



ANDREAS WACKE*

ZUR EINREDE DES NOTBEDARFS (*NE EGREAT*) BEI SCHENKUNGSVERSPRECHEN UND IM DOTALRECHT

I. Problemaufriss

1. Die Verurteilung des Beklagten erging in einigen Fällen (1) des römischen Formularprozesses nur beschränkt auf „soviel (Geld), wieviel (er) leisten kann“ (*in id (2) quod facere potest*), das heißt insoweit er die Urteilsschuld erfüllen kann (zu *facere* ist zu ergänzen: *iudicatum facere posse*). (3) Unterholzner bezeichnete dies mit einem



* Dr. jur., Dr. h. c., Dr. h. c., LLD h. c., emeritierter ordentlicher Professor für Römisches Recht, Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Universität Köln: e-mail: Andreas.Wacke@uni-koeln.de

(1) Aufgezählt werden die Fälle etwa in D. 42.1.16 ff. Eingehend erläutert werden sie in den Dissertationen von ALTMANN, *Das beneficium competentiae* (Berlin 1888); WÜNSCH, *Zur Lehre vom beneficium competentiae* (Leipzig 1897); KLINGEMANN, *Inhalt, rechtliche Natur und Anwendungsgebiet des beneficium competentiae* (Rostock, Leipzig 1904); BAUDER, *Das beneficium competentiae, seine Geschichte und heutige Geltung* (Leipzig 1905); ZIPPERLING, *Das Wesen des beneficium competentiae in geschichtlicher Entwicklung* (Marburg 1907; dogmengeschichtlich wichtig). – Neuere Literatur: LEVET, *Le bénéfice de compétence* (Paris 1927); SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* I² (Napoli 1935) 203-241; LITEWSKI, *Das beneficium competentiae*, *Studi Volterra IV* (Milano 1971) 469-572; GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* (1975; 2. ed. Napoli 1978); GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* (Göttingen 1986). – Ein Überblick mit ausführlicher Literaturzusammenstellung bei WACKE, *Festschrift Knütel* (u. Fn. 8) 1325 ff., 1357 f.

(2) Das bei modernen Interpreten zuweilen begegnende Wort ‚*dumtaxat*‘ enthielt die Prozessformel nicht. Unpassend ist auch das in unserem Zusammenhang öfters verwendete Substantiv *taxatio*: WACKE, *Festschrift Knütel* (u. Fn. 8) 1319.

(3) Wegen der erforderlichen Verurteilung zu einer Geldleistung bedeutet *facere* hier soviel wie *solvere*. Vgl. WÜNSCH 47 f. Eine beschränkte Verurteilung kam nicht in Betracht, wo die Herausgabe einer Sache erzwungen werden sollte, vgl. (für die Zurückforderung eines nichtig geschenkten Grundstücks) D. 42.1.41.1; POTHIER (u. Fn. 18) ad Lib. L Tit. XVII § MDCXLII, vol. V p. 292 (links unten). Der Zweck des *iusiurandum in litem* wäre sonst konterkariert worden. Bei der auf Rückforde-

glücklichen Ausdruck als „Verurteilung in das Erschwingliche“. (4) Noch besser erscheint mir die Übersetzung „Verurteilung in das Bezahlbare“. (5) Seit Windscheid spricht man heute gewöhnlich von der „Einrede des Notbedarfs“. (6) Diese Vergünstigung bewahrte den Verurteilten vor den strengen Folgen der römischen Zwangsvollstreckung, insbesondere vor der Personalexekution und der Infamie. Abgestellt wurde bei seinem Leistungsvermögen auf den Aktivbestand seines Vermögens im Zeitpunkt der Urteilsfällung. (7) Forderungen anderer Gläubiger wurden im allgemeinen nicht abgezogen (8) – auch dann nicht, wenn sie bereits eingeklagt waren. (9) Der Vorteil des Eherkommenden (die *melior condicio occupantis*) (10) sollte dem Kläger, der zuerst das Urteil erstreitet, nämlich nicht genommen werden. Hätte man sämtliche Schulden des Beklagten vorweg abgezogen, dann hätten sich die Befriedigungsaus-

—
 rung einer nichtigen Schenkung gerichteten *condictio indebiti* unter Ehegatten scheidet nach Paulus D. 24.1.55 *i. f.* eine beschränkte Verurteilung ebenfalls aus (sc. soweit der Beschenkte noch bereichert ist).

(4) UNTERHOLZNER, *Lehre von den Schuldverhältnissen I* (Leipzig 1840) § 181; mir nicht zugänglich; ohne Begründung ablehnend ALTMANN (o. Fn. 1) 11; zustimmend jedoch WACKE, *Festschrift Knütel* (Fn. 8) 1335 mit Fn. 63.

(5) „Verurteilung in das Bezahlbare“ trifft den Sinn genau, weil es (ohne Berücksichtigung seiner etwaigen Schulden) nur darauf ankommt, wieviel der Beklagte vom eingeklagten Betrag aus seinem gegenwärtigen Aktivvermögen (*hic et nunc*) bezahlen kann, s. u. Fn. 8. Auf italienisch erscheint mir die Übersetzung „condanna nel pagabile“ treffender als die von GUARINO zum Buchtitel gewählte Bezeichnung „condanna nei limiti del possibile“ (oben Fn. 1). Der Ausdruck ‚pagabile‘ impliziert, was im Wort ‚possibile‘ ausdrücklich hinzugefügt werden müsste, dass nur eine subjektive Unmöglichkeit gemeint ist.

(6) WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts II*⁹ (1906) § 267 f.

(7) *Rei iudicandae tempore* wie bei der *actio de peculio*: D. 24.3.53; WACKE (u. Fn. 8) 1353 f.

