passum ubicumque et quandocumque non vindicat: verum furtum *factum* (*scr. tantum*)⁷²⁾ domi et eo tempore quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit qui quid eorum fecerit, impune fit. domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere certum est. § 3: Quod autem praetor negat se furti actionem daturum, videamus utrum ad poenalem actionem solam pertineat, an et si ad exhibendum velit agere vel vindicare vel condicere. et est relatam apud

⁶⁹⁾ W. Selb, Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm, in: *Iuris professio*, Festgabe für Max Kaser, 1986, 259–272, hier S. 262f.; italienische Übersetzung: W. Selb, *L’editto pretorio: da programma giuridico-politico a norma*, in: A. Corbino/F. Milazzo (Hgg.), *Diritto e storia*, Padova 1995, 132ff.

⁷⁰⁾ Für *dolo* sprechen zwar die Basiliken. Eine Hervorhebung von *dolo* wäre jedoch überflüssig, weil ohne *dolus* ohnehin nicht wegen Entwendung geklagt werden kann. *Dolo, eius* wäre überdies sinnwidrig, weil der Vorsatz nur auf den Dieb, nicht auf den geschädigten Hausbesitzer bezogen werden könnte. Die Korrektur in *domo* ergibt sich aus der zweifachen Erwähnung im folgenden § 2. Noch besser wäre *e domo* (Haplographie des *e* vom vorangehenden *tempore*) oder *de domo*; ausführlich Glück (Fn. 15) § 758 S. 338 Fn. 58; Licandro (Fn. 42) 167 Fn. 25. Wohl zu Unrecht meint Licandro S. 166: „nella clausola edittale in materia di *alea* non vi è alcuna menzione di *domus*“, und knüpft hieran weitere Überlegungen. Der Schlusssatz von § 2 stimmt überein mit Papinian D. 48,5,9(8),1: *appellatione domus habitationem quoque significari palam est*. Spanisch ‚casa‘ bedeutet dementsprechend jede Wohnung.

⁷¹⁾ Der erste Satz enthält einen Subjektswechsel. Zum Satz 2 des pr. sowie zu § 1 etc. siehe unten III.

⁷²⁾ Eindeutiges *factum* in der Florentina ist mit Mommsen und Spruit sinnverbessernd zu korrigieren in *tantum*.

Pomponium solummodo poenalem actionem denegatam, quod non puto verum: praetor enim simpliciter ait ‚si quid subtractum erit, iudicium non dabo.‘

pr.: Der Prätor verkündet: ‚Wenn jemand denjenigen, bei dem mit Würfeln gespielt worden sein soll, verprügelte oder ihm sonstigen Schaden zufügte, oder wenn ihm zu dieser Zeit etwas aus seinem Haus entwendet wurde, werde ich keine Klage gewähren ...‘ § 2: Dazu ist anzumerken, dass der Veranstalter, einerlei wo oder wann er verprügelt oder geschädigt wurde⁷³), keine Klage erhält. Ein Diebstahl bleibt jedoch nur straflos, wenn er in (dessen) Hause und zu der Zeit, als gespielt wurde, begangen wurde, selbst wenn der Täter gar nicht gespielt hat. Unter ‚Haus‘ müssen wir (auch) die Wohnung und den Aufenthaltsort verstehen; das ist gewiss. § 3: Wenn aber der Prätor ankündigt, er werde keine Diebstahlsklage gewähren, dann fragt es sich, ob dies nur die Strafklage betrifft, oder auch gilt, wenn (der Bestohlene) auf Vorlegung klagen oder vindizieren oder kondizieren will. Nach einem Bericht des Pomponius sei nur die Strafklage verweigert worden. Dies halte ich nicht für richtig. Der Prätor sagt nämlich schlicht: ‚Wenn etwas entwendet worden sein sollte, werde ich keine Klage gewähren‘⁷⁴).

2. Gerichtet ist dieser erste Teil des Edikts gegen denjenigen, „bei dem mit Würfeln gespielt worden sein soll“ (*apud quem alea lusum esse dicitur*); in den §§ 1 und 2 wird er als *susceptor* bezeichnet. Die Übersetzungen nennen ihn gewöhnlich den ‚Veranstalter‘ (zuweilen den ‚Betreiber‘); und ein treffenderes Wort für ihn zu finden fällt schwer. *Susceptor (aleatorum)* ist jedoch nicht nur, wer zum Zwecke des Spielens zu sich einlädt oder dazu

⁷³) Die Worte *ubicumque et quandocumque* gehören noch zum Tatbestand (also rückbezüglich zu *verberatum ... et damnum passum*), nicht zur anschließenden Rechtsfolge (*non vindicat*); richtig OSS a.h.l.: „es mag geschehen sein, wo und wann es wolle“; A. d’Ors, *El Digesto de Justiniano I*, Pamplona 1968, „que sufrió daño en cualquier parte y ocasión“; Spruit (Fn. 24): „waar en wanneer dit ook gebeurt is“; Schipani (Fn. 65): „ovunque o in qualsiasi momento <ciò sia avvenuto>“; anders BKKS, wonach ein *susceptor* „... nirgendwo und nirgendwann Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann“. Der mit *quidem* ... und *verum* zwischen beiden Tatbeständen ausgedrückte Unterschied bezüglich Ort und Zeit der Tatbegehung gelangt bei BKKS nicht zum Ausdruck. *Verum* hier mit „sogar“ zu übersetzen, stört den Sinn, denn der Folgesatz drückt einen einschränkenden Gegensatz aus („nur“), keine Verstärkung; wie BKKS Licandro (Fn. 70) 168. Licandro 164f. druckt den Text des § 2 unnötigerweise zweimal nacheinander ab.

⁷⁴) Da es im Lateinischen kein Wort für „kein“ gibt (außer *nemo* = keiner, niemand), wird es in der Regel durch verneintes Verb ausgedrückt. BKKS übersetzen „werde ich die jeweilige Klage nicht gewähren“ (ebenso in fr. lpr.). Bei einer derart konkreten Fassung der Ediktsklausel wäre die von Pomponius berichtete abweichende Ansicht jedoch nicht aufgekommen; wie hier OSS; auch d’Ors (Fn. 73): „no daré acción“; Spruit (Fn. 24): „zal ik geen actie verlenen“; anders Schipani (Fn. 65): „non daró l’azione“. Richtig zu übersetzen ist mit dem unbestimmten Artikel: werde ich eine Klage nicht gewähren = keine Klage gewähren.

auffordert, sondern vermutlich weitergehend ein jeder, bei dem (*apud quem*) gespielt wurde⁷⁵). Eigennützige Gewinnerzielungsabsicht setzen die Quellen für ihn nicht voraus⁷⁶). Unter dem „Aufnehmer“ oder Empfänger (von *suscipere*) ist also jeder zu verstehen, der zum Glücksspiel Entschlossene bei sich aufnimmt oder duldet, ihnen dazu die Gelegenheit gewährt, auch ein Gastgeber, ein (privater oder gewerblicher) Wirt⁷⁷). Wenn also anlässlich eines Gastmahls der Wunsch geäußert wird, man möge um Geld spielen, muss der Gastgeber kraft seines Hausrechts den (oder die) Auffordernden mitsamt den möglichen Mitspielern vor die Tür weisen, um den Rechtsfolgen des Edikts zu entgehen. Glücksspiele (abgesehen vom harmlosen Würfeln um den Wert einer Mahlzeit: unten IV 1) soll niemand in seinem Hause oder Anwesen⁷⁸)

⁷⁵) In ähnlich extensiver Auslegung gilt als Hurenwirt (*leno*) auch, wer nur gelegentlich die Prostitution fördert: D. 3,2,4,2; 23,2,43,9.

⁷⁶) Anders, für um des eigenen Vorteils willen auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit, Aja la (vgl. o. Fn. 39). *Aleator* und *susceptor* wollte Aja la gleichsetzen; dagegen zutreffend Glück (Fn. 15) 337 Fn. 57.

⁷⁷) Von d'Ors (Fn. 73) als „*empresario del juego*“ übersetzt, nach Spruit (Fn. 24) „*de uitbater [Betreiber, Leiter] van het spelhol*“; von Schipani (Fn. 65) verbal umschrieben mit „*chi riceve le poste [sc. del giuoco]*“, wer die Spieleinsätze entgegennimmt. *Susceptor* kann aber auch sein, wer Würfelspieler bei sich empfängt (also Personen, nicht Münzen), auch wenn er nicht (wie ein Croupier) die Spielleitung übernimmt. *Susceptor* kann auch ein Hehler sein. Gegen eine Beschränkung des Edikts auf geschäftsmäßige Betreiber s. soeben Fn. 76. Gegen geschäftsmäßig betriebene Spielhöllen war ein Einschreiten gewiss besonders dringlich und deshalb der mutmaßliche Anlass für das Edikt. Im italienischen Schrifttum wird *susceptor* bisweilen als „*organizzatore della bisca*“ (Spielhölle) wiedergegeben. In der späteren Antike bezeichnet das Wort *susceptor* den Einnehmer von Steuern und diversen Abgaben; s. H. Wieling, Kalk, Wein und *vini susceptrones*, in: *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems, Studies in Honour of Wiesław Litewski II*, Kraków 2003, 257, 264ff. – Heute bedarf das (gewerbliche) Betreiben von Spielen mit Gewinnmöglichkeit in Deutschland einer behördlichen Erlaubnis, wofür eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Bundeskriminalamtes erforderlich ist, § 33d der Gewerbeordnung.

⁷⁸) Auch nicht in seinem Garten. Das Haus (*domus*) als Begehungsort wird im Edikt nur für den Fall eines *furtum* erwähnt. Beim südlichen Klima spielte sich das Leben oft im Freien ab. Gespielt wurde zuweilen sogar öffentlich auf dem Forum. Justinian C. 3,43,1,1 verbot ausdrücklich Glücksspiele *in privatis seu publicis locis*. – Auf den Ramblas, den Prachtstraßen zu Barcelona, macht man Touristen heute durch Warntafeln auf die Gefahren des „Hütchenspiels“ aufmerksam: Dies sei kein Spiel, sondern Betrug. Unerfahrene neue Teilnehmer lässt man zunächst absichtlich gewinnen, um sie anschließend durch Tricks um den Einsatz ihrer Barschaft zu bringen. Beim Auftauchen eines Beamten der Guardia civil wird die Aktion schnellstens abgebrochen und die Bande verschwindet.

dulden. Mit etwaiger Unkenntnis von Vorgängen, die sich verbotenerweise vor seinen Augen abspielen, kann sich ein pflichtbewusster Hausherr nicht entlasten. *Apud (quem)* entspricht dem von lat. *casa* abgeleiteten französischen Wort ‚chez‘⁷⁹⁾. Gegen verbotene Glücksspiele auf öffentlichen Plätzen (also bei niemandem) enthielt das Edikt (abgesehen vom Zwang zum Mitspielen) keine Sanktion. Einschreiten konnten dagegen nur die staatlichen Ordnungskräfte wie die Ädilen.

Bei einer Übertretung droht dem Veranstalter die Versagung bestimmter Deliktssklagen. Grundsätzlich sind zunächst zweierlei Arten magistratischer Denegationsentscheidungen zu unterscheiden: Die Nichtgewährung eines unzulässigen oder unschlüssigen Rechtsschutzgesuchs⁸⁰⁾ ist keine eigentliche *denegatio* (im engeren, technischen Sinne). Sie verdient diese Bezeichnung nicht, denn zur Abweisung derart unberechtigter Klagen war der Prätor (bzw. letztlich der *iudex*) von Rechtswegen verpflichtet; sie mussten erfolglos bleiben und sind nur das Gegenteil zum positiven Normalfall des *actionem dare*. *Denegatio* im hier gemeinten engeren Sinne ist die Nichtgewährung eines an sich gegebenen, von der Rechtsordnung vorgesehenen Klagerechts wegen eines speziellen Ausnahmetatbestandes. Solche Ausnahmen sind eng zu begrenzen, denn sie widersprechen dem rechtsstaatlichen Gebot zu lückenloser Rechtsschutzgewährung⁸¹⁾. Lücken innerhalb der Privatrechtsordnung schloss man in Rom insbesondere mittels zahlreicher fallweise gewährter *actiones utiles* oder *in factum*. Dabei handelte es sich um die Ergänzung von unbeabsichtigten (planwidrigen) Unvollständigkeiten.

Mit dem hier zu erläuternden Ediktssatz wird hingegen umgekehrt eine Lücke bewusst geschaffen. Der Prätor erklärt nämlich programmatisch, falls der *susceptor* Prügel bezieht oder sonstige Schäden (am Vermögen) davonträgt, werde er keinen Rechtsschutz erhalten. Die *actio iniuriarum* wegen

⁷⁹⁾ O. Bloch/W. von Wartburg, Dictionnaire étymologique de la langue française, 1932/2012, s.v. Im klassischen Latein und in den Digesten ist *casa* nur eine einfache Hütte. *Casa* erfuhr eine Bedeutungsaufwertung und verdrängte im Italienischen und Spanischen vollständig das (im Slawischen erhaltene) Wort *domus*.

⁸⁰⁾ Unschlüssig wäre heute eine Klage auf Zahlung des Spielgewinns (außer bei den in der romanischen Rechtsfamilie erlaubten Sportwetten, o.Fn. 61).

⁸¹⁾ Zum (früher streitig gewesenem) Anspruch gegen den römischen Staat auf Rechtsschutzgewährung A. Wacke, Audiatur et altera pars, in: Ars boni et aequi, Festschrift W. Waldstein, 1993, 384; zustimmend M. Kaser/K. Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, 232 Fn. 4. – Heute ist z.B. im Falle eines negativen Kompetenzkonflikts zwischen mehreren Gerichten durch ein System von Verweisungen von Rechtsweg zu Rechtsweg die Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes gewährleistet.

Körperverletzung⁸²⁾ und die *actio legis Aquiliae* wegen Sachbeschädigung werden dem geschädigten Veranstalter damit absichtlich vorenthalten. Als Schädiger ist (primär, aber nicht allein) an einen (oder mehrere) Mitspieler gedacht, die etwa unter dem Vorwurf des Falschspiels in Gemütsaufwallung geraten und deren Zornesausbruch sich in Gewalttätigkeiten entlädt. Dies ist gewissermaßen ein typischer Geschehensablauf⁸³⁾. Wer den Streit anzettelte, war vermutlich unerheblich; Ursachenforschung betrieb der Prätor nicht. Auch als Dieb blieb gemäß § 2 Satz 2 jeder straffrei, der anlässlich eines Glücksspiels Sachen aus dem Hause des Veranstalters entwendete, auch ein bloßer Zuschauer, der die Gelegenheit dazu ausnutzte, während die übrigen Anwesenden ihre Aufmerksamkeit auf den Spielverlauf konzentrierten.

3. Im Schrifttum werden diese Ausnahmetatbestände zu wenig gewürdigt; nach den Gründen für die Rechtsschutzversagung wird kaum gefragt⁸⁴⁾. In

⁸²⁾ Vermutlich auch wegen Beleidigung, obwohl in den Quellen nicht ausdrücklich genannt.

⁸³⁾ Auf einem pompejanischen Fresko sind zwei Würfelspieler dargestellt, die miteinander darüber in Streit geraten, wer die höhere Punktzahl erreichte. Nach den dazugehörigen Inschriften in archaischem Latein wirft der eine dem anderen vor: „Betrüger wie du gehören verprügelt.“ Worauf der Wirt die beiden vor die Tür weist mit dem Bemerkten: „Wenn ihr euch schlagen wollt, dann bitte draußen“; als Faksimile mitgeteilt von Kowalski (Fn. 49). Das schon länger bekannte Graffito erwähnt bereits Schoenhardt (Fn. 42) 101.

⁸⁴⁾ A. Metro, *La denegatio actionis*, Milano 1972, 111f. beschränkt sich in seinem Jugendwerk auf die (zu einfache) Feststellung, in Fällen programmatischer ediktaler Klageversagung habe sich der Prätor ohne jegliche Ermessensprüfung lediglich gefragt, ob der im Edikt beschriebene Versagungsstatbestand vorliegt, um seiner magistratischen Pflicht zum *ius dicere ex edictis perpetuis suis* zu genügen. „Resta dunque esclusa ... qualsiasi valutazione discrezionale“ (soweit Metro). Das ist übertrieben. Mit bloßer Subsumption unter die programmatische Ediktvorschrift wäre die Vorgehensweise des Prätors unzureichend umschrieben. Der Prätor muss sich auch darüber Gedanken machen, ob die *ratio* der Rechtsschutzversagung im Einzelfall gegeben ist, oder ob die Klage nicht ausnahmsweise doch zu gewähren ist (insbesondere bei Wetten *virtutis causa*) – so wie er umgekehrt bei positiver Rechtsschutzverheißung zu prüfen hat, ob nicht ausnahmsweise ein Versagungsgrund gegeben ist. – Willem J. Zwolve, *Proeve ener theorie der denegatio actionis*, Proefschrift Groningen, Deventer 1981, geht auf D. 11,5,1 inhaltlich nicht ein. Zwolve wollte entgegen der herrschenden Lehre beweisen, dass ein Nichtannahmebescheid des Prätors in Rechtskraft erwachse. Rechtskraft entfalte eine Entscheidung aber erst, nachdem es zur *litis contestatio* gekommen war; gegen Zwolve: Kaser/Hackl (Fn. 81) 240 mit Fn. 51; bes. H. Ankum, ZRG RA 102 (1985) 453ff. – Die Ausdrücke *actionem negare* (sowie *denegare*) und *iudicium non dare* verwendet Ulpian in § 3 von D. 11,5,1 promiscue (*poenalem actionem denegatam ..., praetor ... ait ‚iudicium non dabo‘*).

Ermangelung einer überlieferten *laudatio edicti* können wir über die rechtspolitische Zielsetzung nur Vermutungen anstellen. Die angekündigte Rechtsschutzversagung ist als Warnung an den Veranstalter (oder den „Dulder“) von Glücksspielen zu verstehen. Er soll wissen, dass er mit seinem Verhalten eine rote Linie überschreitet und sich außerhalb der Rechtsordnung begibt⁸⁵). Zugrunde liegt der das römische Strafrecht beherrschende Abschreckungsgedanke⁸⁶), hier nach dem Motto: ‚Nimm dich in acht! Wirst du verprügelt oder bestohlen, so geschieht es dir recht!‘ Für das Strafrecht ist diese Maßregel allerdings untypisch. Es ist eine besondere Art staatlicher Retorsion des mit der Zulassung oder Förderung von Glücksspielen begangenen Unrechts. Der Rechtsgüterschutz wird gezielt eingeschränkt: Das *suscipere* von Hazardspielen, das Innere von Spielhöhlen bilden weiße Flecken auf der Landkarte des Rechts.

Dieser Rückzug des Staates von seiner Sanktionsgewährungspflicht ist unter den wenigen Fällen von im Edikt programmatisch angekündigten Klageverweigerungen wohl der spektakulärste⁸⁷). Seine Eignung zur Bekämpfung

S. Sciortino, *Denegare iudicium e denegare actionem*, *Annali Palermo* 58 (2015) 197–238 will die beiden Begriffe unterscheiden: Bei *denegare actionem* habe der Prätor die Klage verweigern oder sie, mit einer *exceptio* versehen, gewähren können. Bei *denegare iudicium* sei eine Klagegewährung mit eingeschalteter *exceptio* hingegen nicht statthaft gewesen. Diese Unterscheidung erscheint mir wenig förderlich. Unabhängig von der Formulierung sind beide Vorgehensweisen gleichwertig. Bei klarer Faktenlage wird der Prätor die Klage denegiert, bei umstrittenem Sachstand wird er sie hingegen, da er keine Beweise erhob, mit eingeschalteter *exceptio* gewährt haben. Auf die wichtigeren sozialpolitischen Konsequenzen einer Klageversagung geht auch Sciortino nicht ein. Lehrreich ist hingegen die Fragestellung in seinem früheren Aufsatz über die Anfechtungsmöglichkeiten gegen die Versagung einer *actio* durch Gegenvorstellung an den Amtskollegen oder durch Appellation an einen höheren Magistrat: S. Sciortino, *Denegare actionem, decreto e intercessio*, *Annali Palermo* 55 (2012) 659–704.

⁸⁵) Nach zutreffender Würdigung durch Impallomeni 1984, Scritti (Fn. 16) 502 war das Edikt „diretto più a scoraggiare la turpe attività rivolta alla proliferazione del gioco altrui che a punire gli scommettitori“.

⁸⁶) A. Wacke, *Unius poena – metus multorum*, *Abhandlungen zum römischen Strafrecht*, 2008, 206ff.

⁸⁷) Andere Fälle sind insbesondere D. 12,2,7 (EP Tit. XIV § 54): Klageverweigerung nach Eidesleistung über den Streitgegenstand; D. 25,4,1,10 (EP Tit. XXI § 118): Nichtgewährung des Nachlassbesitzes bei Verstoß gegen die detaillierten ediktalen Bestimmungen gegen Kindesunterschlebung (Bewachung der Schwangeren und ihrer Niederkunft); D. 42,5,25 (EP Tit. LX § 220): Versagung der Klage aus Rechtsgeschäften, die in Kenntnis der von einem Gemeinschuldner beabsichtigten Gläubigerbenachteiligung abgeschlossen wurden.

des verbreiteten Glücksspielunwesens lässt sich allerdings bezweifeln. Als alleinige Sanktion dürfte sie ihren Zweck kaum erreicht haben. Vor allem besteht keine Gewähr dafür, dass vom Veranstalter bezogene Prügel oder ihm zugefügte Vermögensschäden für ihn die gerechte, verdiente Strafe sind. Mit etwaiger Unkenntnis dieser Ausgrenzung kann sich ein Veranstalter vermutlich nicht entschuldigen, denn *error iuris nocet*. Doch beschränkt sich diese staatliche Nichteinmischung auf die weniger schwerwiegenden Privatklagedelikte Körperverletzung, Sachbeschädigung und Diebstahl. Insofern wird der Veranstalter zwar nicht vollständig zum ‚outlaw‘⁸⁸⁾, aber doch partiell für ‚vogelfrei‘ erklärt⁸⁹⁾. Fälle schwerster Kriminalität wie Totschlag oder Brandstiftung sind aber von der Verfolgung nicht ausgenommen. Nicht verweigert werden die Klagen zudem etwa verprügelten oder bestohlenen Mitspielern (unten III). Adressat der Rechtsschutzversagung ist allein der Veranstalter. Denn „Wer den Spielern hält das Licht, der ist ein noch ärgerer Wicht“⁹⁰⁾. Das von Ulpian D. 11,5,1,1 über die *collusores* ausgesprochene Unwerturteil (*quamvis et hi indigni videantur*) gilt für den *susceptor* erst recht. Die Absicht der Gewinnerzielung aus der Veranstaltung von Glücksspielen ist (obwohl kein Tatbestandsmerkmal) ebenso anstößig wie die eigennützige Förderung fremder Unzucht. Beide Professionen fanden sich im städtischen Halbweltmilieu auch personell zusammen. Gegen Kuppler und Bordellbetreiber ergingen jedoch keine derart einschneidenden Maßnahmen, insbesondere erging gegen sie kein spezielles Edikt⁹¹⁾. Das Abhalten von Glücksspielen wurde anscheinend als gefährlicher eingestuft⁹²⁾.

⁸⁸⁾ Outlaw war im altenglischen Recht „one who is put out of the protection or aid of the law“, so H.C. Black’s Law Dictionary, 5. ed. 1979, 11. reprint 1987, s.v.