(8) Richtig insoweit schon BIRKMEYER, *Über das Vermögen im juristischen Sinne* (Erlangen 1879) 330 ff.; kürzer ebenso SOHM/MITTEIS/WENGER, *Institutionen etc. des röm. Privatrechts*¹⁷ (1923/1931) 721 § 119 Fn. 9; (JÖRS)/KUNKEL/HONSELL, *Römisches Recht*⁴ (1987) 214 ff. Unrichtig hingegen KASER, *Das röm. Privatrecht I2* (1971) 483 § 113 a. E. Kasers Darstellung beruht offenbar auf dem damals noch nicht überwundenen Interpolationsverdacht gegenüber dem Verbot des Schuldenabzugs, wie er um 1898 von PAMPALONI (in mehreren Abhandlungen) aufgebracht und ihm folgend von LEVET, SOLAZZI und LITEWSKI vertreten wurde. Dagegen jedoch GUARINO (Fn. 1) 91; GILDEMEISTER 41 ff.; BÜRGE (u. Fn. 10) 272 f.; zuletzt bes. WACKE, *Zum Schulden-Abzug bei der Verurteilung in das Erschwingliche und vom Vorteil des Eherkommenden im Zivilprozess*, *Festschrift Knütel* (2010, im Druck) 1325-1358, 1344 ff.

(9) Dies ist analog zu folgern aus der Rechtslage bei der *actio de peculio*: D. 15.1.10; WACKE (Fn. 8) 1352.

(10) Dazu BÜRGE, *Occupantis melior est condicio*, *ZSS*. 106 (1989) 248 ff.; WACKE, *Festschrift Knütel* 1349 ff. *Occupare* bedeutet hier jemandem (im Rechtsstreit, bei der Erlangung des Richterspruchs) zuvorkommen. Nicht zu verwechseln mit der *melior condicio possidentis*.

sichten des Klägers allzu sehr verschlechtert: In der Befriedigungsreihenfolge wäre er auf den letzten Platz verwiesen worden, obwohl er sich als wachsamer Gläubiger (anders als die übrigen) um die gerichtliche Durchsetzung seines Anspruchs kümmerte. Wer zielstrebig die Eintreibung seiner Forderung durchsetzt, darf jedoch gegenüber anderen, weniger sorgfältigen Gläubigern nicht zurückgesetzt werden. Der *melior condicio occupantis* gebührte also gegenüber der beschränkten Verurteilung im allgemeinen der Vorrang. Trotz einer Überschuldung des Beklagten konnte ein entschlossen zugreifender Kläger somit (wie bei der *actio de peculio*: D. 42.1.19 pr.) seine volle Befriedigung erlangen, nämlich wenn der zu Verurteilende noch über ein hinreichend flüssiges Aktivvermögen verfügte. Der allgemeine Vermögensbegriff, wonach unter ‚bona‘ verstanden wurde, was nach Abzug der Schulden übrig blieb (*quae deducto aere alieno supersunt*, Paulus D. 50.16.39.1), gilt hier nicht (er gilt nur ausnahmsweise bei Klagen aus Schenkungsversprechen). Da der Debet-Saldo vom *iudex* außer Betracht zu lassen war, erforderte die Verurteilung *in id quod facere potest* demnach kein konkursmäßiges Zusammenlaufen aller Gläubiger.

2. In einem Falle wurden freilich anderweitige Schulden des Beklagten ausnahmsweise doch vorweg abgezogen (auch wenn sie weder rechtshängig noch ausgeklagt waren), nämlich bei der Verurteilung aus einem Schenkungsversprechen. Die Befriedigungsaussichten anderer Gläubiger sollten nicht dadurch geschmälert werden, dass ihnen jemand mit der Klage aus einem Schenkungsversprechen zuvorkommt. Dies entspricht der generellen Zurücksetzung von Ansprüchen aus unentgeltlichen Zuwendungen im Verhältnis zu „echten“ Forderungen aus lästigen (onerosen) Geschäften. Im Konflikt mit *vera debita* müssen Forderungen aus Freigebigkeiten zurückstehen. „Wirkliche Forderungen“ werden bevorzugt befriedigt, (11) entsprechend der Maxime *Nemo liberalis nisi liberatus*

(11) In diesem Sinne wird das *verum debitum* in D. 42.1.49 i. f. (und wohl nur dort) der Forderung aus einem Schenkungsversprechen gegenübergestellt.

– Wer Schulden hat, soll keine Schenkungen machen. (12)

Gegenüber der Klage aus einem Schenkungsversprechen gestatten klassische Quellen dem Beklagten überdies den Abzug dessen, was er zu seinem Lebensunterhalt benötigt (*ne egeat*). Paulus befürwortet einen solchen Selbstbehalt zurückhaltend mit dem Worte *puto*:

D. 42.1.19.1 (*Paulus libro sexto ad Plautium*): *Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur, et quidem is solus deducto aere alieno. (🗨️) .. immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat.*



«Auch wer aus einem Schenkungsversprechen belangt wird, wird auf soviel verurteilt, wieviel er zu leisten vermag, und zwar allein dieser nach Abzug seiner Schulden... Freilich ist ihm meiner Ansicht nach nicht seine gesamte Habe zu entwenden, sondern auch auf ihn selbst ist Rücksicht zu nehmen, auf dass er keine Not leide.»

Ein von Justinian in die *regulae iuris* des letzten Digestentitels aufgenommenes Fragment aus demselben Buch des Paulus bejaht die Abzugsmöglichkeit des Eigenbedarfs hingegen bestimmter und ohne Einschränkung auf den Ausgangsfall des Schenkungsversprechens:

D. 50.17.173 pr. (*Paulus libro sexto ad Plautium*): *In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.*

(12) WACKE, *Europäische Spruchweisheiten über das Schenken*, in: ZIMMERMANN/ KNÜTEL/ MEINCKE (Hrsgg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, H. H. Seiler gewidmet* (Heidelberg 1999) 325, 359 ff.

(13) Unter mehreren Beschenkten gewinnt, wer zuerst das Urteil erstreitet: *et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa*, heißt es im oben weggelassenen Folgesatz: „Und unter denjenigen, denen aus ähnlichem Grunde Geld geschuldet wird, ist der Eherkommende im Vorteil.“ Abweichend (Vorrang des zuerst Beschenkten) § 519 Abs. 2 BGB. Dazu kritisch WACKE, *Festschrift Knütel* (Fn. 8) 1351 Fn. 144. Wie sich aus dem Zusammenhang bei Paulus ergibt, wurden Forderungen aus anderen Schenkungsversprechen nicht abgezogen.

«Bei der Verurteilung der Personen, welche in soviel verurteilt werden, wieviel sie zu leisten vermögen, ist ihnen nicht ihre gesamte Habe zu entziehen, sondern auch auf sie selbst ist Rücksicht zu nehmen, auf dass sie keinen Mangel leiden.»

Dass in allen Fällen der Verurteilung in das Bezahlbare der Eigenbedarf des Beklagten abzuziehen sei, sagt der zweite Text nicht ausdrücklich. (14) Dessen Verallgemeinerungstendenz ergibt sich jedoch erstens daraus, dass die auf das Schenkungsversprechen bezügliche Aussage der ersten Quelle in der zweiten aus ihrem ursprünglichen Kontext des Schuldenabzugs gelöst und konsequent vom Singular in den Plural gesetzt ist. Zweitens wollten die Kompilatoren mit der Aufnahme der zweiten Quelle unter die *regulae iuris* ein generelles Prinzip zum Ausdruck bringen. Sowohl die wörtliche als auch die systematische Auslegung führen somit zu einer Sinnesumkehrung: Was in der ersten Quelle bei Paulus als Ausnahme erscheint, wird in der zweiten innerhalb Justinians Kompilation zur Regel. Ob und wie sich die beiden widersprechenden Zeugnisse miteinander vereinigen lassen, ist Gegenstand der vorliegenden, dem verehrten Kollegen und Freunde Antonino Metro gewidmeten Untersuchung. Dabei handelt es sich nicht um bloß exegetische oder textkritische Probleme. Unsere Fragestellung ist überdies grundlegend für die Beurteilung des römischen Vollstreckungsrechts als streng (gläubigerfreundlich) oder milde (schuldnerfreundlich). Eine Beschreibung der einem Vollstreckungsschuldner zugestandenen Verschonungen ist überdies sozialgeschichtlich aufschlussreich. Aus Raumgründen beschränken wir unsere gegenwärtige Untersuchung vorerst auf Schenkungsversprechen und das Dotalrecht. (15)

(14) Eine emphatische Hervorhebung (etwa *semper, in omnibus casibus*) fehlt; WÜNSCH 58.

(15) Außer Betracht bleibt insbesondere die einem Schuldner nach der Abtretung seines Vermögens an die Gläubiger (*cessio bonorum*) u. a. in D. 42.3.6-7 bezeugte Belassung des Lebensbedarfs; dazu GILDEMEISTER 33 ff., 59 f., der die vorherige Untersuchung von MARRONE, *Note di diritto romano sul c. d. beneficium competentiae*, *Annali Palermo* 36 (1976) 5 ff. = MARRONE, *Scritti giuridici II* (Palermo 2003) 297-327 unberücksichtigt ließ; siehe die Rez. zu Gildemeister von MARRONE, *Iura* 37 (1986) 137-147. Ferner Ma. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* (Madrid 2000) 338 ff.; Ma. ÁNGELES SOZA (RIED), *Procedimiento concursal: La posición del bonorum emptor* (Madrid 2008) 108, 188 ff., 384. – Auch Überlegungen über die Höhe des Lebensbedarfs bleiben einer späteren Untersuchung vorbehalten.

3. Im Mittelalter befolgte man seit den Glossatoren die *regula* aus D. 50.17.173 pr. (16) Bei jeder Verurteilung *in quantum facere potest* war dem Beklagten ein Quantum für seinen Lebensbedarf zu belassen. Diese geradezu das Wesen der beschränkten Verurteilung ausmachende Rechtsfolge kommt in der seit Ulrich Zasius 1527 üblich gewordenen Bezeichnung *beneficium competentiae* treffend zu Ausdruck. Mit dem Ausdruck ‚Competenz‘ ist hier nämlich gemeint: das, was dem Schuldner (*scil.* für eine angemessene Lebensführung) „zusteht“. (17) Den Begriff des Leistenkönnens (des *facere posse*) definierte Pothier klar als den Überschuss, der dem Schuldner nach dem Abzug seines eigenen Unterhaltsbedarfs verbleibt:

FACERE POSSE dicitur debitor, quatenus deducto eo quod ipsi ad victum necesse est, superest ei unde solvere possit. Hinc exceptio, ut ne quis ultra id quod Facere potest exigatur; id est, ultra id quod ipsi superesset deducto eo NE EGAT. (18)

«Als leistungsfähig bezeichnet man einen Schuldner, soweit ihm nach Abzug dessen, was ihm zum Lebensunterhalt nötig ist, etwas übrig bleibt, womit er zahlen kann. Daher die Einrede, dass von ihm nicht mehr als er leisten kann gefordert werde; das heißt, mehr als was ihm übrig bleibt, nach Abzug dessen, damit er nicht darbe.»

Auf der Basis der *regula* aus D. 50.17 legte Pothier den Abzug wegen eigener Bedürftigkeit in den Begriff des *facere posse* hinein. Leistungsfähig ist ein Schuldner danach nur, soweit sein Vermögen seinen Eigenbedarf überschreitet. Sollte das Vermögen des Beklag-

(16) Die von der Glosse hierzu angeführten Belegstellen betreffen allerdings überwiegend (soweit einschlägig) Schenkungsversprechen. Benutzt wurde die Ausgabe von DIONYSIUS GOTHOFREDUS, *Corpus Iuris Civilis Romani* (Napoli 1830).

(17) „*Id quod competit à une vie convenable*“, nach einer Charta von 1264, zitiert von DUCANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis* II (1883) 465 s. v. *competentia*. Von ‚Competenz‘ sprach das preußische Allgemeine Landrecht von 1794, z. B. in Theil I Titel 11 §§ 1123 f. Zur Terminologie siehe WACKE, *Festschrift Knütel* 1334.

(18) POTHIER, *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae* etc. IV (Neapoli 1825), Lib. L Tit. XVI, § XCIII, p. 660.

ten seinen Unterhaltsbedarf nicht decken, dann wäre die Klage demnach abzuweisen.

So eindeutig und unbestritten wie von Pothier verallgemeinernd dargestellt, war die Rechtslage allerdings nicht. Nach dem Bericht des Hugolinus bestanden bereits unter den Bologneser Juristen unterschiedliche Ansichten darüber, ob die Verurteilung *in id quod facere potest „habita“* oder *„non habita ratione ne egeat“* zu geschehen habe. (19)

Unter den Pandektisten des 19. Jh. wurde der klassische Gehalt der *regula iuris* aus D. 50.17.173pr. zuweilen angezweifelt. (20) Und schon Jahrzehnte vor der Kulmination der Interpolationenkritik betrachtete eine verbreitete Lehre das Fragment als eine justinianische Verallgemeinerung. (21) Den Versuch einer Vereinigung mit dem ausführlicheren Paulus-Text D. 42.1.19.1 unternahm neuerdings Gildemeister S. 63 ff., 66; seine Beweisführung (die er sich ziemlich leicht macht) sieht sich freilich Einwendungen ausgesetzt und bedarf darum einer Überprüfung (dazu unten V).