⁸⁹⁾ Nach L. Röhrich, Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten, 4. Aufl. 1986, s.v. „vogelfrei“ gedanklich verwandt mit der antiken *aqua et igni interdictio*; weiteres bei R. Schmidt-Wiegand, Deutsche Rechtsregeln, 2002, s.v. Vogel; dies., „Frei wie ein Vogel in der Luft“, in: Jahrb. der Grimm-Gesellschaft 2, 1992, 189–195.

⁹⁰⁾ K. F. W. Wander, Deutsches Sprichwörter-Lexikon IV, 1867/1887, s.v. Spieler Nr. 53.

⁹¹⁾ Bordellwirte waren infam und als solche postulationsunfähig. Das Edikt erwähnte sie nur unter anderen im langen Katalog über die von Infamie Betroffenen: D. 3,2,1pr., bes. D. 3,2,4,2; D. Mattiangeli, L’identità del lenone come paradigma di infamia, in: Vis ac potestas legum, Liber amicorum Zoltán Végh, 2010, 91ff.; kürzer schon A. M. Riggsby, Lenocinium: Scope and Consequences, ZRG RA 112 (1995) 423–427.

⁹²⁾ Die Wahrscheinlichkeit von Zornesausbrüchen und Gewalttätigkeiten in Bordellen war geringer (deshalb konnten öfter auch Frauen, *lenae*, sie betreiben, vgl. D. 23,2,43,7–8). Bordellbesucher haben gleichgerichtete Interessen, sie treten nicht mit beghrlichem Blick auf den Geldbeutel von Konkurrenten gegeneinander an.

4. Als Kehrseite der Medaille ruft diese Exemption allerdings Selbstschutz und Eigenmacht auf den Plan. Ein gescheiter gewerbsmäßiger Glücksspielveranstalter sorgt durch strikte Einlasskontrolle⁹³⁾ und durch Leibwächter („Bodyguards“) vor, dass ihm nichts dergleichen zustößt. Die Begehrlichkeit erweckende Wertsachen muss er außerhalb der Reichweite von Langfingern sicher verwahren⁹⁴⁾. Ebenso muss er Vorsorge dagegen treffen, dass seine Einrichtungsgegenstände infolge von Wutausbrüchen zertrümmert werden. Leidtragender ist allerdings ein auf derartige Missetaten nicht vorbereiteter privater Gastgeber, wenn sich unter den Gästen spontan der Wunsch nach Glücksspielen erhebt und er nicht dagegen einschreitet. Er muss alsdann etwaige Prügel oder Sachschäden im wahrsten Wortsinne verschmerzen, sich dreinschicken, sie klaglos hinnehmen. Zwischen gewerbsmäßiger und nur gelegentlicher, einzelner Veranstaltung von Glücksspielen wird in den Quellen nicht unterschieden (o.Fn. 77).

Fehlender hoheitlicher Rechtsschutz schürt bekanntlich die Neigung zu eigenmächtiger Wiedervergeltung und Gelüste zu privater Rache. Der verprügelte oder bestohlene, aber eines Klagerechts entbehrende Glücksspielveranstalter könnte danach trachten, dem (mutmaßlichen) Übeltäter bei nächster passender Gelegenheit aufzulauern und ihm seinerseits durch eine Tracht Prügel einen Denkkzettel zu erteilen und sein Mütchen zu kühlen. Den präsumptiven Dieb könnte er durch Drohungen zur Rückgabe zwingen oder ihm (nach der Devise: wie du mir, so ich dir) andere Sachen entwenden. Die Aussicht derartiger Gemütsregungen auf Verwirklichung hängt von den relativen Machtverhältnissen ab. Im Falle eines solchen Akts privater Wiedervergeltung hätte der Prätor dem Leidtragenden sein Klagerecht vermutlich nicht vorenthalten – obwohl dieser die Auseinandersetzung einst provoziert hatte. Die Handgreiflichkeiten hätten nämlich sonst gar kein Ende gefunden. Aus Schaden klug geworden, wird

Und das Geschehen im Bordell spielt sich nicht in einem Salon, sondern diskret in einzelnen Zellen ab.

⁹³⁾ Die römische *domus* betrat man nicht durch das in der Regel geschlossene repräsentative zweiflügelige Hauptportal, sondern durch eine schmale Seitenpforte, die von einem Türsteher geöffnet und geschlossen wurde, dem *ianitor* oder (in D. 15,1,47pr. begegnenden) *ianuarius*; P. Kienzle, Introvertiertes Wohnen: Spuren des Sicherheitsdenkens in der römischen Architektur, in: M. Reuter/R. Schiavone (Hgg.), Gefährliches Pflaster, Kriminalität im römischen Reich, Xantener Berichte Bd. 21 (2011) 3ff.

⁹⁴⁾ Am meisten begehrt wird das Geld gewesen sein, um das gespielt wurde; dazu vgl. unten Fn. 164.

der Glücksspielveranstalter den Übeltäter (oder den als solchen Verdächtigen) jedenfalls nie mehr in sein Haus oder Etablissement eingelassen haben.

5. Bedenklich an dieser Regelung ist, dass gemäß § 2 zwar ein Diebstahl nur dann nicht verfolgt wird, wenn zu der Zeit, als gespielt wurde (also *in continenti*), etwas aus dem Hause des Veranstalters (gleichviel von wem) entwendet wurde. Körper- oder Sachschäden muss der Veranstalter hingegen auch dann noch klaglos verschmerzen, wenn sie ihm zu einem späteren Zeitpunkt (also *ex intervallo*) zugefügt wurden, folglich auch dann, wenn ihm jemand auf der Straße auflauert und ihn überfällt⁹⁵); ja selbst dann, wenn sich mehrere zu diesem Zweck zusammenschlossen. Diese fragwürdige Erweiterung⁹⁶) zwingt einen vorsichtigen Veranstalter dazu, sich in der Öffentlichkeit nur in Begleitung von Leibwächtern zu zeigen. Nachsicht verdienen zwar Handlungen im Affekt (*in rixa* oder *impetu*)⁹⁷); die Strafflosigkeit auch desjenigen, der später „kalte Rache übt“, ist aber eine bedenkliche Durchbrechung des Grundsatzes, dass Übeltaten nicht folgenlos bleiben dürfen (*ne maleficia manent impunita*)⁹⁸). Das vom Glücksspielveranstalter begangene Unrecht wog aber anscheinend noch schwerer.

Wegen Diebstahls konnte der Bestohlene hingegen vorgehen, wenn ihm die Sache nicht während eines Glücksspiels, sondern bei anderer Gelegenheit, etwa während des morgendlichen Empfangs seiner Klienten und Bittsteller (*salutatio*) entwendet wurde. Bei streitigem Zeitpunkt der Entwendung stellte der Prätor hierüber vermutlich keine schwierigen eigenen Ermittlungen an. Er wird die Klage gewährt und in die *formula* eine *exceptio* eingeschaltet haben. Wie dann im Falle eines *non liquet* darüber die Beweislast zu verteilen war, diese problematische Frage kann hier nicht weiter verfolgt werden.

⁹⁵) Anders, jedoch gegen die herrschende Auslegung, Licandro (Fn. 73) 168.

⁹⁶) Gravierende Bedenken gegen sie schon bei Humanisten und Gemeinrechtlern. Über die Argumente *pro et contra* zwischen Wissenbach, Faber, Huber, Voet berichtet Glück (Fn. 15) 339ff. Zu rechtfertigen versuchte den Unterschied Glück/Manenti (Fn. 23) 552 Fn. a. Nach Glück sei die Freveltat nach neuerem Recht kriminalrechtlich zu ahnden.

⁹⁷) Wacke, Unius poena (Fn. 86) 37ff.

⁹⁸) In D. 11,5,1,2 Satz 2 i.f. begegnet demgegenüber bezüglich eines während des Spielverlaufs verübten Diebstahls die Wendung *impune fit*. (Diese Ausnahme wird nicht behandelt von meinem Doktoranden M. Börsch, „Damit Übeltaten nicht ungestraft bleiben“, *Impunitas* als Argument der klassischen römischen Juristen, 2003).

6. Wegen eines beim Glücksspiel begangenen Diebstahls war nach D. 11,5,1,3 (oben vor Fn. 74) die Reichweite der Klagenversagung umstritten. Nach dem Bericht des Pomponius hat ein Prätor in einem konkreten Fall dem bestohlenen Veranstalter nur die auf das Doppelte gerichtete Pönalklage verweigert, eine sachverfolgende Klage hingegen zugelassen. Unter *iudicium non dabo* verstand jener Prätor mithin nur die *actio furti*. Dem widerspricht Ulpian unter Berufung auf den Ediktswortlaut, worin es ohne Einschränkung (*simpliciter*) heißt: *si quid e domo eius subtractum erit, iudicium non dabo*⁹⁹⁾. Mit dieser weiten Auslegung, es sei keine (keinerlei) der wegen Entwendung in Betracht kommenden Klagen zu gewähren, verstand Ulpian besser als jener Prätor das zu verwirklichende Programm der generellen Rechtsschutzversagung. Die sachverfolgenden Klagen wegen Diebstahls dem Veranstalter zu gewähren, wenn er sogar strafflos geschlagen werden kann, erschiene nicht frei von Widerspruch. Soll mit der Klagenversagung der Veranstalter bestraft werden, dann ist andererseits nicht einzusehen, weshalb dies dem Dieb zum Vorteil gereichen soll. Die Strafflosigkeit von Diebstählen anlässlich von Glücksspielen liefe fast auf eine Einladung zur Begehung solcher Vergehen hinaus. Von dieser Erwägung geleitet mag jener Prätor den Täter wenigstens zur Rückgabe des Diebesgutes für verpflichtet gehalten haben. Die Bestrafung des einen sollte dem anderen nicht zum Vorteil gereichen; *poena unius alterius praemium esse non debet*¹⁰⁰⁾. Diesem rechtsethischen Postulat zuwider finden sich jedoch zahlreiche Fälle, welche just diese Rechtsfolge anordnen¹⁰¹⁾. Zu vermeiden wäre dieses Ergebnis durch einen Verfall des Diebesgutes an die Staatskasse.

Ein Glücksspielveranstalter war hiernach jedenfalls nicht etwa vollkommen postulationsunfähig. Wegen schwerwiegender Rechtsverletzungen oder solcher, die nicht mit dem Glücksspiel zusammenhingen, blieb ihm die Klagebefugnis unbenommen. Von Infamie war er als solcher offenbar nicht

⁹⁹⁾ Der Singular *iudicium* könnte die einschränkende Auslegung mit veranlasst haben. Weitere Erwägungen hierzu bei B. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi*, 1968, 101; E. Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio I*, Napoli 2002, 165ff.; nicht entschieden genug Brembilla (Fn. 32) 345.

¹⁰⁰⁾ Papinian-Marcian D. 29,5,15pr., in jenem Fall allerdings von Papinian offenbar zu Unrecht angewendet: Nachdem der pflichtvergessene erstberufene Erbe nicht den Mörder des Testators anklagte, übernahm der zweitberufene diese Aufgabe. Dennoch soll der zweite nach Papinian die dem Fiskus verfallene Erbschaft nicht erhalten; dazu kritisch Wacke, *Unius poena* (Fn. 86) 236ff.

¹⁰¹⁾ Wacke, *Unius poena* 237f. Fn. 165. Wegen des Versuchs gewaltsamer Forderungseintreibung bestraft beispielsweise das *Decretum Divi Marci* den Gläubiger mit dem Anspruchsverlust zugunsten des Schuldners.

betroffen, anders als ein Bordellwirt (*leno*, o. Fn. 91). Da eine Veranstaltung von Glücksspielen sozialschädlicher ist als ein Bordellbetrieb, ist diese Konsequenz nicht frei von Widerspruch¹⁰²).

III. Gewaltanwendung und Raub gegenüber Mitspielern

Den kurzen Ediktssatz über die Abwehr von Zwang zum Mitspielen erläutern Ulpian und Paulus etwas ausführlicher:

D. 11,5,1 (Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum) pr.: Praetor ait [...] (Satz 2): ‚in eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam‘. § 1: Si rapinas fecerint inter se collusores, vi bonorum raptorum non denebabitur actio: susceptorem enim dumtaxat prohibuit vindicari, non et collusores, quamvis et hi indigni videantur. [...] § 4: ‚In eum‘, inquit, ‚qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam‘. haec clausula pertinet ad animadversionem eius qui compulsi ludere, ut aut multa multetur aut in lautumias vel in vincula publica ducatur:

D. 11,5,2pr. (Paulus libro nono decimo ad edictum): solent enim quidam et cogere ad lusum vel ab initio vel victi dum retinent.

1 pr.: ‚Gegen denjenigen‘, sagt der Prätor, ‚der zum Zwecke des Würfelspiels Gewalt anwendete, werde ich, je nachdem wie sich die Sache verhält, Ermittlungen einleiten.‘ § 1: Wenn Mitspieler sich gegenseitig beraubten, wird die Klage wegen gewaltsam geraubter Sachen nicht verweigert. Nur dem Veranstalter wird nämlich der Rechtsschutz verweigert, nicht auch den Spielern, obwohl auch sie als unwürdig anzusehen sind. [...] § 4: ‚Gegen denjenigen‘, sagt er, ‚der zum Zwecke des Würfelspiels Gewalt anwendete, werde ich, je nachdem wie sich die Sache verhält, Ermittlungen einleiten.‘ Dieser Satz bezieht sich auf die Bestrafung dessen, der (einen anderen) zum Spielen nötigte, auf dass ihm eine Geldstrafe auferlegt oder er (zur Zwangsarbeit) in die Steinbrüche oder in ein öffentliches Gefängnis abgeführt werde.

2 pr.: Manche pflegen nämlich auch (andere) zum Spielen zu zwingen, entweder von vornherein oder, nachdem sie verloren haben, indem sie sie festhalten.

Gegen einen Mitspieler wird die Raubklage nach § 1 nicht verweigert, weil sich die Rechtsschutzversagung nur gegen den Veranstalter richtet. Hiernach scheint es so, als könne der Veranstalter sogar einen Räuber nicht gerichtlich belangen. Ausdrücklich versagte das Edikt dem Veranstalter allerdings nur die Klagen wegen Körperverletzung, Sachbeschädigung und Entwendung (D. 11,5,1pr.). Vielleicht ist hier an Trickdiebstahl gedacht. Beachtlich ist, dass die Juristen mit der Begehung schwerer Straftaten im Verlaufe von Glücksspielen rechnen. Den Vorkommnissen bei Glücksspielen gegenüber stellte sich der Prätor demnach nicht ganz blind. Mit einem zugekniffenen

¹⁰²⁾ Ob infame Personen ihre Rechte durch Prozessvertreter gerichtlich durchsetzen konnten, bliebe zu überprüfen.

Auge schaute er doch nach dem Rechten. Hierin unterstützten ihn die städtischen Ädilen, die sich auch der Kontrolle der Vergnügungsstätten annahmen¹⁰³).

Insbesondere weist Paulus in Fr. 2pr. mit *solent enim quidam* ... auf die Erfahrungstatsache hin, dass manche Subjekte andere Personen durch *vis* (Zwang, Drohung) zum Mitspielen veranlassen oder am Aufhören hindern. Sieht ein Gewinner den Zeitpunkt zum Aufhören für gekommen, dann werden ihn die Verlierer typischerweise am Verlassen des Spieltisches hindern wollen, um sich dessen Gewinn mit weiteren Würfeln wieder zurückzuholen¹⁰⁴). Sollten sie ihren Überredungskünsten und Einschüchterungsversuchen mit Drohungen oder Zwang Nachdruck verleihen, dann werde der Prätor je nach den Fallumständen dagegen einschreiten, heißt es im Edikt (pr. Satz 2; wörtlich wiederholt in § 4). In welcher Weise, das lässt der dafür charakteristische Ausdruck *animadvertam* offen. Das weite Spektrum der Bedeutungen reicht von darauf achten, eine Untersuchung einleiten, dagegen einschreiten, tadeln, rügen, bis ahnden und bestrafen¹⁰⁵). Nach Mommsen wird *animadvertere* sogar „durch verengenden und verschleiern den Gebrauch ... zum regelmäßigen Ausdruck für die Hinrichtung“, also für die (nicht geschärfte) Todesstrafe durch Enthauptung¹⁰⁶). Als so schlimm beurteilte Ulpian das Unrecht in unserem Falle jedoch nicht; gemäß Fr. 1,4 genügt je nach der Schwere des Vergehens eine Geldstrafe oder die Inhaftierung in den Steinbrüchen bzw. in einem öffentlichen Gefängnis. *Lautumiae*, ursprünglich der Eigenname für einen unterirdischen Kerker bei Syrakus¹⁰⁷), wurde zur generellen Bezeichnung für öffentliche Anstalten mit leichteren Haftbedingungen, worin sich die Häftlinge insbesondere frei bewegen durften (im Unterschied zum *carcer*)¹⁰⁸). Mit dem Wort *animadvertam* behielt

¹⁰³) M. Kuryłowicz, Zur Tätigkeit der römischen Ädilen: *Loca aedilem metuentia*, OIR 7 (2002) 42–58.

¹⁰⁴) Zutreffend gewürdigt von Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 216, 219.

¹⁰⁵) H.G. Heumann/E. Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl. 1914, s.v. Nur einen Ausschnitt behandelt F. Musumeci, *Protezione pretoria dei minori di 25 anni etc.*, Torino 2013, 2 und 170.

¹⁰⁶) Th. Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899 (Nachdr. Berlin 2013), 911 mit Fn. 1.

¹⁰⁷) Glück (Fn. 15) 343 Fn. 70.

¹⁰⁸) Mommsen, Strafrecht (Fn. 106) 302; wörtliche Wiedergabe von D. 11,5,1,4 bei A. Lovato, *Il carcere nel diritto penale romano*, Bari 1994, 117 mit Literaturangaben, aber ohne Interpretation. Nach J.-U. Krause, Gefängnisse im römischen Reich, 1996, 16 waren in den *lautumiae* Kriegsgefangene in großer Zahl untergebracht. Krauses (nicht durch Quellen belegte) Vermutung, die Inhaftierung sei „si-

sich demnach der Prätor die Konkretisierung der Strafe nach seinem Ermessen vor. Das Strafmaß musste in der Antike noch nicht kraft Gesetzes vorausbestimmt sein¹⁰⁹); es war nicht einmal im Edikt bestimmt. Strafschärfung etwa gegen Wiederholungstäter war statthaft. Der Ausdruck lässt sich auch als Warnung für den Fall künftiger Übertretungen verstehen. Der gewöhnlich für die Zivilrechtspflege zuständige Prätor begab sich insoweit ausnahmsweise auf das Gebiet des Kriminalrechts. Die schlichte Teilnahme an Glücksspielen war aber kein strafwürdiges Delikt¹¹⁰).

IV. Gewaltunterworfenen und Hausangehörigen beim Glücksspiel

1. Die drei Paragraphen des letzten Fragments unseres Digestentitels handeln vom erlaubten Würfeln um Speis und Trank innerhalb einer Tischgesellschaft (pr.) sowie von der Rückforderung von Spielverlusten durch Gewaltunterworfenen (§§ 1–2).

D. 11,5,4 pr. (Paulus libro nono decimo ad edictum): Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familias [*scr. familiae*] ludere permittitur.

Was bei einer geselligen Mahlzeit zum Verzehr (üblicherweise) aufgetischt wird, darum darf das Gesinde ‚würfeln‘¹¹¹).

Das in vielen Ausgaben (vor *ludere*) enthaltene Wort *familia* ist eine grammatikalisch kaum passende Verkürzung (ohne die Endung *s*); Cuiacius veränderte *familia* in *alea*¹¹²). Dieser Konjektur folgen die Übersetzungen von

cher nur kurzfristig gewesen“, dürfte kaum zutreffen. Nach Krauses Mitteilung S. 29 mit Fn. 25 führten staatliche Organe (*curiosi* und *beneficarii*) Listen gefährlicher und verdächtiger Personen, welche „im Bedarfsfall“ schnell inhaftiert werden konnten, darunter auch Glücksspieler, ferner Gastwirte, Kuppler, Bäderdiebe etc., unter Hinweis auf R. MacMullen, *Soldier and Civilian in the Later Roman Empire*, Cambridge (Mass.) 1963, 51 Fn. 5. – Der reich mit Literatur belegte Artikel ‚Steinbruch‘ im Neuen Pauly 11 (2001) 941ff. (lat. *lapidicinae*) schildert die technischen Verfahren der Materialgewinnung und des Abtransportes, enthält aber nichts zur Sozialgeschichte. Dass die Beschäftigten nur Sklaven waren, dürfte kaum zutreffen.

¹⁰⁹) E. Levy, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht I: Die Strafzumessung*, BIDR 45 (1938) 57ff. = ders., *Gesammelte Schriften II*, 1963, 433ff.; A. Schilling, *Poena extraordinaria: Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit*, 2010.

¹¹⁰) Schoenhardt (Fn. 42); Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 200ff.; nicht strafbar auch nach justinianischem Recht: u. Fn. 169.

¹¹¹) *ludere* bedeutet hier konkret (wie sich zeigen wird): den (oder die) Zahlungspflichtigen auslösen.

¹¹²) Cuiacius, *Opere*, Neapoli 1758, Bd. V, Sp. 258: *‘familiae’ verbum hic sane inopportunitum*. An anderer Stelle (Bd. X, Sp. 948) sagt er dazu: *est graecus mos*

Watson, Spruit und BKKS (sie lassen *familia* unübersetzt); anders hingegen die Ausgaben von OSS, d'Ors und Schipani¹¹³). Die Textänderung des Cujaz ist jedoch aus formalen und inhaltlichen Gründen abzulehnen. Im anastatischen Nachdruck der Florentina¹¹⁴) steht *quod in combibio uescendendi causa ponitur in eam rem familias ludere permittitur*. Im Wort *uescendendi* wurde die aus drei Buchstaben bestehende falsche vorletzte Silbe *den* durchgestrichen; ob vom Schreiber selber oder von einem späteren Korrektor, ist nicht erkennbar. Man darf aber davon ausgehen, dass der Text der Florentina an Hand eines von der Vorlage des Schreibers verschiedenen Exemplars (im Allgemeinen sorgfältig) durchkorrigiert wurde¹¹⁵). Das Wort *familias* in der nächsten Zeile blieb unbeanstandet (vielleicht weil es im folgenden § 1, nur sieben Wörter weiter, nochmals und dort richtig vorkommt). Das *s* am Schluss des erstmaligen *familias* ist jedoch ein offensichtliches Schreibversehen, vermutlich verursacht durch die sehr häufige alte Form *-as* des Genitivs¹¹⁶). Hier aber ist es Dativ, bezogen auf *permittitur*. Schon die Glossa ordinaria des Gothofredus verbesserte *familias* richtig in *familiae*.

Entgegen der Konjektur des Cujaz wäre die Veränderung eines ursprünglichen *alea* in *familia* durch ein Versehen beim Vervielfältigen jedoch nicht erklärbar. Anfangsbetontes *alea* ist dreisilbig; auf der zweiten Silbe betontes *familia* ist viersilbig. Ein Hörfehler beim Diktat ist auszuschließen. Auch wäre es unerfindlich, weshalb ein in den Kontext passendes *alea* später in ein erratisches *familia* verändert worden sein sollte. Der Regel vom Vorzug der *lectio difficilior* entsprechend verdient das überlieferte *familia(s)* gegenüber der Konjektur das größere Vertrauen. Mit der Veränderung in *alea* verlöre der Tatbestand vor allem viel von seinem anschaulichen und lebensnahen Kolorit. *Familia* (stammverwandt mit *famulus*) ist (hier) die Dienerschaft, das Gesinde; das sind die in die Hausgemeinschaft des bäuerlichen Gutsbe-

loquendi; vgl. Schoenhardt (Fn. 42) 86 Fn. 1; dem Cujaz zustimmend Pothier (Fn. 52); vgl. Brembilla (Fn. 32) 351 Fn. 46. Das Wort *alea* bedurfte jedoch keiner Erwähnung, weil der gesamte Titel des Ediktskommentars ohnehin dem Würfelspiel gewidmet ist. Kannte Cuiacius die Konjektur der Glossa ordinaria etwa nicht?

¹¹³) OSS übersetzen *familia* richtig mit ‚Gesinde‘, d'Ors (Fn. 73) (zu eng) mit ‚esclavos‘ (richtig wäre span. *criados*), Schipani (Fn. 65) zu umfassend als ‚componenti della famiglia‘. Gemeint ist hier jedoch die Dienerschaft.

¹¹⁴) Bd. I, Bl. 178v, rechte Spalte Zeile 6f.

¹¹⁵) So die Ergebnisse von W. Kaiser, Schreiber und Korrektoren des Codex Florentinus, ZRG RA 118 (2001) 133–219, 217.

¹¹⁶) In den Rechtsquellen begegnet *familias* 706-mal, davon in den Digesten 554-mal; *familiae* insgesamt 279-mal, in den Digesten 191-mal. Im Genitiv sind beide Endungen gleich richtig, im Dativ wie hier nicht.

tribes aufgenommenen Arbeitskräfte: vor allem die Sklaven, aber auch freie Knechte und die mitarbeitenden Kinder¹¹⁷). Diesen Personen war also das Würfeln um das zum Verzehr auf den Tisch Gestellte zwar nicht alltäglich, aber doch bei festlichen Anlässen (*in convivio*, besonders an den Saturnalien, vgl. o. I 2)¹¹⁸), und zwar auch in Gesellschaft hausfremder Personen gestattet¹¹⁹). Ihr hartes Arbeitsleben ließ sich dadurch erträglicher und abwechslungsreicher gestalten. Man muss von dem Sachverhalt ausgehen, dass sich Angehörige und Bedienstete verschiedener Familien zu einer gemeinsamen Mahlzeit in einem einfachen Lokal versammelten¹²⁰). Welcher Teilnehmer den Gesamtpreis für das Verzehnte entrichten sollte, war durch Würfeln zu ermitteln. Es handelt sich also um eine besondere (vermutlich volkstümliche) Form des Losverfahrens oder Knobeln¹²¹) (wegen der Kürze der Sachschilderung vom Juristen offenbar als bekannt vorausgesetzt). Der Verlierer musste die Zeche bezahlen¹²²); alle übrigen waren die Gewinner. Die Summe durfte der Verlierer mutmaßlich aus seinem *peculium* aufbringen¹²³). *Sui iuris*

¹¹⁷) Heumann/Seckel (Fn. 105) sub 1 c; Th. Mayer-Maly, *familia*, in: Status Familiae, Festschrift für Andreas Wacke, 2001, 261–265; H. H. Seiler, *Familia und Familienrecht*, 2001, ebenda 437–449.

¹¹⁸) Weitere Festtage erwähnt Schoenhardt (Fn. 42) 87.

¹¹⁹) In engerem (weniger klaren) Sinne bezogen Schoenhardt 85ff. den Text auf das „Herausspielen von Essen und Trinken in häuslichem Kreise“ und Windscheid II (Fn. 68) § 419 Fn. 5b auf das „Ausspielen von Gegenständen, die zum unmittelbaren Verzehren bestimmt sind“.

¹²⁰) Würde hingegen ein Gutsherr seinem Gesinde ein Festmahl spendieren, dann würde sich die Frage nach der durch Würfeln zu ermittelnden Person des Zahlungspflichtigen nicht stellen. *Convivium* übersetze ich deshalb nicht mit dem üblichen deutschen Wort ‚Gastmahl‘, sondern mit ‚gesellige Mahlzeit‘.

¹²¹) Eine heutige Parallele wäre das Würfeln um den „Knobelkäse“: Inmitten der Tischrunde steht ein Stück Käse, in dem senkrecht ein Holzstift steckt. Wer eine Sechse würfelt, darf sich vom Käse ein Stück abschneiden, ohne dass der Stift umfällt. Je mehr vom Käse im Verlaufe der Würfelrunden abgeschnitten wird, desto größer wird die Gefahr des Umfallens. Allmählich wird das abschneiden „Dürfen“ zum „Müssen“. Wer letztlich beim Abschneiden den Stift umwirft, muss das von der Runde bestellte Stück Käse bezahlen. Das gesellige Vergnügen besteht aus einer Kombination von Würfelglück und manueller Geschicklichkeit.

¹²²) Eventuell verteilte man die Zahlungspflicht auf mehrere Personen. Eine Vorkehrung musste man treffen dagegen, dass der Verlierer beim nächsten gemeinschaftlichen Mahl sogleich wieder zahlungspflichtig wurde.

¹²³) Wegen des hier nur der Unterhaltung und Geselligkeit dienenden unschuldigen Spielens erklärte Windscheid (Fn. 68) weitergehend zumindest „nach heutigem Recht“ die vom Verlierer übernommene Verbindlichkeit sogar für klagbar; ablehnend Dernburg (Fn. 5) § 104 Fn. 5. Die Frage ist eher theoretisch. Denn ein

musste der Zahlende nicht sein¹²⁴). Abgesonderte Vermögensmassen durften nämlich der erforderlichen Ernährung halber vermindert werden; *vescendi causa diminuiere* lautet dafür die gebräuchliche technische Ausdrucksweise¹²⁵). Volljährige Sklaven und Haussöhne werden aber schon im eigenen Interesse nicht ihr gesamtes Sondergut für ein Gastmahl verwürfelt haben. Da der Spieleinsatz überdies durch das gemeinsame Gelage aufgezehrt war, gelangte der Gewinn nicht in die Tasche der Sieger; den Gewinnern fehlte es an der Bereicherungsabsicht. Außerdem hatte der Verlierer an den Genüssen partizipiert. Und da jede Schwelgerei an ihre physischen Grenzen gelangt, blieb die Verlustgefahr überschaubar¹²⁶). Verwerfliches Glücksspiel begann

die Bezahlung verweigernder Verlierer würde künftig nicht mehr zu der Gesellschaft der Zecher zugelassen. Aus der Erlaubtheit des Würfels innerhalb der genannten Grenzen folgt nicht die Klagbarkeit (weder für den Gastwirt noch für die Gewinner). Vor allem gehörte die Spielabrede nicht zu den klagbaren Schuldverträgen. Anders in der Begründung Dernburg: *ponitur* erfordere „Setzen“ und begründe schwerlich eine Klage. Aber *ponitur* heißt nicht, dass jeder Essensteilnehmer den entsprechenden Geldbetrag aus seinem Beutel auf den Tisch zu legen hatte. Auf die Tafel gestellt wurde Speis und Trank (also die Gegenleistung), nicht das dafür zu bezahlende Geld. *Ponitur* heißt auch nicht, dass bereits aufgetischt sein muss. Es darf auch vor dem Beginn der eigentlichen Mahlzeit darum gewürfelt werden. *Ponitur* verweist auf das Maß dessen, was erwartungsgemäß oder üblicherweise aufgetischt wird. Aber kein Wirt wird seine Gäste vor der Bezahlung der Zeche entlassen haben. An der Wand einer spanischen Bodega liest man zuweilen den bekannten Satz ‚Hoy no fio – mañana sí‘, heute gebe ich nichts auf Kredit – morgen, ja! (wobei unter ‚morgen‘ das Ende aller Tage zu verstehen ist).

¹²⁴) So freilich Brembilla (Fn. 32) 351f.: Darum sei das überlieferte Wort *familia* „improbabile“. Anstatt des Würfels um die Bezahlung der Zeche nimmt Brembilla eine Wette an (obschon sie bei Fn. 45 der Konjektur des Cujaz in *alea* zustimmt). Welchen Inhalts aber soll die Wette gewesen sein? Eine Wette erfordert die Entgegensetzung (mindestens) zweier sich widersprechender Behauptungen. Brembillas ausführlicher Deutungsversuch des kurzen Fragments S. 350–352 wirkt etwas hilflos.

¹²⁵) D. 28,8,7,3: Ausnahmen vom Verbot der Nachlassverminderung während der dem Berufenen gewährten Überlegungsfrist über den Erbschaftsantritt, mit ähnlichen anschaulichen Beispielen notwendiger Ausgaben (in D. 28,8,9 gleichgesetzt mit *alimenta*); D. 36,4,14: ebenso bei vorläufiger Besitzeinweisung zwecks Erhaltung von Vermächtnissen; D. 37,10,5,3: bei vorläufiger Besitzeinweisung eines Neugeborenen von ungewisser Abstammung; D. 42,5,33pr.: bei vorläufiger Besitzeinweisung der Gläubiger eines nicht defendierten Unmündigen. Eine heutige Parallele wäre die einem Gemeinschuldner und seiner Familie aus der Konkursmasse gewährte Unterstützung.

¹²⁶) Bei einem Gastmahl überstieg der Verzehr gewiss das Niveau der gewöhnlichen Alltagskost von Landarbeitern. Aber so erlesene Köstlichkeiten wie sie der kaiserliche Hof geladenen Gästen bot, konnten sich Angehörige der Plebs auch an

erst, wenn nach der Beendigung des Menüs, nachdem die Teller abgeräumt waren, weiter (getrunken und) um Geldeinsätze gewürfelt wurde.

Für Impallomeni ist dies ein Anwendungsfall der (in den Quellen so nicht überlieferten) Maxime *De minimis non curat praetor*. Impallomeni neigte dazu, die für ein Gastmahl aufzubringenden Beträge zu bagatellisieren¹²⁷⁾. So geringfügig werden sie aber nicht gewesen sein, zumal sie sich summierten, wenn viele Personen miteinander um die Bezahlung durch einen von ihnen würfelten. Näher liegt meines Erachtens die Parallele zu dem von Georg Klingenberg beschriebenen *modicum*-Kriterium¹²⁸⁾. Gesetzliche Verbote dürfen nicht immer mit äußerster Strenge durchgeführt werden; letzte Konsequenz kann unmenschlich, inhuman sein. Beispielhaft berichtet hierzu Ulpian über ein von Seneca, *De beneficiis*, beeinflusstes Kaiserreskript zu der praktisch wichtigen Frage, inwieweit ein Provinzgouverneur Geschenke annehmen dürfe¹²⁹⁾: Er darf es mit Maßen. Ihm freundlich dargebotene Aufmerksamkeiten soll ein *praeses provinciae* nicht schroff zurückweisen. Der Geselligkeit, Heiterkeit und Annehmlichkeit wegen veranstaltete Glücksspiele haben nicht den Zweck, Vorräte oder gar Reichtümer anzusammeln. Sie zu verbieten, wäre inhuman. Zubereitetes Essen ist verbrauchbare, ja verderbliche Ware in einem viel engeren Sinne als die Gattung der *res quae usu consumuntur* (wie in § 92 BGB definiert). In diesen Grenzen, *in eam rem*, darf auch das einfache Volk spielen. Zumal an Festtagen galt dies als harmloser Volksbrauch. Der Unterhaltung wegen betriebene Spiele um kleine Einsätze muss die Rechtsordnung nicht bekämpfen; Martial 14,18 nannte sie *alea parva et non damnosa*¹³⁰⁾. Wer einen fremden Sklaven zur Teilnahme an solcherlei Vergnügungen auffordert, haftet folglich insoweit auch nicht mit der *actio de servo corrupto*¹³¹⁾.

Aufgrund der textschonenden alten Konjektur des verschriebenen Wortes *familias* in den plausiblen Dativ *familiae* ergibt sich aus der vorstehenden Interpretation als sozialhistorische Erkenntnis das vom Juristen vorausgesetzte

Festtagen nicht leisten. Milieuschilderungen verfassten E. Stein-Hölkeskamp, *Das römische Gastmahl*, 2. Aufl. 2011, und D. Schnurbusch, *Convivium: Form und Bedeutung aristokratischer Geselligkeit in der römischen Antike*, 2001.

¹²⁷⁾ Impallomeni 1993, Scritti (Fn. 16) 645 und 649.

¹²⁸⁾ G. Klingenberg, Das modicum-Kriterium, ZRG RA 126 (2009) 187–283.

¹²⁹⁾ D. 1,16,6,3; A. Wacke, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken, in: R. Zimmermann u. a. (Hgg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, H.H. Seiler gewidmet, 1999, 325–369, hier S. 431f. (die Moral des Schenkens) m. weit. Lit.

¹³⁰⁾ Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 189.

¹³¹⁾ Beifallswerte Schlussfolgerung von Schoenhardt (Fn. 42) 87. Zur Sanktion gegen die Verführung zum Würfelspiel grundsätzlich unten nach Fn. 182.

gesellige Brauchtum, dass bei Gastmählern nicht immer das Hauspersonal den schwelgenden Herrschaften aufwarten musste. Zuweilen wurden die Rollen getauscht, insbesondere anlässlich der Saturnalien, wo Würfelspiele geduldet waren. Und manchmal (vermutlich sogar turnusmäßig) verabredete sich die Dienerschaft mehrerer Herrschaften außer Haus zu einer weniger luxuriösen gemeinsamen Mahlzeit in einer ihrem Stande angemessenen Wirtschaft zu harmlosem geselligen Treiben. Den Armen-Bruderschaften (*collegia sodalicia, tenuiorum* oder *funeraticia*) durften auch Sklaven beitreten (mit Zustimmung ihrer Herren). Allmonatlich durften sie sich (auch zu gemeinsamen Mahlzeiten) versammeln¹³²). Wenn man sich dabei zuweilen des Losentscheids bediente, hatte dies in der Antike seit der Athenischen Demokratie eine lange Tradition¹³³). Die Ermittlung der Rolle des Gastgeber durch ein Losverfahren ist nach dieser Interpretation weder Wette noch Glücksspiel (im eigentlichen Sinne).

Wenn sogar Sklaven das Auslosen des Zahlungspflichtigen in diesen Maßen erlaubt war, kann es freien Bürgern nicht verboten gewesen sein. In der Sache ist die Textänderung durch Cujaz (von *familia* in *alea*) darum nicht falsch. Die aus der Weglassung des Wortes ‚*familia*‘ in einigen modernen Übersetzungen folgende Tatbestandserweiterung wäre sachlich nicht unzutreffend. In höheren Gesellschaftskreisen wäre ein Würfeln um die Kosten einer Mahlzeit jedoch standeswidrig gewesen. Kein von einem Senator eingeladenen Gast würde damit rechnen, für das Gelage eventuell seinen Beutel öffnen zu müssen. Das Wort *familiae* ist ein wichtiges Auslegungsindiz. Den Bezug der Erlaubnis auf die Hausabhängigen (oder auf das einfache Volk) blendet die Konjekture in *alea* zu Unrecht aus. Sie zerreißt insbesondere den Zusammenhang mit den beiden folgenden Paragraphen: Was ein Gewaltunterwerfener aufgrund verbotenen Glücksspiels bezahlte, kann nach § 1 sein Gewalthaber vom bereicherten Empfänger zurückfordern. Hat der Empfänger seinen Sklaven freigelassen oder seinen Sohn emanzipiert, dann haftet er dem Rückforderungsberechtigten gemäß § 2 mit einer *utilis actio* „*ex hoc*

¹³²) Marcian D. 47,22,1pr. und 3,2; Art. *Collegia funeraticia*, Enciclopedia Cattolica (1948–54) Bd. IV coll. 1950–52 = <https://letterepaoline.net/2010/11/02/i-%C2%ABcollegia-funeraticia%C2%BB/>. Als Parallele denke man an die mittelalterlichen Kaland-Gesellschaften: klerikale und weltliche Bruderschaften, die sich allmonatlich zum gemeinsamen Gildenmahl an den Kalenden trafen (daher ihr Name): E. Hoffmann, Art. Kaland, LexMA V (1991) 864f.

¹³³) J. Bleicken, Die attische Demokratie, 1988, 218ff.; V. Ehrenberg, Art. Losung, PWRE 13,2 (1927) 1451–1501, zur republikanischen Ämterlosung in Rom 1490ff.; zu *sortiri*, *sortitio* in den Rechtsquellen Heumann/Seckel (Fn. 105) s.vv.; daher italienisch ‚tirare al sorte, sorteggio‘.

edicto“. Für beide Rückforderungsklagen bleibt jedoch kein Raum, wenn bloß um den Wert einer zu genießenden oder bereits genossenen Mahlzeit gespielt wurde. Diese sozialadäquate Ausnahme beruht vermutlich auf juristischer Interpretation; ausdrücklich erwähnt haben wird sie weder das Edikt noch eines der in D. 11,5,3 genannten Gesetze¹³⁴). Im Kommentar des Paulus zum Edikt bilden die im Fragment 4 des Digestentitels zusammengefassten Fälle jedoch, wie sich zeigen wird, ein organisches gedankliches Kontinuum. Wegen des sofortigen Verzehrs waren nämlich die Nutznießer nach dem pr. nicht bereichert; die beiden Folgeparagrafen behandeln Glücksspiele um höhere Summen, die zur Bereicherung des Gewinners führten.

2. Von den beiden Paragraphen über die Rückforderung von Spielverlusten durch Gewaltunterworfenen betrachten wir im Folgenden, der Reihenfolge nach, zunächst den § 1:

D. 11,5,4,1 (Paulus 19. ad ed.): Si servus vel filius familias victus fuerit, patri vel domino competit repetitio. item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio gesto agitur: sed non amplius cogendus est praestare, quam id quod ex ea re in peculio sit.

Wurde ein Sklave oder ein Haussohn besiegt, dann steht dem Vater oder dem Herrn¹³⁵) die Rückforderung (des Verlustes) zu. Auch wenn ein Sklave das (gewonnene) Geld empfing, gibt man gegen seinen Herrn die Sondergutsklage, keine Noxalklage, weil aus einem Geschäft geklagt wird; aber er muss nicht mehr leisten, als davon (noch) im Sondergut vorhanden ist.

Bei Spielverlusten, die ein Sklave oder Haussohn erlitt, ist nach § 1 zu unterscheiden: Gewann gegen ihn eine Person *sui iuris*, dann haftet sie nach Satz 1 dem Gewalthaber des Verlierers auf Rückerstattung. War aber der Gewinner ebenfalls ein Sklave (oder Haussohn¹³⁶)), dann haftet dessen

¹³⁴) Impallomeni 1984, Scritti (Fn. 16) 507 mit Fn. 1.

¹³⁵) *Dominus* ist der ‚Herr‘ eines Sklaven; dessen Eigentümer muss er nicht sein. BKKS übersetzen *dominus* durchweg mit „Eigentümer“. Das ist unpassend, dagegen A. Wacke, *Die libera administratio peculii*, in: Sklaverei und Freilassung im röm. Recht, Symposium H.J. Wieling, 2006, 254f.; zur Begründung in Kürze: Mit der *actio de peculio* haftet, wer den Sklaven mit dem Sondergut ausstattete, mag er auch (wie sich später herausstellt) nur dessen redlicher Besitzer gewesen sein. Entsprechendes gilt für andere adjektivische Klagen (D. 15,1,1,6; 14,4,1,5). Das Wort ‚Herr‘ charakterisiert das personenrechtliche Subordinationsverhältnis treffender als der sachenrechtliche Zuordnungsbegriff ‚Eigentümer‘. – Im Wortlaut von § 1 geht die Zuordnung Sklave – Herr, Haussohn – Vater nicht parallel. BKKS änderten dies in ihrer Übersetzung durch Umstellung.

¹³⁶) Der *filius familias* wird in Satz 2 nicht erwähnt; er kann aber nach allgemeiner Ansicht nicht anders behandelt worden sein. Vielleicht wurde der Fall von den

Gewalthaber nach Satz 2 mit einer *actio de peculio*, begrenzt auf dessen Bereicherung. Mit einem Namen wird die dem Gewalthaber zustehende Rückforderungsklage nicht genannt. Aus seinem *peculium* kann ein Sklave oder Haussohn jedoch, selbst wenn ihm dessen *libera administratio* verliehen ist, (grundsätzlich) nichts verschenken¹³⁷⁾. Ohne die Befugnis zur *libera administratio* können Gewaltunterworfenen sogar nur lediglich vorteilhafte Geschäfte (entsprechend § 107 BGB) vornehmen¹³⁸⁾. Nicht einmal wirksam begründete Pekuliarschulden kann ein Sondergutsinhaber ohne (generelle oder spezielle) Erlaubnis seines Gewalthabers erfüllen¹³⁹⁾, geschweige denn Spielschulden. Zur unentgeltlichen Fortgabe oder gar Verschwendung fehlt dem Sondergutsinhaber also die Verfügungsmacht. Die Übereignung verlorener Münzen an den Gewinner ist darum schon dinglich unwirksam; ob der Spielvertrag eine *iusta causa* für die Übereignung (und hier für eine *soluti retentio*) bilden könnte, kann insoweit dahinstehen. Das unwirksam übereignete Geld hätte der Gewalthaber deshalb vindizieren können. Da aber die Münzen beim Glücksspiel in Kneipen und an anderen typischen Spielplätzen von Hand zu Hand gingen und sich somit in ständigem Umlauf befanden, waren sie im Streitfall nicht mehr zu identifizieren¹⁴⁰⁾. Anstelle der an Beweisschwierigkeiten scheiternden *vindicatio nummorum* blieb dem Gewalthaber folglich nur eine *condictio* übrig. Die *condictio* stützt sich auf das *ius civile*. Folgerichtig sagt Paulus in § 1 Satz 1, dass dem Vater oder Herrn die *repetitio, competit*, d. h. kraft Zivilrechts zusteht¹⁴¹⁾. Von der *actio de peculio* heißt es hingegen in Satz 2, dass sie *dabitur*; nach konsequentem Sprachgebrauch ist dies eine prätorische Klage, hier in Abwandlung der zivilrechtlichen Grundlage (*condictio*) mittels Subjektsumstellung auf Seiten des Beklagten und erweitert um den einschränkenden Klauselzusatz *dumtaxat de peculio*.

Aus dem längeren Satz 2 von § 1 (*item si ...*) wird jedenfalls die Begründung *,non noxalis'* etc. eine von Paulus herrührende Erläuterung sein. Der davorstehende erste Satz kann hingegen auf eine ausdrückliche Erwähnung im Edikt

Kompiatoren gestrichen, weil Justinian Noxalklagen gegen Hauskinder generell nicht mehr zuließ. Ein Haussohn war aber vermutlich auch persönlich belangbar: Impallomeni 1984 (Fn. 16) 506. Unklar ist die Darstellung der beiden Fälle bei Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 209–211.

¹³⁷⁾ D. 2,14,28,2; D. 39,5,7pr.ff.; Wacke, Symposium Wieling (Fn. 135) 296ff.

¹³⁸⁾ D. 46,2,16; Wacke (Fn. 135) 259ff.

¹³⁹⁾ D. 46,3,84; Wacke (Fn. 135) 276ff. Das Abzugsrecht wegen eigener Forderungen gegen das Sondergut darf dem Gewalthaber nämlich nicht verkürzt werden.

¹⁴⁰⁾ Zur *commixtio* und *consumptio nummorum* A. Wacke, Die Zahlung mit fremdem Geld, BIDR 79 (1976).