Seit langem sind wir gewohnt, alle Fälle der beschränkten Verurteilung zusammenfassend mit dem (unrömischen) Terminus *beneficium competentiae* zu bezeichnen. Sollte sich jedoch herausstellen, dass sich im klassischen Recht der Selbstbehalt wegen eigener Bedürfnisse auf die Klage aus einem Schenkungsversprechen beschränkte, dann wären für die Mehrzahl der übrigen Fälle die

(19) HUGOLINUS (dessen Wirken in Bologna zwischen 1197 und 1233 urkundlich belegt ist), *Dissensiones Dominorum*, zitiert nach der Ausgabe von G. HAENEL (Leipzig 1834, Neudruck Aalen 1964) S. 540 § 439. Ohne Nennung einzelner Namen unterscheidet Hugolinus die von Ioannes geführte Fraktion der herrschenden *Quidam* von den abweichenden *Alii*. Ioannes (gemeint ist vermutlich Johannes Bassianus) unterbreitete einen (mir allerdings nicht verständlichen) Vermittlungsvorschlag. Leben und Werk des Hugolinus würdigt eingehend HERMANN LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band I: *Die Glossatoren* (München 1997) § 31 S. 271 ff. Die Autorschaft der dem Hugolinus zugeschriebenen *Dissensiones Dominorum* wird angezweifelt, s. LANGE S. 273 Fn. 22, S. 277. Zu Johannes Bassianus siehe LANGE S. 215 ff. In Haenels Ausgabe sind diverse Stellungnahmen aus dem 19. Jh. hinzugefügt.

(20) Etwa von BRINZ (angeführt von GILDEMEISTER 64 Fn. 48).

(21) ZIPPERLING (Fn. 1) 16 ff.; DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, ZSS. 76 (1959) 244 = DAUBE, *Collected Studies in Roman Law II* (Frankfurt/M. 1991) 888. LITIEWSKI (Fn. 1) 479 ff. erklärte aufgrund exzessiver Quellenkritik sogar für den Schenker die Belassung des Eigenbedarfs für nachklassisch. Konservativer DERS., *Rez. Gildemeister*, ZSS. 104 (1987) 789 f.; der Betrag sei jedenfalls nicht groß gewesen.

Ausdrücke *beneficium competentiae* und (von Windscheid geprägt) „Einrede des Notbedarfs“ Falschbezeichnungen. Ihrer Kürze halber sollen diese eingebürgerten Ausdrücke freilich auch im Folgenden nicht vollkommen vermieden werden.

II. Die Notbedarfseinrede gegenüber einem Schenkungsversprechen

1. Gegenüber Klagen aus einem Schenkungsversprechen führte Antoninus Pius die Verurteilung in das Bezahlbare ein. Dies bezeugen mehrere Quellen. (22) Aus einem Schenkungsversprechen Verklagte kamen damit relativ spät in den Genuss der beschränkten Verurteilung. Eine Erklärung dafür ist darin zu finden, dass Schenkungen, die einen bestimmten (uns unbekanntem) Betrag überstiegen, schon durch die *lex Cincia* von 204 v. Chr. verboten waren. Mit der allmählichen Lockerung dieses Verbots entstand dann aber ein Bedürfnis für einen anderweitigen Schutz des Versprechenden. Außerdem bestand ein solches Bedürfnis für vom Schenkungsverbot befreite Personen. Zu diesen *personae exceptae* gehörten nahestehende Verwandte. (23) Dieser Zusammenhang ergibt sich aus der ältesten einschlägigen Quelle von Pomponius, der ein Zeitgenosse des Antoninus Pius war: (24)

D. 42.1.30 (*Pomponius libro septimo variarum lectionum*): *Cum ex causa donationis promissa pecunia est, si dubium sit, an ea res eo usque donatoris facultates exhaurire possit, ut vix quicquam ei in bonis relictum sit, actio in id quod facere possit danda est, ita ut et ipsi donatori aliquid sufficiens relinquatur. quod maxime inter liberos et parentes observandum est.*

«(Pomponius im siebten Buche seiner vermischten Lese-

(22) Ulpian D. 23.3.33 = D. 50.17.28: *...Hoc enim divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos...*; D. 39.5.12: *Qui ex donatione se obligavit, ex rescripto divi Pii in quantum facere potest convenitur...*

(23) Zum Vorstehenden GILDEMEISTER 26 f. mit weit. Lit.

(24) Die Schaffensperiode des Pomponius fällt ins zweite Drittel des 2. Jh. n. Chr. Einen genaueren Datierungsversuch der *variae lectiones* innerhalb der mutmaßlichen Chronologie der Schriften von Pomponius unternimmt LIEBS, *Variae lectiones*, in: *Studi Volterra V* (Milano 1971) 51, 57 f., 78 f. Fn. 110.

früchte): Wenn schenkungshalber Geld versprochen wurde und zweifelhaft ist, ob dieser Betrag die Leistungsfähigkeit des Schenkers so weit erschöpfen könnte, dass ihm kaum noch etwas im Vermögen übrig bleiben würde, ist eine Klage auf soviel zu gewähren, wieviel er zu leisten vermag, so dass auch dem Schenker selber genügend übrig bleibe. Dies ist insbesondere zwischen Kindern und Eltern zu beachten.»

Der Text enthält Merkmale des konstitutionalen Stils. (25) Daher werden wir nicht fehlgehen in der Annahme, in dieser zeitnahen Quelle nahezu den Wortlaut des Piusreskripts vor uns zu haben. Auch andere Fragmente aus den *variae lectiones* des Pomponius sind nämlich mutmaßlich (auch ohne Kenntlichmachung) der zeitgenössischen Reskriptpraxis entnommen. (26) Die erwähnten Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Versprechenden sind nicht etwa Tatbestandsvoraussetzung für das Eingreifen der beschränkten Verurteilung. (27) Vielmehr bestreitet hier der verklagte Schenker seine vom Kläger behauptete Leistungsfähigkeit und erbittet deswegen eine Rechtsauskunft des Kaisers. Die Zweifel über die Leistungsfähigkeit bilden also das Ergebnis des streitigen Parteivortrags. Deren Aufklärung ist dann die Aufgabe des zur Entscheidung berufenen *iudex* kraft der anzuwendenden Kondemnationsklausel *in id quod facere potest*. Die Urteilssumme ist nach dem kaiserlichen Bescheid hier so zu bemessen, dass dem beklagten Schenker (außer dem Abzug seiner Schulden) ein genügender Betrag (*aliquid sufficiens*) zur Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse

(25) Dazu gehört die geraffte Zusammenfassung von Sachverhalt und Entscheidungsergebnis in möglichst einem einzigen Leitsatz. Zu den stilistischen Eigentümlichkeiten der *variae lectiones* des Pomponius siehe LIEBS 62 ff. LIEBS schloss daraus auf die unselbständige Tätigkeit eines Epitomators.

(26) Etwa D. 28.5.42; bes. D. 49.15.6; dazu WACKE, Pomponius D. 49.15.6: Ein Kriminalfall um Menschenraub und Lösegeldzahlung aus dem nördlichen Britannien, in: *Studi Melillo* (2010; im Druck). Nach der durch meine Untersuchung bestätigten, von FRITZ SCHULZ begründeten herrschenden Ansicht sind die *variae lectiones* „Lesefrüchte“. Entgegen LIEBS sind dies keine (von Pomponius selbst verfassten) „Lesestücke“.

(27) So freilich SOLAZZI, *L'estinzione* (o. Fn. 1) 234 f.; LITEWSKI 481. Beide vorurteilsbefangen mit rein negativer, zerstörerischer Kritik an dem wertvollen Fragment mit durchsichtigen, leicht widerlegbaren Argumenten ohne den Willen zu wirklichem Textverständnis.

übrig bleibt. (28) Der zweite Satz verspricht diese Abhilfe besonders den Aszendenten gegenüber klagenden Deszendenten. (29) Als *personae exceptae* waren sie von der alten *lex Cincia* nicht betroffen. Ein solcher Schutz ist aber geboten, denn durch vorzeitige Zuwendungen an Kinder darf ein Vater nicht in eigene Existenznöte geraten. (30)

2. Hiermit übereinstimmend knüpfen zwei miteinander verbundene spätclassische Texte die Belassung des Eigenbedarfs an die Verurteilung aus einer *liberalitas*: (31)

D. 42.1.49 (*Paulus libro secundo manualium*). *Et exheredatum vel eum, qui se paterna hereditate abstinuit, nec ex ipsius contractu nisi <in> id quod facere potest condemnandum. quemadmodum autem facere posse credatur, videndum est, utrum deducto omni aere alieno, ut is, qui ex donatione convenitur, an ut maritus et patronus nullo deducto aere alieno. et indubitati iuris est ad similitudinem viri et patroni eum <nullum> detrahendum: pinguius enim donatori succurrere debemus quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur,*

D. 42.1.50 (*Tryphoninus libro duodecimo disputationum*): *ne liberalitate sua inops fieri periclitetur.*

(Paulus): «Auch wer enterbt wurde oder sich der väterlichen Erbschaft enthielt, ist aus eigenen Vertragsabschlüssen nur in soviel zu verurteilen, wieviel er leisten kann. Auf welche Weise aber

(28) In diesem Sinne zutreffend GILDEMEISTER 58 f.

(29) GUARINO (Fn. 1) 101. Schenkungen von Eltern an ihre Kinder entsprechen dem gewöhnlichen Lauf der Dinge. Der umgekehrte Fall, in dem keine beschränkte Verurteilung in das Bezahlbare überliefert ist (von LITEWSKI 481 darum hier als Verdachtsgrund gewertet), dass ein Kind einem Elternteil eine üppige Schenkung verspricht, ist nicht gemeint und widerspräche natürlicher Lebenserfahrung.

(30) Näheres dazu bei WACKE, „*Quien da lo suyo antes de su muerte, merece que le den con un mazo en la frente*“: *Sobre la protección jurídica conferida al donante por su empobrecimiento en Derecho comparado*, in: WACKE, *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas* (Madrid 1996) 493 ff. Längere deutsche Originalfassung: WACKE, *Der alte Vater und die Keule...: Zum Rechtsschutz gegen lebzeitige Vermögensübertragung*, in: *Forschungen zur Rechtsarchäologie und rechtlichen Volkskunde* 10 (Zürich 1988) 15 ff.

(31) Zur Textkritik siehe WACKE, *Festschrift Knütel* (Fn. 8) 1348. Gegen eine Verdächtigung der *liberalitas* bes. dort Fn. 128.

seine Leistungsfähigkeit zu beurteilen ist, ist zu prüfen: ob entweder nach Abzug sämtlicher Schulden, wie der Beklagte aus einem Schenkungsversprechen, oder, wie ein Ehemann oder Patron, ohne Schuldenabzug? Nach unzweifelhaftem Recht darf er aber in Analogie zum Ehemanne oder Patron <nichts> abziehen: In größerem Maße müssen wir nämlich einem Schenker zu Hilfe kommen als demjenigen, der eine wirkliche Schuld bezahlen muss,»

(Tryphonin): «damit er nicht Gefahr läuft, wegen seiner Freigebigkeit zu verarmen.»

Hier geht es primär (bei Paulus) um die Frage des Schuldenabzugs, welcher einzig dem Schenker gestattet wird, ihm also als Privileg zugute kommt, damit die Gefahr seiner Verarmung gebannt wird. Die von Tryphonin bei seinem zusätzlichen Wertungsargument erwähnte *inopia* ist aber gleichbedeutend mit *egestas*; die zu vermeidende *inopia* entspricht also demselben Ziel *ne egeat*. (32) Ohne die Belassung der Subsistenzmittel zur Deckung des eigenen Bedarfs wäre der erstrebte Schutz des Schenkers unvollständig. Das von Tryphonin angeführt Werturteil ist zutreffend. Denn Selbsterhalt rangiert vor Altruismus, eigener Bedarf vor der Förderung fremder Wohlfahrt. *Charité bien ordonnée commence par soi-même*. (33) Insoweit ist gesunde Eigenliebe ein Gebot des Naturrechts.