¹⁴¹⁾ Impallomeni 1984, Scritti (Fn. 16) 505.

zurückgehen. Die Rückforderungsbefugnis des Gewalthabers bezüglich unwirksam übereigneter Sachen aus dem *peculium* seiner Gewaltunterworfenen mittels *condictio indebiti* folgt freilich schon aus allgemeinen Grundsätzen; sie bräuchte im Edikt nicht eigens erwähnt zu werden. Angesichts der auf Klagenversagung ausgerichteten Grundtendenz des Edikts *De aleatoribus* empfahl sich aber doch eine Klarstellung, die sinngemäß (in Übereinstimmung mit dem ersten Satz von § 1) etwa gelaute haben könnte: „Die Rückforderung von Spielverlusten eines Gewaltunterworfenen bleibt für den Gewalthaber unberührt.“ Die Existenz eines solchen klarstellenden Ediktssatzes ist zu vermuten, weil Paulus in § 2 (wie sub 3. noch gezeigt wird) mit den Worten *ex hoc edicto* darauf Bezug nimmt. Die Rückforderung durch den Hausherrn setzt allerdings als Normalfall voraus, dass der Sohn oder Sklave heimlich hinter seinem Rücken, also ohne sein Wissen gespielt hat. Hätte der Vater jedoch seinem Sohn einen Geldbetrag mit der Erlaubnis überlassen, damit dürfe er spielen¹⁴²⁾, dann hätte er dadurch konkludent das Verlustrisiko auf sich genommen; dann könnte er das von einem Mitspieler Gewonnene ebenso wenig zurückfordern wie der Geber eines Darlehens zu Spielzwecken vom Darlehensnehmer (unten VI 3).

Als Begründung für die gegen den Gewalthaber des Gewinners gemäß § 1 Satz 2 zu gewährende *actio de peculio* führt Paulus an, dass aus einem Geschäft (*ex negotio gesto*¹⁴³⁾) geklagt werde; eine Noxalklage komme deshalb nicht in Betracht. Die Begründung ist nicht zweifelsfrei und kaum durch schlichte Subsumption gewonnen. Denn die Glücksspiele waren nun einmal (wie Paulus D. 11,5,2,1 selbst berichtet) gesetzlich verboten; dem kriminellen Milieu standen sie darum nahe. Das einer Sondergutsklage zugrunde liegende *negotium* muss andererseits kein gültiges Rechtsgeschäft sein. Auch zur Rückabwicklung der aufgrund nichtigen Vertrages erbrachten Leistungen ist die Vertragsklage, hilfsweise die *condictio indebiti dumtaxat de peculio* zuständig. Und eine Unkenntnis des Herrn vom Geschäft seines Gewaltunterworfenen schließt die *actio de peculio* nicht aus¹⁴⁴⁾.

Gegenüber den Noxalklagen bevorzugten die Juristen tendenziell die Sondergutsklagen, vermutlich weil letztere für die Kläger günstiger sind.

¹⁴²⁾ Dass Väter zumindest durch ihr schlechtes Vorbild ihre Söhne zum Glücksspiel verleiteten, kam leider in gewissen Kreisen vor und wurde von Moralisten angeprangert (Fn. 21).

¹⁴³⁾ Nicht etwa aus Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*); so allerdings irrig die von A. Watson (The Digest of Justinian, vol. I, Philadelphia 1985) herausgegebene englische und die von Schipani (Fn. 65) herausgegebene italienische Übersetzung: „unauthorized administration“, „gestione di un affare altrui“.

¹⁴⁴⁾ Wacke, Symposium Wieling (Fn. 135) 263 Fn. 46.

Beispielsweise geht nach D. 15,1,3,11 die *actio iudicati* zwecks Vollstreckung eines ausgeklagten Anspruchs auch dann *de peculio* gegen den Hausvater, wenn die dem vorausgegangenen Erkenntnisverfahren zugrunde liegende Forderung gar nicht mit der Sondergutsklage verfolgbar war¹⁴⁵⁾. Auf die Ursprungsnatur des vollstreckungsfähigen Anspruchs komme es nicht mehr an, nachdem dieser mit der *litis contestatio* ins Prozessrechtsverhältnis überführt wurde: Mit der Streitbefestigung werde ähnlich wie durch Stipulation gewissermaßen ein vertragliches Verhältnis begründet (*sicut in stipulatione contrahitur ..., ita iudicio contrahi*). So gesehen, kann nach D. 9,4,35 sogar ein ausgeklagter deliktischer Anspruch mit der *actio iudicati de peculio* vollstreckt werden. Entgegen den von Ulpian D. 15,1,3,11 verwendeten Worten *iudicio contrahi* ist die *litis contestatio* allerdings (anders als *stipulatio* oder Schiedsvertrag) kein Kontrakt: Weil der Beklagte zur Einlassung auf die Klage gezwungen wird, fehlt es an seiner freiwilligen Zustimmung. Immerhin sind in der *litis contestatio* vertragsähnliche Elemente erkennbar; und sie ließ man für die Zulässigkeit einer Sondergutsklage genügen.

Auf Kosten strenger Systematik führte dies zu einer Überdehnung des Begriffs *negotium*. Und wenn sogar wegen der von einer noch unter Vatersgewalt stehenden Ehefrau anlässlich ihrer Scheidung entwendeten Sachen ihrem Manne die *actio rerum amotarum* gegen den Schwiegervater *de peculio* zustand¹⁴⁶⁾, dann kann die hier aus dem Glücksspiel gegen den Gewalthaber gewährte *condictio indebiti de peculio* nicht überraschen. Hier kommt nämlich (im Unterschied zu den *res amotae*) hinzu, dass die verspielten Münzen dem Gewinner übergeben wurden: Die Hingabe ist zwar keine perfekte *datio* wegen der dem Sklaven oder Haussohn fehlenden Verfügungsmacht; nach deren *consumptio* infolge ununterscheidbarer Vermischung kommt der Vorgang jedoch einer *datio* gleich („gestrecktes dare“)¹⁴⁷⁾. ‚*Ex negotio gesto*‘ bezieht sich also auf den Zahlungsvorgang und bedeutet nicht etwa, dass die Verabredung zu einem Glücksspiel ein Schuldverhältnis begründen würde. Mit der Annahme der hingegebenen Münzen beging der Empfänger jedenfalls kein Delikt; und deswegen passt eine Noxalklage nach Paulus hier im Allgemeinen nicht¹⁴⁸⁾.

¹⁴⁵⁾ So Papinian, Marcellus, Ulpian; dazu ausführlich A. Salomone, *Iudicati velut obligatio*, Napoli 2007.

¹⁴⁶⁾ D. 13,1,19; D. 25,2,3,4; A. Wacke, *Actio rerum amotarum*, 1963, 129ff., zum weiten Begriff *negotium* dort S. 133f.

¹⁴⁷⁾ Wacke, *BIDR* 79 (Fn. 140) 113ff., 124ff.

¹⁴⁸⁾ Bei betrügerischem Falschspiel des Sklaven oder bei von ihm ausgeübtem

Nach dem letzten Halbsatz von § 1 haftet der Gewalthaber des Gewinners allerdings nur beschränkt, soweit das *peculium* durch den Spielgewinn noch bereichert ist. Die Haftung des Gewalthabers entfällt also, wenn ohne sein Wissen sein Sondergutsinhaber den Gewinn vor der Streitbefestigung wieder verspielt oder auf andere Weise verloren hat. Das ist begreiflich, da es nur um Gewinnabschöpfung, nicht um Schadensersatzhaftung geht. Da Handlungen von Gewaltunterworfenen ihrem Gewalthaber weder schaden noch unge-rechtfertigte Vorteile bringen sollen, ist die auf die Bereicherung beschränkte Rückforderungsklage von Spielgewinnen in § 1 geradezu als salomonisch zu bezeichnen. Je später sich der Gewalthaber des Verlierers meldet, desto geringer werden folglich die Erfolgsaussichten seiner Rückforderungsklage. Die Haftung *de peculio* ist auch dann nicht strenger, wenn dem Gewinner von seinem Herrn die *libera administratio* verliehen worden war¹⁴⁹): Auch dann soll der Gewinner nicht Opfer aus seinem *peculium* erbringen müssen, um dem Kläger später wieder verlorene Spielgewinne zu erstatten. Auf einen Wegfall der Bereicherung kann sich der Gewalthaber erst von dem Moment an nicht mehr berufen, in dem er eine weitere Teilnahme seines Sohnes oder Sklaven an Glücksspielen unterbinden kann. Eine wiederholte Teilnahme an Glücksspielen könnte der Gewalthaber zum Anlass nehmen, um dem Sohn oder Sklaven sein *peculium* zu entziehen.

3. Schwieriger zu verstehen ist die Bedeutung des anschließenden, sehr kurz geratenen § 2:

D. 11,5,4,2 (Paulus 19. ad ed.): Adversus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est.

Gegen Hausväter und Freilasser ist zur Rückforderung des beim Würfelspiel Verlorenen eine analoge Klage aus diesem Edikt zu gewähren.

Die hier mit der *actio utilis* Belangten sind *parens* oder *patronus*. Zwischen den Spielern bestand demnach kein Gewaltverhältnis, denn innerhalb personeller Subordination gibt es keine Klage. Ansonsten enthält die allzu knappe Aussage mehrere Unklarheiten: Nicht gesagt wird, wer der Kläger

Zwang zum Mitspielen kommt allerdings eine Noxalklage in Betracht: Kuryłowicz, Studi Biscardi (Fn. 32) 534.

¹⁴⁹) Anders Impallomeni 1984, Scritti (Fn. 16) 506 mit Fn. 31 und 34, im Anschluss an eine Bemerkung in einem Basilikenscholion; zustimmend Quintana Orive (Fn. 46) 15. Die *libera administratio* erweitert die Verfügungsmacht, aber nach keiner der von mir analysierten Quellen (Fn. 135) verschärft sie (auf der Passivseite) die Bereicherungshaftung des Gewaltunterworfenen. Eine Haftungsverschärfung läge außerhalb des Regelungszwecks der erweiterten Verfügungsmacht. (Freier steht ein Haussohn mit *peculium castrense*.)

ist; damit verknüpft ist die Frage, welche Person gewonnen und welche verloren hat. Grundlegende Voraussetzung für die Beantwortung ist, ob in dem kurzen Fragment ein eigenständiger Sachverhalt geregelt wird, oder ob der § 2 nicht vielmehr in Fortsetzung vom besprochenen § 1 bloß eine Abwandlung von dessen Tatbestand enthält.

Ältere Autoren erklärten die *actio utilis* aus dem Verbot der Erhebung pönaler oder infamierender Klagen gegen Respektspersonen. Sie betrachteten den § 2 als eigenständigen Tatbestand und deuteten ihn dahingehend, dass der Gewalthaber im verbotenen Glücksspiel gegen seinen emanzipierten Sohn oder Freigelassenen gewonnen habe. Der ehrenrührige Vorwurf, am Glücksspiel teilgenommen zu haben, sei in der *intentio* der gegen die Respektsperson gerichteten Rückforderungsklage des *filius* oder *libertus* durch eine neutrale Bezeichnung ersetzt worden¹⁵⁰). Aus der für diesen Sonderfall gewährten *utilis actio* wurde dann im Anschluss an Otto Lenel weitergehend sogar auf die Existenz einer nicht überlieferten allgemeinen Rückforderungsklage im Edikt geschlossen (hiergegen jedoch unten V).

Als Klagen auf Rückzahlung von Spielverlusten kommen jedoch, wie dargestellt, nur die *vindicatio nummorum* oder eine (eher Erfolg versprechende) *condictio indebiti* in Betracht¹⁵¹). Diese beiden rein sachverfolgenden Klagen fallen nicht unter das Strafklagenverbot gegenüber Respektspersonen¹⁵²). Eine Rückforderungsklage dieser Art bräuchte daher, wenn es sie gegeben hätte, nicht in abgewandelter Gestalt als *utilis* gewährt zu werden. Dieser Deutungsvorschlag scheidet damit aus.

Die von Paulus in § 2 von D. 11,5,4 erwähnte *utilis actio* ist vielmehr eine Aushilfsklage für den Fall, dass der unter Hausgewalt stehende Empfänger des Spielgewinns später emanzipiert oder freigelassen wurde. Die Klage richtet sich gegen den ehemaligen Gewalthaber, also gegen den Vater oder den Freilasser des Gewinners. Der in § 2 nicht genannte Kläger ist aller Wahrscheinlichkeit nach derselbe wie in § 1, also der Gewalthaber des Verlierers¹⁵³). Gerichtet ist die Klage (wie in § 1) auf Erstattung des an den

¹⁵⁰) So Glück (Fn. 15) 33 mit Fn. 43 unter Berufung schon auf die Basiliken; O. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, Leipzig 1901, 134; Impallomeni 1984, Scritti (Fn. 16) 506 Fn. 34; zustimmend Quintana Orive (Fn. 46) 15.

¹⁵¹) Oben im Text nach Fn. 140; Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 206ff.

¹⁵²) Der Katalog unstatthafter Klagen gegen Respektspersonen wie den Patron ist in D. 37,15,2ff. ziemlich genau umschrieben. Die problematische Kondizierbarkeit irrtümlich geleisteter *operae* setzt die grundsätzliche Statthaftigkeit der *condictio* gegen ihn voraus.

¹⁵³) Es klagen also nicht etwa der Emanzipierte gegen seinen Vater oder der Frei-

Gewalthaber (hier den ehemaligen) geflossenen Spielgewinns¹⁵⁴). Der Gewinner stand also beim Glücksspiel noch *sub potestate*; nicht war (wie nach der hier abgelehnten älteren Deutung) ein bereits aus der Gewalt Entlassener der Verlierer im Spiel gegen seinen vormaligen Gewalthaber. Und mit ‚*ex hoc edicto*‘ nimmt Paulus (meiner noch näher zu erläuternden These zufolge) Bezug auf ein dem vorgeschalteten Denegationsedikt hinzugefügtes spezielles Anhangsedikt betreffend die Teilnahme von Hausabhängigen an Glücksspielen. Aus diesen Worten wird gleichwohl noch in jüngster Zeit auf eine im Edikt vorgesehene generelle Rückforderungsmöglichkeit von Spielgewinnen geschlossen (u. Fn. 156–157). Diese Schlussfolgerung bedarf im Folgenden einer kritischen Überprüfung.

V. Generelle Zurückforderung von Spielverlusten? Justinians Experiment

1. Ob über die in D. 11,5,4,1–2 behandelten Fälle hinausgehend jeder Verlierer nach freiwillig bezahlter Spielschuld den Betrag vom Gewinner schon nach klassischem Recht zurückfordern konnte, ist eine offene Frage. Die Digesten enthalten darauf keine ausdrückliche Antwort¹⁵⁵). Otto Lenel meinte, das Edikt *De aleatoribus* sei „zweifelloso unvollständig erhalten“; denn nach dem soeben analysierten Fragment des Paulus D. 11,5,4,2 ist die *repetitio* als *utilis ex hoc edicto* zu erteilen. „Hiernach muß das Edikt die Rückforderung des in unerlaubtem Spiel Verlorenen gestattet haben“¹⁵⁶). In der Di-

gelassene gegen seinen Patron (wie von den Vertretern der Gegenansicht angenommen).

¹⁵⁴) Die *actio utilis* entspricht daher der im Edikt geregelten *actio de peculio annalis* nach dem Erlöschen der Hausgewalt, D. 15,2,1pr.ff. Wurde das Sondergut hingegen einschließlich des Spielgewinns dem aus der Hausgewalt Entlassenen als eigenes Vermögen belassen, dann müßte er selber haften.

¹⁵⁵) Die Vermutung von Pollera (Fn. 45) 538, vgl. 542f., der in D. 11,5,2,1 zitierte Senatsbeschluss habe die Rückforderung gestattet, ist reine Phantasie. Senatsbeschlüsse waren zumeist sanktionslose *leges imperfectae*, s. o. Fn. 58.

¹⁵⁶) Soweit apodiktisch Lenel, EP (Fn. 14) 176 § 64[63] schon in der 1. Auflage 1883, 16 Jahre vor dem Erscheinen von Mommsens Strafrecht (Fn. 106) 1899. Mommsen zitierte bekanntlich selten; er nahm auf Lenel nicht Bezug, und Lenel ließ in späteren Auflagen Mommsens gegenteilige Ansicht gleichfalls unberücksichtigt. Lenel stimmte zu: Karlowa (Fn. 150) 1348; Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 206ff.; Pollera (Fn. 45) 544 („molto probabile“). Kuryłowicz geht thesenhaft ohne Begründung von der generellen Rückforderbarkeit aus und fragt nur nach der Art der dafür geeigneten Klage – ohne sich die Vorfrage vorzulegen, ob und inwieweit eine solche überhaupt als sachlich angemessen in Betracht kommt. Seine (den hier erreichten Ergebnissen widersprechende) Schlussfolgerung lautet (S. 208): „Im justi-

gestenübersetzung von BKKS findet sich eine gleichsinnige Anmerkung¹⁵⁷⁾. Theodor Mommsen hielt demgegenüber die Rückforderung nur insoweit für zulässig, als „der Kläger nicht selber [am Verlust] mitschuldig ist“¹⁵⁸⁾; dies im Unterschied zur von Justinian C. 3,43,1 allgemein gestatteten Rückforderungsklage. Nicht zu verantworten sind vom Kläger nach Mommsen namentlich Spielverluste von Haussöhnen und Unfreien. Mommsens flüchtige Bemerkung blieb im seitherigen Schrifttum überwiegend unbeachtet¹⁵⁹⁾; sie ist aber wegweisend für die richtige Beantwortung unserer Frage.

Die unterschiedlichen Ansichten sollen zunächst präzisiert werden: Nach der auf Lenel zurückgehenden herrschenden Lehre sei die Überlieferung in den Digesten unvollständig; die Lücke sei, übereinstimmend mit dem justinianischen Recht, im Sinne der generellen Bejahung der Rückforderbarkeit zu schließen. Nach der vereinzelt gebliebenen Deutung von Mommsen ist die im Digestentitel 11,5 enthaltene Regelung hingegen abschließend: Nur ausnahmsweise darf ein Gewalthaber von ihm selbst nicht veranlasste Spielverluste seiner Untergebenen zurückfordern. Dies wäre eine Analogie in einem konkreteren, engeren Sinne, nämlich bezogen nur auf die im vorangehenden § 1 genannte Klage bei Spielverlusten von Gewaltunterworfenen („kleine Analogie“), nicht auf eine von Lenel vermutete allgemeine Rückforderungsklage („große Analogie“). Inhaltlich wurde Lenels Hypothese noch keiner kritischen Würdigung unterzogen. Welche Ansicht verdient den Vorzug? Von der Antwort auf die Frage, worauf die drei Worte *ex hoc edicto* zu beziehen sind (dazu unten 5), hängen weitreichende Konsequenzen bezüglich der Eigenverantwortlichkeit des Menschen für sein Handeln ab.

2. Eine detaillierte Regelung über die Rückforderung von Spielverlusten schuf Justinian in der schon erwähnten, ursprünglich auf Griechisch verlautbarten Konstitution C. 3,43,1¹⁶⁰⁾, vier Jahre vor den im Dezember 533

nianischen Recht ist die Regelung im ganzen die gleiche geblieben.“ Dagegen unten Fn. 176.

¹⁵⁷⁾ Bd. III, 1999, 24 Fn. 1. Aber mit solchen zum Textverständnis nicht erforderlichen Annotationen ist Zurückhaltung geboten. Sie präjudizieren die Exegese, können für unbefangene Leser kanonische Bedeutung erlangen, sich aber durch spätere Untersuchungen als irrig erweisen. Über interpretierendes Übersetzen und erläuternde Zusätze grundlegend R. Knütel, *Liber amicorum* Christoph Krampe, 2013, 215ff.

¹⁵⁸⁾ Mommsen, *Strafrecht* (Fn. 106) 861.

¹⁵⁹⁾ Mit Recht zustimmend zu Mommsen jedoch F. Sturm (u. Fn. 220) 82 Fn. 16.

¹⁶⁰⁾ Vom Jahre 529 am 22. September (die Datierung ist gesichert), anderthalb Jahre nach Justinians am 1. April 527 erfolgten Regierungsantritt und knapp ein halbes Jahr nach der Inkraftsetzung des ersten Codex am 7. April 529. Die griechische Originalversion ist nicht erhalten. Nach Schoenhardt (Fn. 42) 89 ist „der

in Kraft gesetzten Digesten. Um zu ermessen, inwieweit bei der (späteren) Redaktion des Digestentitels die darin aufgenommenen Fragmente auf Justinians Rechtssetzung abgestimmt wurden, muss zunächst deren Inhalt vorgestellt werden.

Eine Begrenzung der zulässigen Spieleinsätze der Höhe nach und langjährige, breit gestreute Rückforderungsbefugnisse sind die von Justinian eingesetzten Mittel zur Eindämmung der Spielsucht und ihrer Gefahren. Auch sehr reiche Personen dürfen danach nicht um mehr als um einen *solidus* spielen¹⁶¹). Einklagbar sind Spielgewinne nicht¹⁶²); für Spielschulden bestellte Sicherheiten müssen zurückgewährt werden. Für Umgehungsgeschäfte, bei denen Bohnen¹⁶³) anstelle von Münzen verwendet werden, die

ganze Titel ein erst im sechzehnten Jh. aus den Basiliken, den Paratitla und diversen Scholien zusammengetragenes Stückwerk“, in neueren Ausgaben auf zwei, in älteren auf drei *constitutiones* verteilt; vgl. K. Witte, *Die Leges restitutae* des Justinianischen Codex, Breslau 1830, 170ff. [vorhanden in UB Bonn, Sign. Sav425]. Den Inhalt skizzierten knapp, jedoch ohne rechtspolitische Würdigung, aufgrund späterer Übersetzungen ins Lateinische Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 208, etwas ausführlicher Glück (Fn. 15) 328ff.; vgl. dazu die kritischen Anmerkungen von Manenti (Fn. 23) 541ff.; Schoenhardt (Fn. 42) 89–95. – Nach der jüngsten aufschlussreichen Spezialuntersuchung von Jan Hallebeek ist die Überlieferung vor allem dem spanischen Kardinal Pedro de Cardona zu verdanken (1181 Erzbischof zu Toledo): On the origin of the constitution *Aleazarum lus* (C. 3,43,1) and its insertion into the Codex Justinianus, TR 81 (2013) 129–143.

¹⁶¹) Binnen welchen Zeitraums die Begrenzung zu gelten habe (pro Einsatz oder innerhalb eines ganzen Spielabends), wurde im Gemeinen Recht streitig. Die Goldmünze des *solidus* oder *aureus*, seit Konstantin aus ca. 4 ½ Gramm (oder 1/72 *libra*) Gold, entsprach gemeinrechtlich ca. 12,70 Goldmark, später einem Dukaten gleichgesetzt, entsprechend 9,33 Goldmark, siehe Heumann/Seckel (Fn. 105) s.h.vv. Zuweilen wurde allerdings im Gemeinen Recht die aus dem Schenkungsrecht bekannte wesentlich höhere Grenze von 500 *solidi* angenommen, siehe F.C. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. IV Berlin 1841, 210ff. (§ 166); Glück/Manenti (Fn. 23) 540 Fn. c; zur Umrechnung Heumann/Seckel s.v. *quingenti*. Ein *solidus* entsprach etwa dem monatlichen Sold eines Legionärs. Arme Menschen mussten notfalls ein ganzes Jahr lang von einem *solidus* ihr Dasein fristen, so der Kölner Provinzialarchäologe Salvatore Ortisi anlässlich des spektakulären Fundes eines *solidus* aus der Zeit des Kaisers Valens bei Ausgrabungen beim römischen *vicus* Marcomagus an der „Agrippastraße“ zwischen Köln und Trier nahe Nettersheim. Darüber berichtete der Leitartikel der Kölner Universitätszeitung vom April 2013 unter dem Titel: „Das Gold der Eifel – Kölner Archäologen graben eine römische Kleinstadt aus“.

¹⁶²) Auch nicht Gewinne aus nach klassischem Recht erlaubten Wetten *virtutis causa*? Unter späteren Interpreten umstritten.