III. Der Selbstbehalt gegenüber einem Mitgiftversprechen

1. Ob dem aus einem Mitgiftversprechen Verklagten (vor allem dem Vater der Braut, zuweilen auch einem Verwandten) die Vergünstigung der beschränkten Verurteilung *in id quod facere potest* zugute kam, darüber sind die Quellen in verwirrender, kaum

(32) Dies gegen GILDEMEISTER 59. Seiner Ansicht nach sei der Tryphonintext (den er fälschlich dem Paulus zuschreibt) für die *deductio ne egeat* irrelevant. Aufgrund der von ihm entgegen der herrschenden Meinung für echt gehaltenen *regula iuris* aus D. 50.17.173 pr. wollte GILDEMEISTER 63 ff. nämlich die Einbehaltung des Notbedarfs allen Schuldners zugestehen, auch wenn sie andere Schulden nicht abziehen können. Diese These hält aber einer Überprüfung nicht stand; siehe unten V.

33) LEVET XXX

nachvollziehbarer Weise kontrovers. (34) Bei diesem Anspruch auf Bestellung einer Mitgift ist die Interessenlage anders als beim Rückerstattungsanspruch der Frau gegen ihren geschiedenen Ehemann (dazu unten IV): Für den Fall einer Scheidung muss der Mann mit seiner Rückerstattungspflicht des von ihm treuhänderisch zu verwaltenden Mitgiftvermögens rechnen. Der Besteller einer Mitgift aber soll vom Seinigen etwas abgeben – und dies doch wohl ohne Gefährdung seiner eigenen Existenz (zumal er regelmäßig noch andere Personen zu versorgen oder auszustatten hatte). Wenn ein Vater der Braut durch deren Ausstattung mit einer unverhältnismäßig hohen Mitgift in eigene wirtschaftliche Not geriete, wäre dies kein gutes Vorzeichen für den familiären Frieden unter den Generationen. Mitgiften wurden in Rom nicht selten

(34) Eine positivistische (trotzdem nützliche) Bestandsaufnahme der in den Quellen und bei modernen Interpreten vertretenen Ansichten bringt neuerdings LITEWSKI, *Das beneficium competentiae des aus dem Mitgiftversprechen verklagten Schwiegervaters*, ZSS. 118 (2001) 381-387. Ohne Ausschmückung der Sachverhalte und ohne Würdigung der Interessenlage fragte Litewski aber nicht nach dem Warum der Kontroversen. Nachzutragen sind die von Litewski nicht zitierten Äußerungen von NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* (München 1974) 117-119 und MAIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus* (Bochum/Trier 1991) 114-116. Beide Autoren vernachlässigten freilich ebenfalls die spezifische Interessenlage beim Mitgift- bzw. Ausstattungsversprechen. Deutlich zu unterscheiden sind überdies die beiden einander entgegengesetzten Fälle, nämlich: 1. ob die geschiedene Schwiegertochter auf Rückgabe ihrer *dos* gegen den Vater des noch gewaltunterworfenen Mannes *de peculio* klagt (wo die beschränkte Verurteilung analog zum beklagten gewaltfreien Ehemann kraft des *melius aequius* unstreitig war: D. 42.1.21 Satz 1), sowie 2. die hier interessierende Klage des Schwiegersonnes auf Erfüllung eines Dosversprechens. Auch im zweiten Falle hielt Paulus die beschränkte Verurteilung für *aequum* (D. 42.1.21 Satz 2) bzw. *iustum* (D. 24.3.17pr.); ebenso wohl schon der von Paulus an beiden Stellen zitierte Neraz. Zwischen *aequum* und *iustum* besteht hier wohl kein Unterschied; anders MAIFELD; vgl. die Rez. WILLVONSEDER, ZSS. 110 (1993) 693 ff., 698 f. Der beschränkten Verurteilung stand im 2. Falle jedoch die herrschende Meinung entgegen: *sed alio iure utimur*, heißt es ohne Begründung in D. 42.1.21 i. f. NÖRR 117 fand den Grund in der unterschiedlichen formalen Struktur der *actio rei uxoriae* im Vergleich zu der dem Strengrecht angehörenden Klage auf Mitgiftbestellung. Ihr gegenüber habe der Beklagte die Vergünstigung der Kondemnationsminderung allenfalls mittels *exceptio doli* durchsetzen können (so NÖRR bei Fn. 99 und 114). Aber in der Hinzufügung der Klausel *in id quod facere potest* zur *condemnatio* hatte der Prätor ein freies kognitives Ermessen; und in D. 23.3.84 und D. 42.1.22 pr. wird keine *exceptio doli* erwähnt. – Dass nach Auflösung der Ehe, wenn also die Mitgift ihren Zweck als Beitrag zu den *onera matrimonii* nicht mehr erfüllen kann, der Versprechende jedenfalls streng haften solle (so D. 23.3.84 und D. 42.1.22 pr.), erscheint freilich wenig interessengerecht. Paulus D. 23.3.84 wollte in diesem Falle *ex causa et persona* (also je nach den Umständen und persönlichen Verhältnissen) die Verurteilungsbeschränkung gewähren oder verweigern. Verweigern vor allem, wenn der Brautvater dem Bräutigam eine besonders hohe Mitgift versprach, um ihn zur Heirat der Tochter zu bewegen, wohl wissend, dass er die seine Vermögensverhältnisse übersteigende Summe nie werde erfüllen können. Bei dolosem Verhalten verwrirkte der Beklagte die Vergünstigung der Kondemnationsminderung – und zwar auch bei bestehender Ehe.

zunächst bloß versprochen; ihre tatsächliche Leistung verschob man auf einen späteren Fälligkeitstermin. (35) In der Zwischenzeit konnten sich die Vermögensverhältnisse des Versprechenden verschlechtern. Sein Schutz vor einer Kahlpfändung erschien darum dringlicher als der eines geschiedenen Ehemannes, der nur die *dos* als *res uxoria* zurückzugewähren hatte, nachdem deren Zweckbestimmung mit der Auflösung der Ehe entfallen war. Dennoch entschied die herrschende Meinung gegenteilig (D. 42.1.21; oben Fn. 34). Nachdem Antoninus Pius die beschränkte Verurteilung in das Bezahlbare auf Schenkungsversprechen (besonders solche zugunsten von Kindern) erstreckt hatte (oben II), ließ es die herrschende Meinung anscheinend am erforderlichen Vergleich der einander ähnelnden Fälle vermissen. Wegen der sittlichen Pflicht zur Ausstattung der Töchter (36) und des Versorgungszwecks der Mitgift (als Beitrag zu den *onera matrimonii*) galt die *Dos*bestellung zwar in mancherlei Hinsicht nicht als unentgeltliches Geschäft. (37) Nach der Interessenlage liegt die Nähe zur Schenkung jedoch auf der Hand. Zwecks Ausstattung oder Abschichtung eines Kindes – einerlei ob Sohn oder Tochter und ob noch *in potestate* oder schon gewaltfrei – sollte kein *pater familias* seine eigene Existenz gefährden müssen. Wie bei der versprochenen Schenkung an ein Kind (oben II), sollte darum auch bei einer versprochenen Mitgift der Vorzug der beschränkten Verurteilung Platz greifen. Und bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit sollte ein Vorabzug eigener Schulden ebenfalls in Betracht kommen. Auch Mitgiften bestellt man im Zweifel aus dem Netto-Vermögen. Da dies aber nicht allgemeine Meinung war, empfahl sich, dafür im Einzelfall durch eine besondere Klausel Vorsorge zu treffen.

2. Überliefert ist uns aus der kautelaren Praxis hierzu schon eine kurze Stellungnahme des republikanischen Juristen Servius;

(35) SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae* (1969) 94 ff.; WACKE, *TRG.* 43 (1975) 241 ff.

(36) SACHERS, *PWRE* 22.1 (1953) 1125 f.

(37) Zur unterschiedlichen Behandlung von *dos* und *donatio* etwa bei der Delegation: WACKE, *Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben*, *ZSS.* 118 (2001) 268 f., 276.

und ausführlicher handelt darüber ein wichtiger Text des Frühklassikers Proculus:

D. 23.3.79.1 (*Labeo libro sexto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*): *Pater filiae nomine centum doti ita promisit ‘cum commodissimum esset’. Ateius scripsit Servium respondisse, cum primum sine turpitudine et infamia dari possit, deberi.*

«Ein Vater versprach für seine Tochter Einhundert als Mitgift mit der Bestimmung: „Wenn es am passendsten erscheint.“ Wie Ateius schrieb, gab Servius darauf gutachtlich zum Bescheid, (der Betrag) werde geschuldet, sobald er ohne <Gefahr von> Schande und Ehrlosigkeit geleistet werden könne.»

D. 50.16.125 (*Proculus libro quinto epistularum*): *Nepos Proculo suo salutem. Ab eo, qui ita dotem promisit: ‘cum commodum erit, dotis filiae meae tibi erunt aurei centum’, putasne protinus nuptiis factis dotem peti posse? quid si ita promississet: ‘cum potuero, doti <tibi> erunt <centum>’? quod si aliquam vim habeat posterior obligatio, ‘possit’ verbum quomodo interpretaris, utrum aere alieno deducto an extante?*

Proculus: cum dotem quis ita promisit: ‘cum potuero, doti tibi erunt centum’, existimo ad id quod actum est interpretationem redigendam esse. nam qui ambigue loquitur, id loquitur, quod ex his quae significantur sensit. propius est tamen, ut hoc eum sensisse existimem ‘<cum> deducto aere alieno potero’. potest etiam illa accipi significatio ‘cum salva dignitate mea potero’: quae interpretatio eo magis accipienda est, si ita promissum est ‘cum commodum erit’, hoc est ‘cum sine incommodo meo potero’.

«Nepos grüßt seinen (Freund) Proculus. Jemand versprach so eine Mitgift: „Sobald es annehmlich sein wird, sollst du zur Mitgift meiner Tochter hundert Goldstücke bekommen.“ Meinst du, dass dann sogleich nach der Eheschließung die Mitgift verlangt werden

kann? Und wie, wenn er so versprach: „Sobald ich kann, sollst du (sie) zur Mitgift bekommen“? Wenn nun die letztgenannte Verbindlichkeit einige Kraft hat, wie deutest du darin das Wort „kann“: ob unter Abzug seiner Schulden oder unter deren Fortbestehen?

Proculus antwortete: Wenn jemand so versprach: „sobald ich kann, sollst du zur Mitgift hundert bekommen“, muss die Auslegung meines Erachtens auf das Beabsichtigte gerichtet werden. Denn wer sich zweideutig ausdrückt, erklärt dasjenige, was er unter den (möglichen) Bedeutungen (der Wörter) meint. Näher liegt jedoch nach meiner Meinung, als seinen Willen dies zu vermuten: „wenn ich nach Abzug meiner Schulden dazu imstande sein werde“. Annehmbar ist auch die Bedeutung: „wenn ich unbeschadet meiner gesellschaftlichen Stellung dazu imstande sein werde“. Die letztere Deutung ist noch eher anzunehmen, wenn so versprochen wurde: „wenn es annehmlich sein wird“, das heißt „wenn ich ohne eigene Unannehmlichkeit dazu imstande sein werde“.»

Gefragt wird nach dem Ob und nach dem Wann der Klagbarkeit, wenn eine bestimmte Geldsumme anlässlich einer Verlobung als Mitgift unter Vorbehalten versprochen wurde. Die Vorbehalte lauten alternativ *cum commodum* (oder *commodissimum*) *erit* bzw. *cum potuero*. In der Praxis waren derartige Klauseln vermutlich üblich; angesichts der rigiden herrschenden Meinung, die dem Versprechenden das *beneficium competentiae* hier von Rechts wegen nicht zugestand (o. Fn. 34), waren solche rechtsgeschäftlichen Klauseln jedenfalls sehr zu empfehlen. (38) Nach Servius schützt die Klausel den Vater davor, als Mitgift so viel leisten zu müssen, dass

(38) KRAMPE, *Proculi Epistulae* (Karlsruhe 1970) 30 folgerte aus der Doppelfrage des Nepos, „daß hier keine praktische Anfrage vorliegt, sondern eine theoretische Problemerkörterung“. Anlässlich einer Mitgiftbestellung stand der Versprechende aber vor der durchaus praktischen Frage, welche Klauselfassung er verwenden solle. Die *epistulae* des Proculus waren entgegen Krampe (zusammenfassend S. 97 ff.) keine reinen Lehrepisteln: Praktische Fälle bildeten oft den Anlass für vertiefte Problemerkörterungen. Vgl. (aus demselben 5. Buch *responsorum*) WACKE, *Proculus Dig. 2.14.36: Ein pactum zur Grundstücksherausgabe etc.*, in: *Pacte, convention, contrat, Mélanges Schmidlin* (Genève 1998) 147, 156 Fn. 36. Für einen Schultraktat sind die hier erörterten Fragen zu speziell. – Eine thematische Ordnung der 11 *libri*, aus denen 33 Fragmente erhalten sind, bestand offenbar nicht, s. LENEL, *Paligenese* II 159 Fn. 1: *Certus rerum ordo in his libris non videtur fuisse*.