¹⁶³) *Lupini* (eig. Wolfsbohnen); dazu Schoenhardt (Fn. 42) 95.

der Verlierer einzulösen hat (Vorläufer moderner „Chips“¹⁶⁴) in Spielcasinos), soll das gleiche gelten. Weit erstreckt wird die Befugnis zur Rückforderung von Spielverlusten. Der Verlierer selber und seine Erben dürfen gegen den Gewinner und dessen Erben vorgehen. Sollten diese Personen nicht klagen wollen, darf dies jedermann (also auch eine Person, die gar nicht gespielt und nichts verloren hat)¹⁶⁵). Vorzüglich klagen dürfen die Stadtvorsteher der jeweiligen Gemeinde, wo gespielt wurde; sie sollen den erstrittenen Erlös zum Besten der Stadt verwenden¹⁶⁶). Überhaupt dürfe niemand an öffentlichen oder privaten Orten spielen oder auch nur beim Glücksspiel zusehen. Den Übertretern wird Strafe angedroht. Die Bischöfe sollen den Stadtvorstehern bei der Untersuchung der Vorfälle zur Hand gehen¹⁶⁷). Die Verjährungsfrist wird von dreißig auf fünfzig Jahre erstreckt. Ausnahmsweise gestattet wurde der Abschluss von Wetten in Bezug auf fünf Arten von sportlichen Wettkämpfen (z.B. Pferderennen, Springen mit und ohne Stange). Die genaue Bedeutung der griechischen Bezeichnungen für die erlaubten Disziplinen ist ungeklärt¹⁶⁸); sie sind nicht identisch mit dem antiken Pentathlon. Streng verfolgt wurde vor allem das Spiel „mit hölzernen Pferden“: Die Häuser der Veranstalter derartiger Glücksspiele sollten konfisziert werden¹⁶⁹). – Mit diesem Bündel

¹⁶⁴) Die Verwendung von Spielgeld, das vor Beginn eingewechselt und nach Beendigung gegen Münzgeld zurückgetauscht wird, aber als Zahlungsmittel ansonsten wertlos ist, kann die Gefahr heimlicher Zugriffe auf die Barschaft des Veranstalters oder eines Mitspielers vermindern. Während des Spiels kann der Hausherr die echten Münzen in seiner *arca* sicher verwahren.

¹⁶⁵) Die Zuerkennung der Rückforderungsbefugnis an jedermann widerspricht dem Prinzip ‚pas d'intérêt, pas d'action‘. Popularklagen kannte das klassische Recht nur, soweit öffentliche Interessen betroffen waren, Hauptbeispiel ist die *actio de effusis vel deiectis*. Mit der Erstreckung der Klagebefugnis auf *quivis ex populo* erhob Justinian die Abschöpfung von Spielgewinnen zu einer Angelegenheit von öffentlichem Interesse.

¹⁶⁶) Eine ähnliche Rechtsfolge findet sich gegenwärtig (soweit ersichtlich einzig) in Mexiko Art. 2765 Código civil: Der Verlierer erhält eine Hälfte des von ihm Geleisteten zurück, die andere Hälfte verfällt der öffentlichen Wohlfahrt (*beneficencia pública*); vgl. T. Echevarría de Rada, *Los contratos de juego y apuesta*, Barcelona 1996, 60f.

¹⁶⁷) Belegstellen für weitere Kontrollbefugnisse von Bischöfen bei S. Puliatti, *Studi Nicosia VI*, 2007, 285.

¹⁶⁸) Glück (Fn. 15) 325ff.; Schoenhardt (Fn. 42) 91ff.; bes. Nardi, *Monobolo & C.* [betr. die Geschichte der Sportwetten bis Justinian], in E. Nardi, *Scritti minori I*, Bologna 1991, 701–722. Neuere Literatur erwähnt Quintana Orive (Fn. 46) 5f. mit Fn. 54–66.

¹⁶⁹) Ansonsten werden Glücksspiele aber auch nach Justinians Recht nicht be-

von Maßnahmen, so lobt sich der Kaiser selber, habe er gegen den blasphemischen Sittenverfall ebenso gut vorgesorgt wie gegen den Fall eines Krieges.

3. Die Grundtendenz dieses aufwendigen Regelungsprogramms ist extrem paternalistisch¹⁷⁰⁾. Die Verleihung der Rückforderungsbefugnis notfalls an jedermann ist durchdrungen von dem Bestreben, „unverdiente“ Spielgewinne unter allen Umständen abzuschöpfen. Zur Erreichung dieses Zieles werden auch den Stadtoberen und sogar den Bischöfen inquisitorische Befugnisse (eventuell unter dem Bruch des Beichtgeheimnisses?) verliehen. Überdies die Erben zu ermächtigen, ist zwar psychologisch geschickt, denn der Verlierer selber mag sich scheuen, vor Gericht anzugeben, dass er gespielt und wie viel er verloren hat. (Unangenehme Vorfälle verdrängt man nämlich erfahrungsgemäß eher, als dass man sich an sie erinnert).

An der Effektivität der Regelung sind indessen Zweifel angebracht. Dagegen spricht die praktische Erfahrung, dass Spielgewinne selten zu dauerhaftem Reichtum führen. Häufig gilt für sie ‚wie gewonnen, so zerronnen‘. Da bei Beteiligung Mehrerer am Glücksspiel ein jeder mal gewinnt, dann wieder verliert, lässt sich nach einigen Runden kaum noch feststellen, in welche Tasche der Verlust eines Spielers gewandert ist. Das gutgemeinte Ziel, Spielverluste ungeschehen zu machen, scheitert darum schon oft an Beweisschwierigkeiten, zumal als Zeugen in Betracht kommende Zuschauer

straft: Glück (Fn. 15) 330f. – In seiner ausgedehnten Kirchenordnung vom Jahre 546 verbot Justinian überdies Klerikern die Teilnahme an Glücksspielen und das Zuschauen, auch den Besuch von theatralischen Schauspielen. Die Sanktion war dreijährige Suspension von den Kirchenämtern, falls der Beschuldigte nicht Reue zeigte: Novella 123 cap. 10 § 1. Das Zuschauen von Klerikern hätte als deren Billigung gedeutet werden können. Reiche Nachweise zu den späteren Kirchenvätern und Konzilsbeschlüssen bringen Glück/Manenti (Fn. 234) 555ff.; G. Pfannmüller, Die kirchliche Gesetzgebung Justinians, 1902, 64; neuerdings auch Echevarría (Fn. 166) 36f. Rezipiert wurde Justinians Novella in die Siete Partidas 1,5,57; J. Sánchez-Arcilla, Compendio de Historia del Derecho, Madrid 2004, 54. Trotz entsprechender Verbote schreckten Geistliche in späteren Jahrhunderten zuweilen nicht davor zurück, sogar Kirchengut zu verspielen.

¹⁷⁰⁾ Unter dem gegenwärtig anschwellenden Rechtspaternalismus versteht man staatliche Maßnahmen, die entscheidungsfähige Menschen vor sich selbst und vor den Gefahren ihres Handelns schützen sollen. Aber nicht jede eine Partei (etwa durch eine Formvorschrift) schützende Bestimmung wäre schon paternalistisch zu nennen. Aus der uferlosen Lit. siehe T. Gutmann, Paternalismus: eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?, ZRG GA 122 (2005) 150ff.; E. Schumann, Edukatorisches Staatshandeln, in: E. Schumann (Hg.), Das erziehende Gesetz (Abh. Akad. Göttingen n. F. 30), 2014, 5ff. mit reichen Angaben.

nicht anwesend sein dürfen. Die naheliegende Möglichkeit eines Wegfalls der Bereicherung (wie in D. 11,5,4,1 Satz 2 erwähnt: oben IV 2) wird nicht in Betracht gezogen.

Eine Verjährungsfrist von fünfzig Jahren ist (zumal angesichts der damaligen kürzeren Lebenserwartung) praktisch eine Ewigkeit. Schon nach zwanzig Jahren wird sich niemand mehr an so weit zurückliegende Ereignisse erinnern, geschweige denn sie beweisen können, zumal wenn er (wie ein Erbe) dabei gar nicht anwesend war. Die Verlängerung der Verjährungsfrist von dreißig auf fünfzig Jahre ist also eine leere Drohgebärde ohne praktische Bedeutung.

Psychologisch geschickt war es von Justinian zwar auch, schon das Zuschauen zu verbieten. Wer als Zuschauer glaubt, die Spielregeln verstanden zu haben, wird einer Einladung zum Mitspielen oft nicht widerstehen können. Solange aber eine solche Aufforderung nicht durch Drohung oder Zwang verstärkt wird (wie in D. 11,5,1,4; oben III), beruht das Mitspielen auf dem eigenen Entschluss; die Folgen hat dann jeder zurechnungsfähige Mensch selbst zu tragen.

Eine generelle Rückforderungsmöglichkeit ist schließlich sogar kontraproduktiv. Die Risiken des Glücksspiels werden verharmlost, wenn man in dem Bewusstsein daran teilnehmen kann, dass man etwaige Verluste mit gerichtlicher Hilfe wieder zurückerlangen könne. Diese (wenngleich, wie gezeigt, eher theoretische) Möglichkeit mindert die Hemmschwelle und fördert die Mentalität des ‚halb so schlimm‘.

4. Dies dürften einige der (nicht immer ausgesprochenen) Gründe sein, weswegen neuzeitliche Gesetzgeber abweichend von Justinian die generelle Rückforderbarkeit bezahlter Spielschulden durchweg ausschlossen¹⁷¹⁾ und sie damit insbesondere voll geschäftsfähigen Personen versagten. Justinians Regelung wurde derogiert bzw. „overruled“. Wer Spielverluste hingegen generell für rückforderbar erklärt, entmündigt partiell den Menschen. Will eine Rechtsordnung die Betätigungsfreiheit respektieren, dann darf sie die Rückforderbarkeit gezahlter Spielschulden nicht generell anordnen oder zulassen. Das Eigentum umfasst nun einmal auch die Befugnis, sein Gut zu vergeuden, soweit man nur sich selber und nicht auch andere (wie insbesondere Unterhaltsberechtigte: s. o. Fn. 8) schädigt. Der Gegensatz zwischen protektionistischer und liberaler, der Privatautonomie verpflichteter Rechtssetzung ist

¹⁷¹⁾ Die *soluti retentio* gestattete nach dem Vorbild älterer Stadtrechte schon das Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620, kommentiert von W. Litewski, Privatrecht, Bd. V, Kraków 1987, 108f.

hier gut erkennbar. Justinians Regelung der Spielschulden ist lehrreich als unrealistisches Kontrastprogramm. Zugrunde liegt ihr ein antiliberales, paternalistisch geprägtes Menschenbild.

Getreu der Devise *Graeca non leguntur* wurden die Regelungen von Justinians unglossierter griechischer Konstitution nicht ins *ius commune* rezipiert. In der Pandektenlehre des frühen 19. Jh. fühlten sich indessen etliche Autoren an Justinians Gesetz gebunden. Dabei erkannte man sehr wohl den Widerspruch zum grundsätzlichen Ausschluss der Rückforderung bei beiderseitigem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten¹⁷²). Die Versagung des Rechtsschutzes bei *par turpitudine dantis et accipientis* ist ein in klassischen Rechtsquellen fest verankerter allgemeiner Grundsatz¹⁷³). Diese Regelwidrigkeit glaubten die Befürworter im Interesse der Gesetzestreue (wegen der Rezeption *in complexu*) hinnehmen zu müssen. Überzeugende Gründe für eine unterschiedliche Behandlung von Spiel und Wette im Vergleich zu anderen gegen Gesetz oder gute Sitte verstoßende Geschäfte sind aber nicht aufzuspüren. Wenn sich die Beteiligten mit ihrem „unernst“ (also unverbindlich) gemeinten Spiel einvernehmlich außerhalb der Rechtsordnung betätigen, ist nicht einzusehen, weshalb nur der Rückfordernde vom Recht begünstigt werden soll. Beide *collusores* bezeichnet Ulpian D. 11,5,1,1 als *indigni*. Hat der Gewinner keinen Rechtsschutz verdient (§ 762 Abs. 1 Satz 1 BGB), dann auch der Verlierer nicht (§ 762 Abs. 1 Satz 2 BGB).

5. Die geschilderten Bedenken verschwinden, wenn man mit Mommsen annimmt, dass nach klassischem Recht eine Rückforderung nur ausnahmsweise, nämlich bei Spielverlusten von nicht voll Geschäftsfähigen oder Ver-

¹⁷²) Zur Streitfrage Glück (Fn. 15) 333 („gegen allgemeine Grundsätze“), 344ff. (vorbehaltlich landesrechtlicher Statuten); gegen Glück die kritische Anmerkung z von Manenti in Glück/Manenti (Fn. 23) 547ff. Erkannt wird der Widerspruch auch von Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 207. Windscheid (Fn. 68) § 419 Fn. 8 erklärte (entgegen früheren Auflagen) Justinians unglossierte griechische Konstitution für nicht rezipiert. Schon Wolfgang Adam Lauterbach (1618–78) schloss die Rückforderung aus, siehe Impallomeni 1993, Scritti (Fn. 16) 646f. Ausnahmsweise erlaubte gemäß Spaniens Novísima Recopilación eine Pragmatica von König Carlos III. von 1771 die Rückforderung binnen einer Reufrist von acht Tagen. Die Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805, reimpression Madrid 1992) enthält in Libro 12 Tit. 23 nicht weniger als 18 ausführliche Ordonnanzen „De los juegos prohibidos“, Bd. V pp. 402–414, hier ley 15 § 8 p. 410.

¹⁷³) Paulus D. 12,5,3 und 8; H. H. Seiler, § 817 S. 2 BGB und das römische Recht, in: Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, 1969, 379–392; H. Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, 85ff.; weitere Hinweise bei D. Liebs, Lateinische Rechtsregeln, 7. Aufl. 2007, Nr. J 94.

fügungsbefugten, in Betracht kam (o.Fn. 158). Die Ungültigkeit der von ihnen getätigten Geschäfte entspricht allgemeinen Regeln. Beispielhaft erwähnt werden in D. 11,5,4,1–2 bezahlte Spielschulden von Sklaven und Hauskindern¹⁷⁴); nur auf sie beziehen sich (entgegen Lenel, o.Fn. 156) die Worte *ex hoc edicto*, nämlich auf ein diese Spezialfälle regelndes, von Paulus im Fragment 4 kommentiertes Anhangsedikt. Wurde der Gewinner durch *manumissio* oder *emancipatio* aus der Hausgewalt entlassen, dann erstreckte Paulus in § 2 die Klage aus dem Anhangsedikt auf Gewinnherausgabe im Wege einer kleinen Abwandlung als *actio utilis* gegen den ehemaligen Gewalthaber („kleine“ Analogie, vgl. oben V 1 a. E.).

Ansonsten ist die ediktale Regelung komplett und (jedenfalls ihrem Sinne nach) vollständig überliefert. Das ergibt sich durch Umkehrschluss aus den in D. 11,5,4,1–2 genannten Ausnahmen. Hierbei kann dahinstehen, ob das auf Rechtsschutzversagung ausgerichtete Edikt den Grundsatz aussprach und weitergehende Rückforderungsklagen ausdrücklich ausschloss (etwa: „ansonsten werde ich keine *repetitio* gestatten“). Eine solche Klarstellung (auch im Kommentar eines Juristen) hätten Justinians Kompilatoren gewiss gestrichen. Hätte das Edikt hingegen umgekehrt (wie nach Lenels Vermutung) die *repetitio* generell gestattet, dann hätten die in D. 11,5,4,1–2 genannten Spezialfälle keiner Erwähnung bedurft; vor allem hätte sich Justinian zumal bei seiner Verehrung für die *antiquitas* in seiner Konstitution von 529 auf ein solch wichtiges Präjudiz naheliegenderweise berufen können, und seine Reform wäre weniger einschneidend. Justinian lobt im Reformgesetz C. 3,43,1 aber nur seine eigene Weisheit. Sollte ein klassischer Jurist die generelle Rückforderbarkeit bejaht haben, dann hätten Justinians Kompilatoren bei ihrer Redaktion der Digesten ein solches Präjudiz vermutlich begierig aufgegriffen, anstatt einen solchen in den Quellen überlieferten Satz zu unterdrücken. Dessen Streichung hätte dem Anliegen Justinians widersprochen. Diese Gründe sprechen gegen Lenels Hypothese. Mit den drei kurzen Worten *ex hoc edicto* drückte sich Paulus zu allgemein und darum missverständlich aus; er meinte *ex hac clausula edicti*¹⁷⁵).

¹⁷⁴) Dasselbe bestimmt Art. 2262 des chilenischen Código civil von 1857 für alle von der Verwaltung ihres Vermögens ausgeschlossene Personen. Schon nach dem Sachsenspiegel, LandR III 6 § 2, konnte der Herr ihm gehöriges Gut zurückverlangen, das sein Knecht verspielt, versetzt oder verkauft hatte. Ausgeschlossen war die Rückforderung bei solchen Verfügungen des Knechtes über sein eigenes Gut (in etwa entsprechend dem römischen *peculium castrense*); vgl. Dorn, HKK III (Fn. 11) Rn. 26, S. 2178.

¹⁷⁵) Die Bezeichnung *clausula* für Ediktssätze findet sich in den Digesten häufig; vgl. nur D. 4,6,26,9. Im Edikt *De aleatoribus* begegnet *clausula* in D. 11,5,1,4.

Bei einem Vergleich der überlieferten Juristenfragmente mit der justinianischen Regelung gewinnt man schließlich den Eindruck, dass die Kompilatoren bei der Digestenredaktion den Inhalt der vier Jahre zuvor auf Griechisch ergangenen Konstitution Justinians ignorierten¹⁷⁶). Von ihr findet sich im Digestentitel 11,5 kein Abglanz¹⁷⁷). Insbesondere wurden in D. 11,5,2,1 die antiken Wettkampfdisziplinen beibehalten und nicht durch die von Justinian genannten andersartigen (o. Fn. 168) ersetzt. Das nach klassischem Recht gestattete Würfeln um den Wert einer Mahlzeit (oben IV 1) hätte bei rigoroser Durchführung von Justinians strengem Glücksspielverbot nicht beibehalten werden dürfen. Überhaupt ist zu fragen, weshalb über den Ediktswortlaut und die Juristenkommentare noch getreulich berichtet wurde, nachdem Justinian eine detaillierte anderslautende Regelung getroffen hatte. Betrachteten die Kompilatoren etwa den Inhalt des Digestentitels 11,5, auf den man hätte verzichten können, nur noch als historische Reminiszenz, als museales Recht? Eine Synthese der beiden Regelungskomplexe erscheint schon ihrer unterschiedlichen Grundtendenzen wegen kaum möglich.

6. Als weitere Rückforderungsgründe kommen in Betracht mangelnde Geschäftsfähigkeit, arglistige Täuschung und Zwang. Sie werden in einigen geltenden Gesetzbüchern ausdrücklich genannt¹⁷⁸), ergeben sich aber gleichfalls schon aus allgemeinen Grundsätzen. Arglistige Täuschung, Betrug, ist vor allem gegeben, wenn „mit gezinkten Karten“ gespielt wird¹⁷⁹). Die An-

¹⁷⁶) Im Ergebnis entgegengesetzt (und soweit ersichtlich unwidersprochen) Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 217 und 205 (vgl. o.Fn. 156): Ohne Einführung wesentlicher Neuerungen habe Justinian das klassische Spielverbot lediglich wiederholt. Die Titel D. 11,5 und C. 3,43 ergänzten sich gegenseitig und bildeten unter Justinian nach Kuryłowicz eine gemeinsame rechtliche Grundlage. Schon das prätorische Edikt habe die Rückforderung bezahlter Spielschulden gestattet.

¹⁷⁷) Die Digesten-Rubrik *De aleatoribus* mag indessen durch die zum Inhalt des Codex-Titels besser passende Überschrift *De aleae lusu et aleatoribus* beeinflusst sein; so Brembilla (Fn. 32) 335.

¹⁷⁸) Franz. Code civil Art. 1967; span. Código civil Art. 1798; ital. Codice civile Art. 1933 Abs. 2. – Gemäß § 762 BGB kann das aufgrund Spiel oder Wette Geleistete „nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat“. Aus dieser verklausulierten Formulierung ergibt sich im Umkehrschluss die Statthaftigkeit einer Rückforderung aus anderen (nicht ausdrücklich genannten) Gründen.

¹⁷⁹) M. Carnelley, The Legal Response to Cardsharps [Falschspieler] and other Gambling Cheats [Mogeleyen, Schummeleyen], in: *Fundamina* 17 (2) (2011) 14–32, mit anschaulichen Reproduktionen aus der Kunstgeschichte. Ein weiteres bekanntes Gemälde zu diesem Thema ist „Der Falschspieler mit dem Karo-As“ des Caravaggio-Schülers Georges de La Tour (1593–1652), als Umschlag-Bild auf dem von O. Hoch-

fertigung oder Verwendung von Spielkarten, welche mit geheimen Zeichen versehen sind, ist eine *machinatio* (im Sinne von D. 4,3,1,2). Die ältesten Kartenspiele lassen sich in Europa allerdings erst durch ihre Verbote seit der 2. Hälfte des 14. Jh. belegen¹⁸⁰⁾. Spielwürfel fand man demgegenüber schon in altägyptischen Gräbern aus dem vierten Jahrtausend. Aus der Römerzeit entdeckte man zu Betrugszwecken auf unterschiedliche Weise präparierte Würfel, die z. B. höhere Augenzahlen doppelt enthalten oder mit denen durch interne Gewichtsmanipulation eine größere Wahrscheinlichkeit für bevorzugte Punktzahlen zu erreichen ist. Um einen Einfluss der werfenden Hand auf den Fall der Würfel auszuschließen, verwendete man Würfelbecher (*fritilli*) oder man ließ sie auf einem Treppchen innerhalb eines kleinen Turmes (*turriculum*) herabrollen¹⁸¹⁾. Dass Betrug beim Glücksspiel in den Quellen nicht erwähnt wird, dürfte ein Zufall der Überlieferung sein. Gegen den Falschspieler kommt eine *actio de dolo* in Betracht. Diese war subsidi-

adel und U. Kocher herausgegebenen Sammelband Lügen und Betrügen: Das Falsche in der Geschichte von der Antike bis zur Moderne, 2000.

¹⁸⁰⁾ Etwa 1378 in Regensburg und Konstanz. Zu ihrer Geschichte s. die Artt. ‚Spielkarten‘ in LexMA VII (1995) 2111f. (D. Hoffmann) sowie in der Brockhaus-Enzyklopädie 25 (2006) 758f. Ihr Ursprung ist vermutlich China oder Persien. Aus dem Orient gelangten sie im Gepäck der Kriegsknechte Mitte des 14. Jh. nach Europa, nach der Entdeckung Amerikas in die Neue Welt. Ihre Verbreitung verdanken sie dem aufkommenden Holzschnitt, später dem Stahlstich. Trumpfkarten wurden um 1430 erfunden. Das Kartenspiel „Sechsendsechzig“ soll 1652 in Paderborn erfunden worden sein. Skat wurde erst um 1813/15 in Altenburg wahrscheinlich unter Mitwirkung des Verlegers F.A. Brockhaus aus älteren Kartenspielen entwickelt; aufschlussreiche Hinweise auch in Wikipedia sowie unter www.trionfi.com [22.03.2016]; und bei A. Esch/ D. Esch, Aus der Frühgeschichte der Spielkarte: Der Import von *carte da giocare* und *trionfi* nach Rom 1445–65, in: Gutenberg-Jahrbuch 88 (2013) 41–53. Nach den von Esch analysierten Zollregistern für Land- und Hafenzölle um 1450 nach Rom imponiert die große Menge der importierten Spielkarten. Wo die Quellen nur von „Spiel“ sprechen, sind meist Würfelspiele gemeint. Wenige Quellen aus der kirchlichen Jurisdiktion erwähnen Kartenspiele. Teilnehmer an Kartenspielen (darunter auch Geistliche!) erbitten Absolution, wenn es dabei zu Tötlichkeiten, Körperverletzungen, ja sogar zu tödlichen Streitigkeiten kam (zumal Hieb- und Stichwaffen oft präsent waren): Esch 52f. Die Bezeichnung ‚Trumpf‘ für die Spielkarte ist entlehnt aus lat. *triumphus* (trunfi, trumfi). Das spanisch-portugiesische-katalanische Wort ‚naïpe‘ für Spielkarte kommt weder aus Asien noch aus Afrika; so J. Corominas, Breve diccionario etimológico de la lengua Castellana, 1980, s.v.

¹⁸¹⁾ M. Fittà, Spiele und Spielzeug in der Antike: Unterhaltung und Vergnügen im Altertum, 1998, 116ff., zit. nach D. Bracht, Dem Glück ein wenig nachhelfen, Falschspiel in der Antike, in: Reuter/Schiavone (Fn. 93) 121–126 mit Reproduktionen und weit. Lit.; kürzer R. Hirschmann, Art. Fritillus, DNP 4 (1998) 676f.

är. Eine vorrangige Vertragsklage gab es aber nicht, denn die Verabredung zum Glücksspiel war kein Kontrakt (o. bei Fn. 16), Falschspiel also keine Vertragsverletzung. Gegen Zwang zum Mitspielen oder Weiterspielen war schließlich schon im Edikt Abhilfe vorgesehen (D. 11,5,1pr., §§ 1, 4 und 2pr.; oben III). *Vis* lag vor allem vor, wenn einem Verlierer gewaltsam Geld aus der Tasche gezogen oder aus dem Beutel entwunden wurde; dann fehlte es schon an einer Leistung.

Die gewaltlose Aufforderung oder gar Verführung zum Glücksspiel blieb hingegen nach klassischem Recht sanktionslos; ein zurechnungsfähiger Mensch war selber schuld, wenn er ihr nicht widerstehen konnte. Bloßes Zuschauen beim Glücksspiel, von Justinian präventiv untersagt, war nach klassischem Recht nicht verboten. Ulpian rechnet in D. 11,5,1,2 mit einem Diebstahl durch anwesende Personen, welche selber gar nicht mitspielen (oben II). Wer aber einen fremden Sklaven in eine *popina* (eine verrufene Kneipe, Kaschemme oder Spelunke)¹⁸²⁾ führt und ihn dort zum Glücksspiel verleitet, der haftet seinem Herrn nach Ulpian D. 47,10,26 wegen Sklavenverführung (*de servo corrupto*) auf das Doppelte von dessen Wertminderung¹⁸³⁾. Bei Verführung eines Haussohns (in D. 47,10,26 ebenfalls genannt) ist die Klage *de servo corrupto* nach Ulpian D. 11,3,14,1 analog als *utilis actio* zu gewähren¹⁸⁴⁾. Der wandelungsberechtigte Käufer eines Sklaven ist nach Ul-

¹⁸²⁾ Kuryłowicz, OIR 7 (Fn. 103) 46f., 56. Die altmodische Übersetzung mit ‚Garküche‘ empfindet man heute als wenig treffend. Auf deren Besuch waren einfache Leute freilich öfter angewiesen, da Heizen und Kochen wegen der Feuergefahr in Mietskasernen verboten war; eine anschauliche Milieuschilderung in K.-W. Weeber, Alltag (Fn. 18) s.v. Gaststätte S. 128ff. mit Lit. Zu weit geht hier die Deutung als „Bordell“ bei M. Kindler, *Affectionis aestimatio: Vom Ursprung des Affektionsinteresses*, 2012, 96. Ein Schnellimbiss mit schon zubereiteten Speisen und Salaten („Döner-Theke“) enthält nichts Anstößiges.

¹⁸³⁾ Aus demselben 19. Buch *ad edictum*, worin Ulpian die Edikte *De servo corrupto* und *De aleatoribus* kommentiert. Den Herrn des Sklaven muss der Verführer nicht kennen. Kennt er ihn, kommt auch eine mittelbare Injurie dem Herrn gegenüber in Betracht; dazu F. Raber, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, 1969, 139ff.; M. Kuryłowicz, Paulus D. 47,10,26 und die Tatbestände der römischen *iniuria*, Labeo 33 (1987) 298–307 (zuerst polnisch 1984). – Ob ein einmaliger Kneipenbesuch bereits eine Wertminderung des Sklaven herbeiführte, fragt sich allerdings, zumal Glücksspiele an den Saturnalien und insbesondere um den Wert einer Mahlzeit gestattet waren. Wenn der Sklave etwa den Besuch bereute: Galt er auch dann schon als *aleator* (vgl. o. Fn. 25)? Oder galt hier ‚einmal ist keinmal‘?

¹⁸⁴⁾ Raber (Fn. 183) 142ff.; A. Wacke, *Das Affektionsinteresse: heute und in römischen Rechtsquellen*, in: *Ars iuris, Festschrift für Okko Behrends*, 2009, 555, 585f. mit weit. Lit.; zuletzt Kindler (Fn. 182) 93ff.; unbegründete Echtheitszweifel

pian D. 21,1,25,6 auch dafür verantwortlich (und seine Mängelrechte werden entsprechend beschnitten), wenn der gekaufte Sklave – durch das schlechte Beispiel der Mitsklaven des Käufers verführt – sich zum Würfelspieler, Trinker oder Herumtreiber entwickelte. Bei diesen Glücksspielen wird der Sklave oder Haussohn aus seinem *peculium* Geld verloren haben, davon ist auszugehen. Die zum Glücksspiel Verführten gehören zu demselben Kreise gewaltunterworfenen Personen, deren Spielverluste ihr Gewalthaber nach D. 11,5,4,1–2 zurückfordern kann. Die ediktalen Regelungen und ihre Interpretation durch die Juristen überzeugen durch ihre inhaltliche Konsistenz.

Damit schließt sich der Kreis unserer Beweisgründe dafür, dass die Überlieferung durch die Digesten vollständig ist und dass das klassische Recht keine allgemeine Rückforderungsklage von Spielverlusten gekannt haben kann. Kondizierbar sind Spielverluste nur aus den genannten Ausnahmegründen: bei erheblichen Willensmängeln oder bei fehlender Verfügungsmacht. Darüber hinausgehend gab es kein irreguläres Rückforderungsrecht. Die Regel vom Ausschluss der Kondiktion bei beiderseitigem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot etc. (kurz: bei *par turpitude*) wurde für Spielverluste nicht durchbrochen. Dem Menschenbild einer liberalen Rechtsordnung entsprechend war die voll zurechnungsfähige Person auch im klassischen römischen Recht für die Folgen ihres Handelns selbst verantwortlich. Die Selbstverantwortlichkeit umschreiben die klassischen Juristen mit den verbreiteten Wendungen *de se queri debet* und *sibi imputare debet*¹⁸⁵). Mit dem Betreten eines Spielsalons gibt man nicht seinen Verstand an der Garderobe ab und erleidet man keine *capitis deminutio*¹⁸⁶).

bei B. Bonfiglio, *Corruptio servi*, Milano 1998, 110f., 194ff. – Nachzutragen ist die weite Ausdehnung dieser im Gemeinen Recht *utiliter* erteilten Klage auf den Leihherrn wegen Verführung seiner Leibeigenen, auf die Grundherrschaft wegen Verführung des Gesindes, die Militäρχeys wegen Verführung ihrer Soldaten, den Ehemann wegen Verführung seiner Ehefrau, u. dgl.; Nachweise bei Glück (Fn. 15) § 754.

¹⁸⁵) Grundlegend Th. Mayer-Maly, *De se queri debere, officia erga se* und Verschulden gegen sich selbst, Festschrift Max Kaser, 1976, 229–264. Für Mayer-Maly 250 sind dies Exemplifikationen des klassischen *ius vigilantibus scriptum* (Scaevola D. 42,8,24). Die Selbstverantwortlichkeit gilt auch bei der Beachtlichkeit des eigenen Verschuldens des Verletzten im Deliktsrecht.

¹⁸⁶) Eine auf eigenen Wunsch verhängte Spielsperre soll allerdings nach neuerer Rechtsprechung die zivilrechtliche Pflicht eines Spielbankbetreibers zur Kontrolle des Zugangs zum Spielbetrieb und den Schutz des Spielers vor Verlusten begründen: BGHZ 165, 276, 279ff. = NJW 2006, 362; dazu R. Schimmel, Der Schutz des Spielers vor sich selbst, NJW 2006, 958ff.; F. Wagner-von Papp, Die privatautonome Beschränkung der Privatautonomie, AcP 205 (2005) 342ff.; weit. Hinw. bei Münch-

VI. Darlehensaufnahmen und anderweitige Geldbeschaffung zu Spielzwecken und Vergnügungen

Zu Spielzwecken gewährte Darlehen waren nach preußischem ALR und sind nach schweizerischem OR nicht einklagbar¹⁸⁷). Das BGB lässt sie ungeregt, weil sich die Gesetzesverfasser über die Rechtsfolgen nicht einigen konnten¹⁸⁸). In den römischen Quellen findet sich hierzu keine klare Aussage; doch erlauben die folgenden, bislang nicht im Zusammenhang analysierten Fragmente näherungsweise einige Schlussfolgerungen und Abgrenzungen.

1. D. 44,5,2,1 (Paulus libro septuagensimo primo ad edictum)¹⁸⁹): Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emptor.

Wenn ich beim Glücksspiel eine Sache verkaufe, um (mit dem Erlös) zu spielen, und dann, nachdem (wegen eines Rechtsmangels) die Sache (dem Käufer von einem Dritten) entwehrt wurde, ich (deswegen vom Käufer) verklagt werde, wird der Käufer mit einer Einrede abgewehrt werden.

Am Spieltisch (*in alea*) wurde hier eine Sache verkauft (naheliegenderweise etwa ein am Finger getragener Ring)¹⁹⁰), und zwar an einen Mitspieler oder sogar an den Veranstalter. Ihm wurde die Sache auch übergeben (arg. *evicta re*). Bei einem in den Räumlichkeiten des Verkäufers stattfindenden Glücksspiel kommen auch andere darin befindliche Sachen als mögliche Kaufgegenstände in Betracht. Der Zweck des Geschäfts, dem Verkäufer mit

Komm./Habersack (Fn. 13) § 762 BGB Rz. 19 aE.; anders, noch vor dem BGH-Urteil, G. Schulze, Verträge zum Schutz gegen sich selbst, Festschrift für Erik Jayme II, 2004, 1577–1578. Nach dieser paternalistischen Konstruktion geschieht die Teilnahme am Glücksspiel dann nicht mehr allein auf eigenes Risiko. Angesichts von schätzungsweise 200.000 Spielsüchtigen in Deutschland besteht für solche Eigensperren offenbar ein Bedürfnis; vgl. G. Schulze, Das Recht von Spiel und Wette, in: „Schattenblick“ 4. Nov. 2009 (Zeitschr. der Ruperto Carola, Heidelberg, im Internet).

¹⁸⁷) ALR I 11 § 581: Rückforderungsausschluss für Gelder, die ausdrücklich zu Spielen oder Wetten oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlusts ... geliehen wurden; Schweizer OR Art. 513 Abs. 2: Keine Forderung entsteht aus Darlehen und Vorschüssen, die wesentlich zum Behufe von Spiel oder Wette gewährt wurden.

¹⁸⁸) Dorn (Fn. 11) Randnr. 45f., S. 2198f. Zum Streitstand im Gemeinen Recht Glück (Fn. 15) 334ff., im Ergebnis mit der überwiegenden Zahl der Gelehrten die Klagbarkeit bei Kenntnis des Geldgebers verneinend. Die heute herrschende Ansicht hält sie im Allgemeinen für klagbar: Henssler (Fn. 3) 502ff. Bei im modernen Recht anzunehmenden Diligenzpflichten des Kreditgebers ist die Bejahung der Klagbarkeit nicht konsequent. – Eine vom Kreditnehmer zurückerstattete Darlehenssumme verbleibt dem Kreditgeber: Glück (Fn. 15) 337.

¹⁸⁹) Nach Lenels Palingenesie Paulus Nr. 794 zur Ediktsrubrik *Quarum rerum actio non datur*.

¹⁹⁰) Arg. D. 19,5,17,5.

dem empfangenen Erlös das Spielen (oder Weiterspielen) zu ermöglichen, war dem Käufer den Umständen nach bekannt; das folgt aus der Wendung *in alea* (d. h. während eines Glücksspiels)¹⁹¹). Verliert dann der Käufer später den Besitz wegen eines Rechtsmangels, so soll seine gegen den Verkäufer gerichtete Regressklage mittels einer Einrede entkräftet werden. Wie aus der in die Klageformel einzuschaltenden *exceptio* (sc. *negotii in alea gesti*: o. Fn. 14) zu schließen ist, wurde der Verkauf sogar mit der förmlichen (meist auf das *duplum* gerichteten) Eviktionsstipulation bekräftigt. Die Regressklage bleibt nach Paulus jedoch erfolglos; der Käufer muss sowohl den an den Mitspieler gezahlten Kaufpreis als auch die ihm später durch Entwehrung entzogene Sache entbehren. Begründet wird die sehr knapp gefasste Entscheidung nicht. Das Edikt regelte den Fall nicht; dessen Rechtsgedanke wird von Paulus vielleicht entsprechend angewendet.

Angenommen, eine nicht präsente Sache – etwa gar eine Liegenschaft – wurde an einen Mitspieler verkauft: Hätte der Käufer einen klagbaren Anspruch auf deren Lieferung (also auf Übergabe und Übereignung, im Formularprozess auf *id quod eius interest*)? Bejahendenfalls entspräche das Ergebnis wirtschaftlich einer Darlehensgewährung unter Mitspielern. Ein durchsetzbarer Erfüllungsanspruch aus dem Kaufvertrag ist darum unter den genannten Umständen ebenso zu verneinen wie ein Anspruch auf Rückzahlung eines zu Spielzwecken gewährten Darlehens. Aus der dem Käufer versagten sekundären Eviktionsgarantie ist zu schließen, dass ihm auch keine primären Ansprüche *ex empto* zustehen. Würde anstelle des Verkaufs dieselbe Sache dem Darlehensgeber verpfändet, dürfte er das Pfandrecht auch nicht verwerten. Eine Kreditgewährung zwecks Teilnahme an Glücksspielen ist ähnlich anstößig wie Zwangsausübung zum Mitspielen (oben III).

Die Begrenzung von Glücksspielen auf Barzahlungen beruht nämlich auf dem gesunden Gedanken, dass das Teilnehmerisiko von vornherein überschaubar ist, auch wenn um hohe Einsätze gespielt wird¹⁹²): Mehr als an barer Münze mitgebracht, kann ein Spieler nicht einbüßen. Wer alles Bargeld verspielt hat, muss zwangsläufig Schluss machen. Eine Kreditgewährung zum Weiterspielen ist dann ebenso verwerflich wie anderweitige Geldbeschaffungen zu diesem Zweck. Mit einer Zulassung von Glücksspielen auf Kreditbasis würde die Verlustgefahr nach Belieben vergrößert; überdies stiegen die Gewinnchancen des teilnehmenden Kreditgebers. Nicht auszuschließen

¹⁹¹) Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 205.

¹⁹²) Begrenzt war der Vorrat, auch wenn im Extremfall Münzgeld kistenweise herbeigeschleppt wurde, worüber nach Juvenal 1,87–93 Kuryłowicz, ZRG RA 102 (Fn. 14) 188 berichtet.

wäre die Gefahr, dass jemand seine auf dem Körper getragene Kleidung, seine Arbeitskraft¹⁹³⁾ oder sogar (wie bei den Germanen nach Tacitus Germania 24) seine Freiheit verspielte. –

Die folgenden Fragmente betreffen die Geldbeschaffung nicht zu Spielzwecken, sondern zu anderweitiger Verschwendung. Der Unterschied kann erheblich sein, denn (reine, vom bloßen Zufall abhängige) Glücksspiele waren gesetzlich verboten, sonstige Geldverschwendungen jedoch nicht, selbst wenn sie (wie Bordellbesuche) als unsittlich galten.

2. Im nächsten Text erörtert Julian einen für die Abgrenzung aufschlussreichen Gegenfall. Weiß nämlich ein Käufer von der vom Verkäufer beabsichtigten Verschwendung des Erlöses, so galt er nach überwiegender Ansicht nicht als unredlich:

D. 41,4,8 (Iulianus libro secundo ex Minicio): Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi forte et is, qui a luxurioso et protinus scorto daturō pecuniam servos emit, non usucapit.

Wer weiß, dass ein Verkäufer den Kaufpreis alsbald verschwenden will, und ihm Sklaven abkauft, ist nach überwiegender Rechtsauskunft dennoch ein redlicher Käufer; und dies erscheint richtiger. Denn weshalb soll als bösgläubig gelten, wer vom Eigentümer kauft? Alsdann dürfte auch nicht ersitzen, wer Sklaven von einem Verschwender kauft, der das Geld umgehend einer Dirne zuwenden will.

Wie im zuvor erörterten Falle geht es hier um einen Verkauf zwecks Geldbeschaffung, allerdings nicht am Spieltisch an einen Mitspieler, sondern bloß in der dem Käufer bekannten Absicht zu anderweitiger Verschwendung¹⁹⁴⁾.

¹⁹³⁾ Zahlreiche europäische Auswanderer mussten über ein Jahrhundert lang die für sie unerschwinglichen Kosten der wochenlangen Schiffsreise über den Atlantik nach ihrer Ankunft in Amerika jahrelang abarbeiten; dazu A. Wacke, Schuld knechtschaft auf Zeit durch Verkauf der Arbeitskraft, Deutsche Einwanderer nach Pennsylvanien im 18. Jh. als gebundene Diensthöten (*indentured servants*), in: W. Schmitz (Hg.), Antike Sklaverei zwischen Verdammung und Beschönigung, Zur Rezeption antiker Sklaverei vom 17. bis 20. Jh., 2016, 55–75.

¹⁹⁴⁾ Der Verkäufer ist hier weder wegen Verschwendung entmündigt, noch hält ihn der Käufer irrig für entmündigt. Von diesem Ansatz allerdings ausgehend liegen die etwas hilflosen Deutungsversuche der Stelle durch H. Hausmaninger, Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht, Wien 1964, 74ff. größtenteils neben der Sache; dagegen kritisch B. Sirks, Luxuriosus: losbol, zwelger, dandy? [zu Deutsch etwa: Bruder Leichtfuß, Verschwender], in: Viva vox iuris Romani, Essays in honour of J.E. Spruit, Amsterdam 2002, 258ff.; ders., Der Playboy im römischen Recht, in: Iurisprudentia universalis: Festschrift für Th. Mayer-Maly, 2002, 715ff.

Die meisten Juristen hielten den Käufer dennoch für redlich. Den Worten *plerique responderunt* und dem genannten Beispiel gekaufter Sklaven zufolge dürfte ein praktischer Fall zugrunde liegen. Als *res Mancipi* kann der Käufer die Sklaven nur mittels *usucapio* erwerben, weil sie ihm der Verkäufer offenbar bloß tradierte. Die erste der beiden von Julian angeführten Begründungen ist nicht über jeden Zweifel erhaben. Nach dem in eine rhetorische Frage gekleideten ersten Argument könne, wer vom Eigentümer kaufe, kaum bösgläubig sein¹⁹⁵). Julian will damit sagen, wer vom Eigentümer kauft, der ersitzt nicht zu Lasten eines vom Verkäufer verschiedenen Eigentümers. Ersitzen muss er hier nur wegen des Formmangels der nicht vorgenommenen *mancipatio*, aber nicht wegen eines Mangels im Rechte des Veräußerers. Beim Kauf vom verfassungsbefugten Eigentümer kommt es für die *usucapio* in der Tat auf die subjektive Seite, auf guten oder schlechten Glauben, im Allgemeinen nicht an¹⁹⁶). Bei vom Eigentümer tradierter *res Mancipi* hätte man alsdann auf die *bona fides* als Ersitzungsvoraussetzung verzichten können. Damit argumentiert Julian aus der Sicht eines objektiven Beobachters, der die Rechtslage genau kennt. Aber woraus gewinnt ein Käufer im Geschäftsverkehr die Sicherheit, dass sein Verkäufer Eigentümer ist? Im praktischen Leben versagt dieses Argument. Vor allem folgt daraus nicht, dass die Kenntnis von der Verschwendungsabsicht kein Ersitzungshindernis sei. Und sollte der Verkäufer tatsächlich nicht Eigentümer gewesen sein, dann bringt Julians erstes Argument die Lösung keinen Schritt näher.

Mit der für die Methode der römischen Juristen charakteristischen Neigung zur Bildung von Extremfällen¹⁹⁷) geht Julian im letzten Satz (*nisi for-*

¹⁹⁵) Dass Julian beim Kauf vom Eigentümer die Frage nach Gut- oder Bösgläubigkeit für „*addiritura inconcepibile*“ gehalten habe (so L. Di Lella, *Formulae ficticiae*, Napoli 1984, 93), ist freilich übertrieben. Auch ein Kauf vom Eigentümer kann auf unredliche Weise, unter Verstoß gegen die schuldrechtliche *bona fides*, geschehen. Nach Hausmaninger sei die rhetorische Frage ironisch gemeint; zust. Sirks (Fn. 194).

¹⁹⁶) Ein objektiv nicht gegebenes, nur vorgestelltes Ersitzungshindernis ist unschädlich gemäß der Regel *Plus est in re quam in existimatione*, die Wirklichkeit vermag mehr als die falsche Vorstellung. Hält der Käufer aber einen nichtberechtigten Verkäufer fälschlich für entmündigt, dann kann er nicht ersitzen. Er soll nämlich so gestellt werden, wie wenn sein Glaube richtig wäre. Redlichkeit des Erwerbers setzt voraus, dass aus seiner Sicht auch kein anderes Erwerbshindernis vorliegt als das tatsächlich gegebene. Anderenfalls ist seine Vorstellung nicht schlüssig; siehe A. Wacke, *Plus est in re quam in existimatione*, TR 64 (1996) 309–357, hier S. 337.

¹⁹⁷) R. Knütel, *Spaziergänge im römischen Recht*, Seoul 2006/2007, 244ff. („Prinzip und Grenzfall“, das „Durchdeklinieren von Fallabwandlungen“); rezensiert von A. Wacke, OIR 12 (2008) 163ff.

te ...) einen Schritt weiter mit der Behauptung, selbst wenn sich der Verkäufer mit dem Erlös sexuelle Vergnügungen im Rotlichtmilieu zu verschaffen gedenke, verhindere die Kenntnis von dieser Absicht nicht die Ersitzung des Käufers¹⁹⁸). Wie lässt sich diese Steigerung rechtfertigen?

Vordergründig ließe sich argumentieren, der Verkäufer könnte unter Verschweigung seiner Verschwendungsabsicht die Sachen anderen Interessenten offerieren. Die eigentlichen Gründe aber liegen tiefer. Die *bona fides* hat nämlich außer der sachenrechtlichen bekanntlich auch eine schuldrechtliche Komponente. Die ersitzungsrechtliche *bona fides* setzt mehr voraus als den bloßen Glauben an das Eigentum des Veräußerers¹⁹⁹). Die schuldrechtlichen Pflichten wären verletzt, wenn der Käufer die Sache durch *dolus*, Betrug, an sich brächte. Ein Beispiel bringt Julian selbst in D. 41,4,7,6: Der Käufer bringt den Vermögensverwalter des Verkäufers durch Bestechung dazu, ihm die Sache unter dem Marktwert zu verkaufen. Ein auf diese Weise unredlich handelnder Käufer ersitzt auch nach Julian die Sache nicht: *Si emptor cum procuratore collusit et eum praemio corripit, quo vilius mercaretur, non intelletur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet*. Sittenstrenge Moralisten wie der ältere Cato hätten deshalb an der ersitzungsrechtlichen *bona fides* Zweifel anmelden können, wenn einem Käufer die Absicht des Verkäufers bekannt wurde, das Kaufgeld im Dirnenmilieu zu verjubeln²⁰⁰). Nach Julians zutreffender Gegenansicht würden jedoch damit die Anforderungen an die *bona fides* überspannt. Soweit der ausgehandelte Kaufpreis die Grenze des bei gegenseitigen Verträgen zulässigen *invicem se circumscribere* nicht unterschreitet²⁰¹), ist die kaufrechtliche *bona fides* nicht verletzt, die Austauschgerechtigkeit nicht gestört. Die Veräußerung war hier kein als sittenwidrig zu beurteilender Notverkauf²⁰²).

¹⁹⁸) Entgegensetzt T. A. J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, New York 1998, 323ff.: Im letzten Satz *nisi forte* habe Julian den Käufer als unredlich angesehen. Das ist unzutreffend; richtig Sirks, *Essays Spruit* (Fn. 194) 259f.

¹⁹⁹) Ein *bonae fidei emptor* muss sowohl auf redliche Weise gekauft als auch den Sachbesitz in gutem Glauben erlangt haben: D. 41,4,2pr. i.f.

²⁰⁰) Sirks, *Essays Spruit* (wie Fn. 194).

²⁰¹) D. 19,2,22,3; A. Wacke, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, ZRG RA 94 (1977) 184ff.

²⁰²) Wird allerdings ein unter 25jähriger *minor* beim Verkauf einer Sache überverteilt (*circumscriptus*), so erhält der Käufer, dem dessen Verschwendungsabsicht nicht unbekannt war, nach einer vom Prätor befohlenen *restitutio in integrum* gemäß D. 4,4,24,4 (Paul. 1 sent.) den vom *minor* verschwendeten Kaufpreis grundsätzlich nicht zurück. Als Parallele verweist Paulus auf den sogleich zu erörternden Fall

Damit eröffnet dieser Fall letztlich grundlegende Einsichten in das einer liberalen Rechtsordnung zugrunde liegende Menschenbild. Kaufverträge sind Umsatzgeschäfte. Die Vertragspflichten beschränken sich auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung. Welche subjektiven Ziele die Gegenpartei mit der ihr gebührenden Leistung später zu verfolgen gedenkt, dies zu prüfen gehört nicht mehr zum Pflichtenprogramm des Synallagmas²⁰³). Ein Interessent muss nicht deshalb vom Erwerb Abstand nehmen, weil er zufällig erfährt, dass die beabsichtigte Verwendung des Erlöses den wohlverstandenen eigenen Interessen seines Kontrahenten widerspricht, ihm nicht frommt. Ein Käufer muss nicht dafür sorgen, dass der Verkäufer den Erlös sinnvoll verwendet, ihn nutzbringend investiert. Einem volljährigen Mitbürger muss niemand hinsichtlich seiner Vermögensverwaltung und Lebensgestaltung gute Ratschläge erteilen, geschweige denn ein Käufer, dessen Erwerbsinteresse den Interessen des Verkäufers grundsätzlich widerstreitet. Ist man schon nicht der Hüter seines Bruders, so ist man noch weniger der Hüter der Gegenpartei. Einen Käufer trifft keine Pflicht zur Beratung seines Verkäufers in Vermögensangelegenheiten. Und ein etwa erteilter Rat wäre ein für beide Beteiligte unverbindliches *mandatum tua gratia*, weil jedermann im eigenen Interesse prüfen muss, ob der Rat für ihn vorteilhaft ist (D. 17,1,2,6; vgl. § 675 Abs. 2 BGB). Die Befugnis des Eigentümers, über seine Sache nach Belieben zu disponieren, umfasst äußersten Falles sogar das Recht, sie zu derelinquieren oder zu vernichten. Nicht jeder Mensch mit verschwenderischen Neigungen ist verfügungsunfähig. Die Absicht, den Verkaufserlös zu verschwenden, bindet überdies den Verkäufer nicht; er kann sich noch in letzter Minute anders besinnen. Anders, wenn der Verkauf an einen Mitspieler am Spieltisch (sozusagen *in continenti*) geschieht: Alsdann erscheint es nach den Ausführungen zum zuvor behandelten Fall von D. 44,5,2,1 vertretbar, dem Käufer außer dem Eviktionsregress auch die *usucapio* zu versagen.

der Kreditgewährung an einen notorischen Verschwender: ... *cum eum perditurum non ignoraret: sicuti facit (praetor) in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur*; Musumeci (Fn. 105) 200ff.; zur Stilfigur *non ignorare* s. A. Wacke, Zum Brückenzoll beim Transportvertrag und zur Litotes *non ignorare* etc., in: *Noctes Iurisprudentiae*, Scritti in onore di Jan Zablocki, Białystok 2015, 285ff.

²⁰³) Zutreffend erkannt von P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, 172: „Se il prezzo pagato non possa dirsi inferiore al valore della cosa, non si può chiedere al compratore che si preoccupi di sapere quale sarà la sorte del danaro, una volta in mano al venditore: nella conclusione del contratto non c'è inganno, e sarebbe eccessivo pretendere che altri curi gli interessi generali della controparte“; zu Unrecht kritisiert von Di Lella (Fn. 195) 93 Fn. 56.

3. Strengere Obliegenheiten als beim Kauf gelten für das Darlehen, das kein Umsatzgeschäft ist, sondern bei dem ein Geldbetrag mit der Verpflichtung überlassen wird, ihn nach einer bestimmten Zeit zurückzuzahlen. Einem sorgfältigen Kreditgeber sollte es nicht gleichgültig sein, welche Absichten ein Kreditnehmer mit dem erborgten Geld verfolgt und wie er es verwendet. Die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers hat der Kapitalgeber im eigenen Interesse zu prüfen. Er muss es sich selbst zuschreiben, wenn sein Rückzahlungsanspruch an der Vermögenslosigkeit oder gar an der ihm bekannten Verschwendungssucht des Darlehensnehmers scheitert. Das ergibt sich aus einem neuerdings oft behandelten Ulpianextext²⁰⁴) zu drei miteinander verwandten Sachverhalten:

D. 17,1,12,11 (Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum): Si adulescens luxuriosus mandat tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.

Wenn ein verschwenderischer Jüngling dich beauftragt, für eine Dirne zu bürgen, und du dies wissend den Auftrag ausführst, wirst du keine Auftragsklage (auf Erstattung gegen ihn) haben, weil dies ähnlich ist, wie wenn du einem Geld in Kenntnis dessen leihst, dass er es vergeuden wird. Aber auch wenn er weitergehend dich direkt dazu beauftragt, einer Dirne Geld zu borgen, wird er nicht aus dem Auftragshaften, weil ein solcher Auftrag gewissermaßen gegen Treu und Glauben verstößt.

Während manche skandalumwitterte Hetäre in luxuriösem Reichtum schwelgte, lebt die Prostituierte hier in ärmlichen Verhältnissen. Vermutlich kann sie nicht einmal die Miete für ihre Unterkunft bezahlen. Wertgegenstände, die sie verpfänden könnte, besitzt sie nicht. Ihr jugendlicher Freund, der sich dem verschwenderischen Müßiggang hingibt²⁰⁵) und ebenfalls über keine nennenswerte Barschaft verfügt²⁰⁶), bittet deshalb einen besser situierten

²⁰⁴) Etwa A. Guarino, *Mandatum credendi*, Napoli 1982, 72ff. (für didaktische Zwecke anschaulich ausgemalte Sachverhalte); J. Hallebeek, *Si ob stuprum datum sit*, ZRG RA 112 (1995) 404ff.; McGinn (wie Fn. 198); Sirks, *Essays Spruit* (wie Fn. 194); S. Randazzo, *Mandare*, Milano 2005, 167ff.; Musumeci (Fn. 105) 195ff. (dort zusätzliche Angaben); weit. Lit. i. folg.

²⁰⁵) Der heranwachsende *luxuriosus* ist nicht geradezu ein *prodigus* (ein solcher konnte wegen gesteigerter Verschwendung des ererbten Familiengutes entmündigt werden). Luxuriös ist eine allzu üppige, das normale gesunde Mittelmaß überschreitende Lebensweise. Vgl. Ulpians gelungene Umschreibung bezüglich der *cautio damni infecti* in D. 39,2,40.

²⁰⁶) Der *adulescens luxuriosus* ist hier kein *filius familias*; mit dem SC. Macedonianum hat der Fall nichts zu tun. Anders S. - A. Fusco, *Adulescens luxuriosus*, in: *Mandatum und Verwandtes*, 1993, 387–406, der überdies verharmlosend dazu neigt,

ten Bekannten, als Bürge für einen von der Dirne aufzunehmenden Kredit einzustehen. Dies ist, auf die wesentlichen Fakten reduziert, der dem Juristen zur Begutachtung unterbreitete Ausgangsfall. Wenn der Beauftragte diesem *mandatum fideiubendi* in Kenntnis der zugrundeliegenden Umstände nachkommt²⁰⁷), sei ihm der Regress gegen den jugendlichen Auftraggeber zu versagen, lautet Ulpians Antwort.

Die Ablehnung einer *actio mandati contraria* gegen den notorisch in Saus und Braus schwelgenden jugendlichen Auftraggeber begründet Ulpian mit dem Ähnlichkeitsargument (*quia simile est*), wer wissentlich Geld zum Zwecke der Verschwendung verleiht, der müsse auch wissen (wie zu ergänzen ist), dass er es nicht zurückbekommen werde. Ein solcher Geldverleiher handelt auf eigenes Risiko. Entsprechend dem oft begegnenden Argument *sibi imputet* oder *de se queri debet*²⁰⁸) muss er die nachteiligen Folgen selber tragen. Dabei kann offenbleiben, ob mit *perditurus* selbiger im ersten Halbsatz genannter Heranwachsender, oder nicht vielmehr jeder beliebige verschwenderisch lebende Mensch gemeint ist. Der letzte Satz bezieht sich höchstwahrscheinlich wieder auf den zu Anfang genannten *adulescens luxuriosus*. Im zweiten Halbsatz wird jedoch das Alter des notorisch auf zu großem Fuße lebenden Geldempfängers nicht präzisiert. Die Übersetzer verstehen unter dem *perditurus* im zweiten Fall gewöhnlich jeden Menschen mit verschwenderischen Neigungen; die mögliche Zweideutigkeit von Ulpians Ausdrucksweise wird, wie es scheint, gar nicht gesehen. Meine neutrale Übersetzung mit „einem“ (anstatt der üblichen mit „jemandem“) soll die mögliche Zweideutigkeit des Wortes *perditurus* andeuten; denn die Übersetzung soll der

den Verstoß gegen die *boni mores* herunterzuspielen; dagegen ausführlich (von Späteren unbeachtet) die Rez. von A. Wacke, *Seminarios Complutenses Suplemento* 1992–93, 116f. Widerspruch erfuhr Fusco schon in der Diskussion nach seinem Vortrag, s. den Bericht von M. Rainer, ZRG RA 109 (1992) 804f. M. Harder bringt in seiner Rezension in ZRG RA 117 (2000) 668ff., 678 nur eine Inhaltsangabe. Aus dem wohl mit Bedacht gewählten Beispiel geht immerhin so viel hervor, dass nach den Vorstellungen und der Lebenserfahrung römischer Juristen Heranwachsende eher zu Verschwendung und Müßiggang neigten als ein verantwortungsvoll lebender, pflichtengebundener *pater familias*.

²⁰⁷) *Sciens* wird in den beiden ersten Fällen hervorgehoben und ist für den dritten ebenfalls vorauszusetzen. Einem unwissenden Mandatar wollte C. Sanfilippo wegen der auch dann anzunehmenden Nichtigkeit des Mandats eine *actio utilis* gewähren; krit. Randazzo und Musumeci (beide Fn. 204).

²⁰⁸) Mayer-Maly, FS Kaser (Fn. 185), 229ff. Zutreffend fand M. Talamasca, *La bona fides nei giuristi romani*, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica IV*, Padova 2003, 232 hier den Grund in einem „fatto di autoresponsabilità“.

Exegese möglichst nicht vorgreifen. „Jemand“ bezeichnet eine beliebige andere, vom *adulescens* verschiedene Person; „einer“ schließt den *adulescens* mit ein. Inhaltlich ist die herrschende Übersetzung mit „jemandem“ jedoch zutreffend. Das Alter des Geldempfängers ist unerheblich; ausschlaggebend ist seine dem Geber bekannte ausschweifende Lebensweise. Wenn weder der Wille des Kreditnehmers, das empfangene Geld zurückzuzahlen, noch die Aussicht auf eine erfolgreiche Vollstreckung gegen ihn besteht, dann sind dem Kreditgeber die Realisierungschancen seines Erstattungsanspruchs gleichgültig. Er zahlt dann notfalls à fonds perdu. Es handelt sich um eine unbenannte Zuwendung auf der Grenze zwischen Darlehen und Schenkung. Ob der Empfänger das Geld (freiwillig) irgendwann oder gar nicht zurückzahlt, ist dem Geber gleichermaßen recht. Aus dem einer Schenkung nahestehenden Verhalten folgert Ulpian einen stillschweigenden Regressverzicht, zumindest einen Klageverzicht. Die Wirkung dieses (quasi) rechtsgeschäftlichen Verzichts geht weiter als das bloße Risiko der Vermögenslosigkeit des Geldempfängers: Die Gefahr des Ausfalls in der Vollstreckung trägt jeder Gläubiger, auch wenn er sich ihrer im Zeitpunkt der Kreditgewährung nicht bewusst war. Die Hoffnung auf Befriedigung bleibt ihm immerhin, falls sein Schuldner wieder zu Geld kommen sollte. Ein Erlass oder ihm im Ergebnis gleichkommender konkludenter Klageverzicht schließt aber die Rückforderung ein für allemal aus. Eine Klage ist dann schon von Rechts wegen unbegründet, sie bleibt nicht nur im Vollstreckungsstadium wegen Uneintreibbarkeit erfolglos. Ein dauernder Rückforderungsverzicht erleichtert dem jugendlichen Verschwender überdies, auf den rechten Weg zurückzufinden und ein neues, solides Leben anzufangen. Die Ausfallhaftung, die Garantiefunktion des Kreditmandats tritt demnach nicht in Kraft, wenn eine Sanierung des Darlehensempfängers offensichtlich nicht bezweckt ist. Die Vereinfachung des Sachverhalts im zweiten Halbsatz ist einleuchtend und auch für den Ausgangsfall beweiskräftig.

Zwecks weiterer Verdeutlichung fügt Ulpian schließlich als zweiten Vergleichsfall die Steigerung hinzu²⁰⁹), dass der jugendliche Liebhaber den Auftrag erteilt, der Dirne ohne Umschweife selber Geld zu „leihen“

²⁰⁹) Angedeutet wird die Steigerung durch *ulterius* (sogar, weitergehend); methodisch ähnlich der zweite Fall in D. 41,4,8; vgl. o. Fn. 197. Entgegen Talamanca (Fn. 208) 231ff. in seinem Aufsatz von monographischer Breite sollte man die Unterschiede der behandelten Fälle nicht übertreiben. Talamanca sah in dem Fragment „un'inversione nell'ordine logico della trattazione“. – Eine weitere Steigerung läge vor, wenn sich ein Bordellbetreiber, Kuppler (*leno*) oder Glücksspielveranstalter zur Kreditgewährung beauftragen ließe.

(dies in der naheliegenden Absicht, weiterhin deren Dienste genießen zu können). Ein solcher Auftrag verstößt nach Ulpian „gewissermaßen gegen Treu und Glauben“. Zu erwarten wäre die Begründung, dass er geradezu gegen die guten Sitten verstößt²¹⁰). Einem jugendlichen Müßiggänger zu ermöglichen, ein liederliches Lotterleben auf Pump zu führen, verstößt gewiss gegen die *boni mores*. Müßiggang ist aller Laster Anfang²¹¹). Wo Bordellbesuche zur Gewohnheit werden, liegt auch die Beteiligung an Glücksspielen nicht fern²¹²). Ein Verstoß gegen die *bonae fides* genügt aber schon für die Erfolglosigkeit der *actio mandati*, weil sie zu den *bonae fidei iudicia* gehört. Darum begnügt sich Ulpian hier mit dieser verhüllenden Ausdrucksweise.

Bis zum letzten Satz hat Ulpian drei Fallvarianten eines *mandatum credendi* durchgespielt. Gegenstand des Auftrags war im ersten Fall die Verbürgung für eine Kreditgewährung an die Dirne, im zweiten die Darlehensgewährung an den „Freier“ der Dirne, im dritten die Darlehensgewährung direkt an die Dirne. Die Fallumstände waren dem Kreditgeber in allen drei Fällen bekannt. Ausschlaggebend für die Versagung des Rückgriffs gegen den Mandanten war aber für Ulpian weniger das Unwerturteil, dass die Förderung fremder Unzucht gegen die guten Sitten verstößt (besonders deutlich im dritten Fall), als vielmehr, dass der leichtsinnige Kreditgeber mit der Erfolglosigkeit seines Rückgriffs von vornherein rechnen musste. Wer wissentlich jemandem Geld leiht, der es verschwenden wird, hat keinen Erstattungsanspruch, lautet die aus dem zweiten Fall abzuleitende Devise. Auf moralische Erwägungen wie im dritten Fall muss man es nicht abstellen. Unerheblich ist, ob der Kreditnehmer ein noch unausgereifter Heranwachsender ist, und auf welche Weise er das Geld verschwendet. Verschenden kann man Geld insbesondere durch Verspielen, doch verengt die Übersetzung von *quasi perdituro* mit „daß er es gleich verspielt“²¹³)

²¹⁰) So Ph. Lotmar, *Der unmoralische Vertrag*, Leipzig 1896, 35, mit Fn. 125 auf S. 149f. (mit weiteren Literaturangaben); ähnlich A. Pernice, *Labo*, Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Bd. I 1, Halle 1873, Neudr. Aalen 1963, 452.

²¹¹) Seit Sophokles in zahlreichen Sprachen verbreitetes Sprichwort: A. Arthaber, *Dizionario comparato di proverbi in sette lingue*, Milano, ca. 1986, Nr. 955f.

²¹²) Pomponius D. 17,2,59,1 stellt durch Glücksspiel und wegen Ehebruchs veranlasste Verluste in einem Satz einander gleich (unten 5); ebenso für die Vergehen eines Sklaven Tryphonin D. 50,16,225; Kuryłowicz, *Scripta* (Fn. 18) 107.

²¹³) So BKKS zu der Stelle. Aber *perdere* heißt allgemein: verlieren, vergeuden, vertun, durchbringen, verschwenden, entsprechend lat. *dissipare*; s. Heumann/Seckel (Fn. 105); ital. *sperperare* (so Schipani, Fn. 65) = *consumere inutilmente*;

den Sachverhalt zu sehr. Gleichgültig ist auch, wenn der Empfänger es auf andere Art verschwendet als ursprünglich beabsichtigt, oder als der Geber es sich vorstellte. Da positive Kenntnis allerdings schwer nachzuweisen ist, muss es für die Abweisung der Klage genügen, wenn die Indizien so stark waren, dass sie dem Kreditgeber nicht verborgen geblieben sein können. Paulus drückt sich darum im gleichliegenden Falle von D 4,4,24,4 (*medio*) vorsichtiger aus mittels der verneinten Negation (Litotes) *si eum perditurum non ignoraret* (o. Fn. 202).

4. Bleibt dem Darlehensgeber hingegen die Verschwendungsabsicht des Kreditnehmers verborgen, dann bleibt ihm auch die Rückforderungsklage unbenommen. Dafür sprechen zwei Digestenstellen: Verwendet ein Sklave ein aufgenommenes Darlehen mit Billigung seines Herrn zur Anschaffung von Luxusartikeln (etwa von Salben), zur Veranstaltung von Lustbarkeiten oder gar für anstößige Zwecke, so sind auch dies nach Labeo D. 15,3,3,6 Zuwendungen ins Vermögen seines Herrn. Die Zuwendungsklage (*de in rem verso*) greift für den Darlehensgeber deshalb ein. Es genügt nämlich, wenn das Geld für eine Angelegenheit des Herrn (*in negotium domini*) verwendet wurde²¹⁴), auch wenn ihm dies keinen (finanziellen) Vorteil (*bonum*) einbrachte. Die Sondergutsklage (*de peculio*) bliebe hier erfolglos, weil das Pekulium des Sklaven nicht bereichert ist. Da der Sklave aber *volenti*, mit dem Willen seines Herrn handelte, muss der Herr dem Darleiher ebenso haften, wie wenn er selber das Geld geliehen und so nutzlos verausgabt hätte. Die Veranstaltung von Gastmählern war übrigens, sofern sie nicht so üppige Ausmaße wie bei Trimalchio annahm, wegen ihrer Erwidierungspflicht in den gehobenen römischen Gesellschaftskreisen keineswegs pure Verschwendung. Sie dienten der Pflege wichtiger persönlicher und gesellschaftspolitischer Beziehungen. Für ein Gastmahl aufgenommenes Geld musste deshalb ebenso zurückgezahlt werden, wie dazu entliehenes Silbergeschirr zurückzugeben war (vgl. etwa D. 13,6,18pr.), auch wenn das Darlehen für die Bewirtung verbraucht war.

span. gastar, echar (a la lotería); A. Wacke, Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft, Der Macedonianische Senatsbeschluß in Theorie und Praxis, ZRG RA 112 (1995) 275 Fn. 108; Musumeci (Fn. 105) 36 Fn. 26. Die Palette der Verschwendungsmöglichkeiten ist breit. Verschwendung ist bodenlos, grenzenlos, *largitio fundum non habet*, sagte Cicero off. 2,15. Man muss ihr Grenzen setzen, anstatt sie zu fördern. *In alea perdere* findet sich in D. 17,2,59,1 (unten 5).

²¹⁴) *Negotium* bedeutet hier nicht „Geschäft“ (so BKKS), sondern Angelegenheit, „affare“ (so Schipani, Fn. 65), „Interesse“ (OSS).

Dass eine dem Darleiher unbekannte Verschwendungsabsicht ihm nicht vorzuwerfen ist, ergibt sich auch aus Ulpian D. 38,5,1,17: Ein Freigelassener verschuldete sich mutwillig, um seinem Patron dessen Pflichtteilsrecht zu verkürzen. Verschenkte der *libertus* den erborgten Betrag, kann ihn der Patron vom Beschenkten zurückfordern²¹⁵). Verschwendet der *libertus* den Betrag auf andere Weise (auf welche, wird nicht gesagt), so bleibt er jedenfalls dem Darlehensgeber zur Rückzahlung verpflichtet; dem Geber sei nämlich nicht vorzuwerfen, dass er Geld verliehen hat²¹⁶). Eine Zahlungsklage ist schlüssig und begründet, auch wenn der Beklagte kein Geld hat²¹⁷). Demzufolge muss ein Kreditgeber offenbar nicht den Verwendungszweck erfragen und obliegt ihm auch keine Verwendungskontrolle, wenn der Kreditsucher nur solvent und nicht unseriös (wie der notorische *adulescens luxuriosus*) erscheint. Genauer musste sich nach dem Verwendungszweck erkundigen, wer einem Kapitän ein Darlehen für eine Schiffsreise gewährte, für dessen Rückzahlung der Reeder haften soll-

²¹⁵) Im ersten Fall des wenig klaren Fragments ist vorausgesetzt, dass der Patron nach dem Tode des *libertus* die ihn benachteiligende Schenkung mit der *actio Calvisiana* (bzw. bei testamentarischer Erbfolge mit der *actio Fabiana*) anfecht. Erst mit der Anfechtung wird der Patron zur Schenkungsrückforderung legitimiert. Eine Kenntnis des Beschenkten von der Benachteiligungsabsicht des Schenkers setzt die Schenkungsanfechtung nicht voraus. Den vom Beschenkten zurückerlangten Betrag muss der Patron aber in den Nachlass des *libertus* einbringen. Zurückerstattet werden muss das vom Freigelassenen aufgenommene Darlehen nämlich auch in diesem Fall. Nur den auf seinen Pflichtteil entfallenden Anteil könnte der Patron von der zurückerlangten Summe behalten. Ist vom Beschenkten nichts zurückzuerlangen, sind der Nachlass des *libertus* und der Pflichtteil des Patrons definitiv geschmälert. Vermehrt werden könnten beide, falls der *libertus* ohne Kreditaufnahme eine Schenkung machte (etwa zwecks vorweggenommener Erbfolge). Hatte ein Freigelassener versorgungsberechtigte Abkömmlinge, wird er sich nicht bloß um seinen Patron zu schädigen verschuldet haben.

²¹⁶) *Nec ei imputari, cur dedit*. Erwarten würde man als Begründung, dem Geldgeber sei nicht vorzuwerfen, dass er sich nicht nach dem vom *libertus* beabsichtigten Verwendungszweck erkundigte. Aber *cur dedit* bedeutet hier nach allgemeiner Ansicht nur „dass er gegeben hat“. – Vom Nachlass des *libertus* ist die Darlehensschuld vorweg abzuziehen. Gegen die Schmälerei des Pflichtteilsrechts gibt es in diesem Fall von nicht rückholbarer Verschwendung für den Patron keine Abhilfe. So auch bei Spielverlusten.

²¹⁷) Infolge ungünstiger Erfolgsaussichten in der Vollstreckung wird eine *bona causa* des Klägers nicht zur *mala causa*: A. Wacke, Bonam sive malam causam habere: Erfolgsaussichten im römischen Zivilprozess, in: *Studies Litewski II* (Fn. 77) 217, 235f.

te²¹⁸). Anstelle von Investitionskrediten finden sich in den Quellen freilich öfter reine Konsumptionskredite²¹⁹).

5. Das Ensemble der betrachteten Fragmente erlaubt folgende in sich stimmige Synthese: Ein Käufer handelt nicht deshalb unredlich, weil ihm die Absicht des Verkäufers bekannt wird, den Erlös zu verschwenden, zu verschenken oder mit ihm eine Weltreise zu unternehmen (vgl. D. 38,1,20,1). Ein Darlehensgeber muss sich hingegen genauer nach den Verwendungsabsichten eines Kreditsuchenden erkundigen (o. Fn. 202). Für zur Teilnahme an Glücksspielen gewährte Darlehen ergibt sich aus den vorstehenden Darlegungen, dass die Rückforderung dem Geber versagt war, wenn ihm der Zweck der Verschwendung bekannt war; im Falle seiner Unkenntnis stand ihm hingegen die Rückforderung ungehindert zu. Einem Pfandleiher ist nichts vorzuwerfen, wenn der Kreditsuchende innerlich beabsichtigt, sich mit dem geliehenen Geld in ein Spielcasino zu begeben. Eine Kooperation zwischen Pfandleihanstalt und Casinobetrieb wäre allerdings verwerflich.

6. Abschließend werfen wir noch einen Blick auf ein selten behandeltes kurzes, aber aufschlussreiches Fragment über „Gesellschafterausgaben für Weib und Würfel“²²⁰).

D. 17,2,59,1 (Pomponius libro duodecimo ad Sabinum): Quod in alea aut adulterio perdiderit socius, ex medio non est laturus. si quid vero dolo nostro socius damni ceperit, a nobis repetet.

Was beim Glücksspiel oder wegen Ehebruchs ein Gesellschafter verlor, erhält er nicht aus der gemeinschaftlichen Kasse ersetzt. Wenn aber durch unseren Vorsatz ein (Mit)gesellschafter einen Schaden erlitt, wird er von uns (Ersatz) erhalten.

Die von einem Gesellschafter hier beim Würfelspiel oder wegen Ehebruchs erlittenen Verluste deutet man im Schrifttum als eine im Wege öffentlichen Strafverfahrens gegen Teile seines Vermögens verhängte Konfiskation²²¹). Für

²¹⁸) Julian-Afrikaner D. 14,1,7,1 verlangen vom Geldgeber *aliqua diligentia*. Dabei handelte es sich vermutlich um höhere Kapitalbeträge; Einzelheiten bei A. Wacke, Die adjektivischen Klagen im Überblick, ZRG RA 111 (1994) 307ff.

²¹⁹) Die Bekämpfung von Konsumptionskrediten bezweckte trotz des zu weit geratenen Tenors auch das SC. Macedonianum. Verboten war die Gewährung von Gelddarlehen an Hauskinder, weil nur Geld verschwendet werden kann. Und *ex necessaria causa* (z. B. zur Finanzierung von Studienaufenthalten) war die Kreditaufnahme statthaft; Wacke, ZRG RA 112 (Fn. 213) 239ff., 252ff.

²²⁰) So der attraktive Aufsatztitel von F. Sturm, Iura 30 (1979) 78ff.; weitere Angaben zum Text bei G. Santucci, Il socio d'opera, Padova 1997, 205f.

²²¹) So (wenngleich zweifelnd) Sturm (Fn. 220) 81f.; BKKS z. d. St. – *In alea*

diese Verengung des Sachverhalts (Kriminalanklage und Verurteilung) findet sich im knappen ersten Satz jedoch keine Andeutung. Dass Strafe den Täter persönlich (und nicht das Gesellschaftsvermögen) treffen muss, versteht sich auch von selbst und bedurfte hier keiner Hervorhebung; darauf beruht etwa das Prinzip der passiven Unvererblichkeit von Pönalklagen. Vermögenskonfiskation als Strafe für die Teilnahme an Glücksspielen bezeugt insbesondere keine klassische Rechtsquelle (o. Fn. 110). *In alea perdere* heißt vielmehr schlicht und naheliegenderweise: beim Würfeln seinen Einsatz verlieren. Die Vergemeinschaftung von Gewinn und Verlust hat demnach (wohl auch bei einer *societas omnium bonorum*) ihre Grenzen; diese will Pomponius hier aufzeigen. Verluste eines *socius* aus der Teilnahme an Glücksspielen werden ihm nicht aus der gemeinschaftlichen Kasse²²²) ersetzt²²³). Die Absicht zu spielen erlaubt einem *socius* schon gar nicht den Griff in die Gesellschaftskasse. Ebenso wenig dürfen Hauskinder und Sklaven für Glücksspiele das Hausvermögen antasten (o. IV 2). Die Teilnahme an Glücksspielen betrifft die private Lebensführung und fördert nicht den Gesellschaftszweck. Eine Verabredung zum Spiel auf gemeinschaftliche Rechnung, unter Teilung von Gewinn und Verlust, war vermutlich kraftlos, weil man eine *societas* nicht zu verbotenem Zweck eingehen durfte²²⁴); dies im Unterschied zur heute erlaubten „Tippgemeinschaft“.

bedeutet jedoch schlicht ‚beim Glücksspiel‘, nicht „aufgrund“ oder „infolge“ der Bestrafung wegen der Teilnahme an einem verbotenen Glücksspiel: D. 11,5,4,2; 22,3,19,4; 44,5,2,1.

²²²) Eine *arca communis* von Gesellschaftern erwähnt Papinian D. 17,2,82; A. Wacke, Pecunia in arca, OIR 8 (2003) 102ff. Gleichsinnig bedeutet *medium* hier das gemeinschaftliche Vermögen; s. Heumann/Seckel (Fn. 105) s.v. i.f., z. B. *e(x) medio recipere* oder *sumere*, der Erbmasse entnehmen. Umgekehrt heißt das Einbringen in die gemeinschaftliche Kasse *in medium conferre*.

²²³) Nach dem Prinzip der Korrelation zwischen gutem und schlechtem Tropfen fallen demnach in die Gemeinschaftskasse auch nicht etwaige Spielgewinne. *Ex prohibitis causis* erlangter Erwerb wird nach D. 17,2,52,17 auch in der *societas omnium bonorum* nicht gemeinschaftlich. (Ganoven reicht die Rechtsordnung zur Teilung ihrer Beute nicht die Hand.) – In Satz 1 wird vorausgesetzt, dass (rechtlich oder faktisch) kein Rückforderungsanspruch gegen den Gewinner besteht; der Verlust des *socius* wäre dann kein endgültiger. – Für die Berechnung des Unterhalts unter getrennt lebenden Ehegatten sind Gewinne aus Glücksspielen, auch wenn sie oft erzielt werden, außer Betracht zu lassen: Gegen OLG Düsseldorf, NJW 1993, 3078 siehe B. Weber-Monecke im Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1361 Rn. 9. Der Unterhaltsschuldner kann jederzeit seine Spielleidenschaft einschränken oder aufgeben. In den Zugewinnausgleich sind jedoch auch Spekulationsgewinne einzubeziehen. Denn die Ehe ist Schicksalsgemeinschaft.

²²⁴) *Maleficioꝝ societas nulla est*: D. 17,2,57; 27,3,1,14; 46,1,70,5 i.f.; Liebs

Getrennt von der gemeinschaftlichen Kasse hatte hiernach jeder Gesellschafter offenbar noch ein Vorbehaltsgut²²⁵). Dafür spricht auch der zweite Satz. Vorsätzlich²²⁶) herbeigeführte Schäden am Vermögen eines anderen Gesellschafters muss danach der Schädiger persönlich ersetzen; diese Ersatzpflicht trifft ebenfalls nicht die gemeinschaftliche Kasse (*a nobis repetet* steht im Gegensatz zu *ex medio non est laturus* im ersten Satz). Verluste sowohl beim Würfelspiel als auch durch Vorsatz des Gesellschaftspartners gehen nicht auf die gemeinschaftliche Rechnung. Der Spieler muss seinen Schaden selber tragen, der vorsätzlich handelnde Schädiger muss ihn der Gemeinschaftskasse ersetzen.

Nicht die Gesellschaftsbelange, sondern ebenfalls die persönliche Lebensführung berühren auch die von Pomponius an zweiter Stelle genannten, durch Ehebruch verursachten Vermögensverluste. Wodurch sie entstehen könnten, diese nicht leicht zu beantwortende Frage liegt außerhalb unseres Untersuchungsziels. Ein des Ehebruchs überführter Gesellschafter könnte dem betrogenen Ehemann, um dessen Zorn zu besänftigen, eine Geldzuwendung angeboten haben. Auch diese Ausgabe darf nicht das Gesellschaftsvermögen belasten (ebensowenig dürfte dies ein Bordellbesuch). Vielleicht meinte Pomponius sämtliche durch einen Bruch der (eigenen oder einer fremden) Ehe verursachten Einbußen²²⁷).

(Fn. 173) Nr. M 12; Wacke, *Unius poena* (Fn. 86) 208ff. Gemeinschaftliche Werten *virtutis causa*, über den Ausgang athletischer Wettkämpfe, waren vermutlich erlaubt.

²²⁵) In die gemeinschaftliche Kasse fließt alles, was aus Erwerb oder Arbeit (*quaestus, opera*) herrührt, insbesondere aus Kauf oder *locatio conductio*, aber weder unentgeltliche Zuwendungen (bes. Erbschaften) noch Schulden aus anderen als Erwerbsgeschäften: D. 17,2,8–13; A. Wacke, *Erfernis is geen winste*, in: *Libellus ad Thomasium, Fundamina editio specialis* 16, 2010, 551, 557ff.

²²⁶) *Dolo* bedeutet hier absichtlich, vorsätzlich, nicht etwa „arglistig“ (so freilich BKKS). Beispiel: vorsätzlich wird Terra sigillata-Geschirr des *socius* zerschlagen; Amphorenwein läuft aus.

²²⁷) Nach einer Scheidung wegen Ehebruchs musste der schuldige Mann eine normalerweise in drei gleichen Jahresraten (*annua bima trima die*) herauszugebende Mitgift sofort herausgeben. Seine Einbuße betrug damit ein Sechstel des Kapitals: Ulp. epit. 6,13 (ebensoviel wie der Frau wegen Ehebruchs als *retentio propter mores graviore*s abgezogen wurde); A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, 1969, 116f.; siehe auch dessen Sachregister s.v. Scheidungsbußen. Eine Scheidungsbuße verminderte das gemeinschaftliche Vermögen einer *societas omnium bonorum*. Inwieweit allerdings Mitgiften in die Berechnung des Gesellschaftsvermögens überhaupt einbezogen wurden, ist hier nicht zu vertiefen.

VII. Ergebnisse

1. Die Überzeugung von der mangelnden Rechtsschutzwürdigkeit von Ansprüchen aus Spiel und Wette setzte sich in älteren Gesellschaften erst allmählich durch. Vermutlich beeinflusst durch das bei Tacitus zum Ausdruck kommende germanische Recht, waren Ansprüche auf einen Spielgewinn nach manchen Stadt- und Landrechten noch bis ins 13. Jh. hinein klagbar. Der Ausschluss der Erfüllungsklage ist hingegen allen modernen Rechtsordnungen gemeinsam. Unklagbar bleibt die Spielschuld auch nach ihrer etwaigen Umwandlung (Novation) in eine andere Schuld. Die Versagung des Rechtsschutzes für den Gewinner dient dem Schutze des Verlierers.

Aus dem klassischen römischen Recht ist keine die Klagbarkeit ausdrücklich oder programmatisch ausschließende Quelle erhalten. Die Klaglosigkeit folgt jedoch daraus, dass die Spielvereinbarung nicht zu den anerkannten Vertragstypen gehörte und dass stipulierte Spielschulden durch eine *exceptio* (sc. *negotii in alea gesti*) entkräftet wurden. Nach alten Gesetzen und einem jüngeren Senatsbeschluss waren Würfelspiele überdies grundsätzlich verboten. Ausgeschlossen wird die Erfüllungsklage schließlich *expressis verbis* durch ein Spezialgesetz Justinians.

2. Nach freiwillig erfüllter Spielschuld ist der Ausschluss ihrer Rückforderung heute gleichfalls ein Rechtssatz von globaler Geltung. Die erstmals zu Beginn des 17. Jh. nachweisbare *soluti retentio* erlaubt es aber nicht, die Spielschuld zu den Naturalobligationen zu zählen. Akzessorische Sicherheiten haften für Spielschulden nämlich nicht; Erfüllungszwang darf auch nicht mittelbar ausgeübt werden. Der Ausschluss der Rückforderung ist vielmehr ein spezieller Kondiktionsausschlussgrund; er greift auch dann ein, wenn sich der Verlierer irrtümlich zur Leistung für rechtlich verpflichtet hielt.

Justinian gestattete hingegen die Rückforderung generell dem Verlierer, seinen Erben und einer Anzahl weiterer Personen, unter Erstreckung der Verjährungsfrist auf fünfzig Jahre. Dass schon das klassische römische Recht die Rückforderung allgemein erlaubte, wird seit Otto Lenel von einer Mehrheit der Interpreten vermutet. Nach der auf Theodor Mommsen zurückgehenden richtigen Ansicht waren kondizierbar aber nur durch Personen ohne Verfügungsmacht oder aufgrund erheblicher Willensmängel (besonders bei betrügerischem Falschspiel) erbrachte Leistungen²²⁸⁾.

²²⁸⁾ Falschspiel ist Delikt. Auf einen Wegfall seiner Bereicherung (weil er den Gewinn sogleich wieder verspielte) kann sich ein Falschspieler nicht berufen.

Die Richtigkeit dieser Lösung wird bestätigt durch entsprechende Normierungen in diversen ausländischen Kodifikationen. Das heutige deutsche Recht entscheidet ebenso; doch wird dies nicht eigens hervorgehoben, weil Willensmängel und fehlende Verfügungsmacht im Allgemeinen Teil des BGB geregelt sind und daher selbstredend auch für Leistungen auf Spielschulden gelten. Soweit aber weder Betrug noch Zwang angewendet wird, gewährt die Rechtsordnung mündigen Spielern keinen Schutz. Wegen des Ausschlusses sowohl der Erfüllung- als auch grundsätzlich der Rückforderungsklage begründet die Spielabrede kein *iuris vinculum*.

3. Geduldet wurden Würfelspiele in Rom an den Saturnalien. Offenbar einem Brauchtum entsprechend war auch der Dienerschaft die Auslosung des Zahlungspflichtigen für die anlässlich einer gemeinsamen Mahlzeit zu verzehrenden Speisen und Getränke gestattet. Ansonsten wurde dem Veranstalter von Glücksspielen durch das prätorische Edikt der Rechtsschutz ausdrücklich verweigert, wenn er beim Würfeln oder zu irgendeinem späteren Zeitpunkt körperlich verletzt oder beleidigt, sowie wenn ihm während des Würfelspiels eine Sache beschädigt oder entwendet wurde. Rezipiert wurde diese Regelung in die Siete Partidas (um 1260) von Alfons X. „El Sabio“ mit stark moralisierendem Unterton²²⁹). Da sich der Veranstalter gegen derartige Übergriffe allerdings präventiv durch geeignete Vorsichtsmaßnahmen schützen konnte, sind Zweifel an der Effektivität dieser in modernen Rechtsordnungen unbekannten programmatischen Rechtsschutzversagung angebracht. Beraubten sich Glücksspieler gegenseitig, war die Strafklage wegen Raubes gegeben. Gegen Zwangsanwendung zum Mitspielen behielt sich der Prätor im Edikt schließlich ein Einschreiten je nach seinem Ermessen vor.

Klare begriffliche Unterscheidungen enthalten die Quellen nicht. *Alea* kann auch Wette bedeuten (o. Fn. 64). *Aleator* ist (im weiteren Sinne) vermutlich auch, wer hemmungslos und pflichtvergessen, wenngleich ohne Werteinsatz, bloß der Unterhaltung wegen sich die Zeit vertreibt (o. I 2 vor 3). *Ludere* heißt, je nach dem Zusammenhang, auch das körperlich-sportli-

²²⁹) Partida 7,14,6; moderne Textausgabe von Sánchez-Arcilla (Fn. 169) 930. Die Betreiber einer Spielhölle (tahuería) werden darin als Spitzbuben, Gauner, Schurken und Kuppler bezeichnet. Andere zum Glücksspiel in sein Haus einzuladen, sei „muy gran culpa“; darum trage der Veranstalter selber die Schuld, wenn er bestohlen oder geschädigt wird (ausgenommen der Fall eines Totschlags).

che Kräfternennen²³⁰) oder das Los werfen²³¹). Am präzisesten ist das vom Senat verbotene *in pecuniam ludere*²³²); um andere Wertsachen wurde aber ebenfalls gewettet²³³).

4. Justinians etwa vier Jahre vor der Inkraftsetzung der Digesten in griechischer Sprache erlassenes, weitreichendes Spezialgesetz von betont parternalistischer Tendenz haben die Redaktoren seiner Digesten allem Anschein nach merkwürdigerweise ignoriert. Rezipiert wurde dessen Inhalt ins Gemeine Recht nicht; doch fühlten sich einige Autoritäten des *ius commune* wegen der Rezeption des römischen Rechts *in complexu* auch daran gebunden.

5. Zu Spielzwecken gewährte Darlehen konnte der Geber nicht zurückfordern, wenn ihm dieser Zweck bekannt war. Anstößig waren insbesondere (und sind auch gegenwärtig) Darlehen unter Mitspielern, weil das Verlustrisiko nur überschaubar bleibt, wenn der Spieleinsatz in barer Münze besteht. Einen stillschweigenden Regressverzicht des Kreditgebers nahm man auch in anderen Fällen an, wenn der Geber mit der Insolvenz eines unseriösen Empfängers rechnen musste. Bei Unkenntnis des Geldgebers von der Verschwendungsabsicht blieb die Wirksamkeit des Darlehens hingegen unangetastet. Wegen der Kenntnis eines Käufers, dass sein Verkäufer den erlösten Kaufpreis verschwenden will, wird der Käufer jedoch nicht unredlich; denn die Verwendungsabsichten des Verkäufers hinsichtlich des Erlöses gehen den Käufer in der Regel nichts an. Mit dem Verkauf an einen Mitspieler zwecks (weiterer) Teilnahme am Glücksspiel würde jedoch das Verbot des Spielens auf Kreditbasis in unzulässiger Weise umgangen. Wie vorstehend beschrieben, wurde auf angemessene Weise der Konflikt gelöst, der darin besteht, dass einerseits die Teilnahme an Glücksspielen nicht gefördert werden sollte, andererseits aber der freie Wille des mündigen Menschen respektiert werden muss.

6. Wetten *virtutis causa*, d. h. zwecks körperlicher Ertüchtigung, also bezüglich des Ausgangs athletischer Wettkämpfe, waren nach klassischem Recht ausnahmsweise statthaft; der Gewinner hatte einen klagbaren Anspruch. Entsprechende Regelungen enthalten nach dem Vorbild von Art. 1966 des französischen Code civil die meisten der von ihm abstammenden Kodifikationen, vor allem Lateinamerikas. Der Code civil (und mit ihm

²³⁰) Speerwerfen: D. 9,2,9,4; Ballspielen: D. 9,2,11pr.; 9,2,52,4 (*pila ludere*, parallel gebildet zu *alea ludere*).

²³¹) D. 11,5,4pr. (o. IV 1).

²³²) D. 11,5,2,1 (Glücksspiel und Wette gleichermaßen betreffend).

²³³) Von Fingerringen als Wetteinsätzen handelt D. 19,5,17,5 (Fn. 13); *Brembilla* (Fn. 32) 365ff.

das Badische Landrecht) fügte Exerziten in der Waffenbedienung hinzu²³⁴). Intellektuelle Wettkämpfe sind nach überwiegender Ansicht gleichzustellen²³⁵); Brasiliens Código civil von 2002 schreibt dies in Art. 814 § 3 ausdrücklich vor^{236, 237}).

²³⁴) S.o. Fn. 61; für Wettbewerbe im Kegeln und im Scheibenschießen schon im *ius commune* vertreten.

²³⁵) Der u. a. von Seneca erwähnte *ludus latruncularum*, zuweilen als „Schachspiel der Römer“ gedeutet (und von Glück, Fn. 15, 327 zu den erlaubten Spielen gerechnet) war eher ein der heutigen „Dame“ ähnelndes strategisches Brettspiel; reiche Angaben im Internet sowie bei Quintana Orive (Fn. 46) 8 Fn. 5. Das Schachspiel mit den dafür charakteristischen Figuren und Regeln kam erst um das Jahr 1000 über Arabien und Spanien nach Mitteleuropa.

²³⁶) Argentinien Mitte 2015 in Kraft getretener neuer Código civil dreht in den Artt. 1609ff. sogar (abweichend vom bisherigen Recht) das Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme um: Grundsätzlich sind danach Wetten bezüglich körperlicher und intellektueller Leistungen klagbar, alle anderen vom Zufall abhängigen Glücksspiele hingegen nicht.

²³⁷) Korrekturnachtrag zu Fn. 180: Anschauliche Illustrationen zur ehemaligen Papier- und Spielkartenherstellung in der Encyclopédie française (um 1760), wiederabgedruckt in: *Il mestiere e il sapere due cento anni fa: Tutte le tavole dell'Encyclopédie*, Milano 1983, 833.