er eine Minderung seines gesellschaftlichen Status' erleidet (indem er etwa in eine niedrigere Censuskategorie herabsinkt), (39) oder gar wegen Insolvenz infolge drohender Vollstreckungsmaßnahmen anderer Gläubiger in Konkurs mit der Folge der Infamie gerät. (40) Verschätzte sich der Vater in der Höhe seines Versprechens, so wäre es demnach auf den Betrag zu reduzieren, den er gefahrlos leisten kann. Der ausführlichere Bescheid des Proculus stimmt damit (wie wir gleich sehen werden) im wesentlichen überein.

Im zweiten Text verfügt der anfragende Nepos über rechtliche Vorkenntnisse. (41) Bezüglich der zweiten Klausel *cum potuero* ('wenn ich können werde') fragt er nämlich erstens, ob ein Versprechen unter solchem Vorbehalt überhaupt verbindlich sei (*si aliquam vim habeat*); (42) die Abmachung könnte als unverbindliche reine Wollensbedingung aufzufassen sein. Seine zweite Frage betrifft die Berechnungsweise des Leistenkönnens: (43) Darf der Versprechende seine anderweitigen Schulden abziehen oder nicht? Soweit ersichtlich ist dies der einzige Text, wo nach dem Vorabzug anderer Schulden bei Mitgiftbestellungsversprechen ausdrücklich gefragt wird.

An der prinzipiellen Verbindlichkeit derartiger Versprechen

(39) Entsprechend der Bedeutung *salva dignitate mea* im Paralleltext des Proculus *i. f.* „Provided my standing is unaffected“, übersetzt WATSON (1985); „lorsque je pourrai le faire sans compromettre mon honneur“ übersetzt HULOT (1805). – Ein Gegenstück bilden Zuwendungen der Ehefrau an ihren Mann *dignitatis causa*, zwecks Erhöhung seines sozialen Ranges, die seit Antoninus Pius vom Schenkungsverbot unter Ehegatten ausgenommen waren: D. 24.1.40-42; Ulpiani epit. 7.1; MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten* (Köln/ Wien 1974) 157 ff.

(40) Richtig insoweit STAGL (u. Fn. 44) 138: „ohne Verlust seines sozialen Ranges beziehungsweise ohne Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte wegen Konkurses“. In der von A. D'ORS herausgegebenen spanischen Digestenübersetzung (Pamplona 1972) wird teilweise zutreffend hinzugefügt: „se debe dar la dote tan pronto sea moralmente posible sin <riesgo de incurrir en> infamia <por insolvencia>“. „Moralmente“ ist allerdings zu unbestimmt. Wie hier SPRUIT (Zutphen/s-Gravenhage 1996): „zonder gevaar van schande en eerloosheid“. „As soon as it can be paid without incurring disgrace or infamia“, heißt es in der Übersetzung bei WATSON. HULOT übersetzte kürzer: „sans s'exposer à aucun déshonneur.“ KNÜTEL/ KUPISCH/ SEILER/ BEHRENDTS (2005) übersetzen *sine turpitudine* hier unzutreffend als „ohne Sittenwidrigkeit“.

(41) In der Fragestellung steckt entgegen KRAMPE 31 nicht geradezu „eine Schülermeinung“. Bezüglich der ersten Klausel ist die Frage, ob die *dos* sogleich (*protinus*) nach der Hochzeit eingefordert werden könne, keineswegs „ein von vornherein unhaltbarer Standpunkt“. Sie kann sogleich eingefordert werden, falls die weitere Voraussetzung *cum commodum erit* in diesem Moment erfüllt ist.

(42) Der Satz gehört zur Anfrage des Nepos, nicht etwa schon zur Antwort des Proculus; anders STAGL (u. Fn. 44) 138.

(43) *Posse* heißt hier soviel wie *facere posse* beim *beneficium competentiae*: ZIPPERLING (o. Fn. 1) 13. Seiner Ansicht nach war die Parteierklärung hier salopp formuliert.

äußern die Juristen keine Zweifel, inzident wird sie bejaht. Als Grund vermutete man eine besondere Begünstigung der Mitgift (*favor dotis*). (44) In der Tat darf das Brautpaar in der berechtigten Erwartung auf die zugesagte Ausstattung mit einer angemessenen Mitgift nicht enttäuscht werden. Als Ausprägung des *favor dotis* müsste es sich dann jedoch um einen speziellen, nicht verallgemeinerungsfähigen Sonderrechtssatz handeln. Ob die hier vereinbarten Nebenbestimmungen reine Wollensbedingungen enthalten, unter denen ein Versprechen normalerweise unwirksam wäre, falls es nicht ausnahmsweise eine Mitgiftbestellung bezweckt, hängt indes von ihrer genaueren Deutung ab. Das heutige Schrifttum übersetzt ‚*cum commodissimum esset*‘ als „wenn es mir am besten paßt“, (45) „wenn es für mich am günstigsten ist“ (46) oder „mir am besten gelegen kommt“. (47) Einen solchen subjektiven Bezug auf die Person des Versprechenden enthält der lateinische Wortlaut jedoch nicht. (48) Nach der objektiv gefassten Formulierung hängt die Leistungspflicht nicht etwa vom Ermessen oder Gutdünken des Versprechenden ab. Nach vollzogener Eheschließung kommt es auf seinen Leistungswillen nicht mehr an; erheblich ist allein sein Leistenskönnen. Dieses Können hat der *iudex* je nach dessen Vermögensverhältnissen zu ermitteln. Auch bei der zweiten Klausel ‚*cum potuero*‘ ist der spätere Leistungswille des Versprechenden unerheblich; wie in den gewöhnlichen Fällen des *beneficium competentiae* das *facere posse*, so prüft der *iudex* auch hier das Leistungsvermögen

(44) So (vorschnell und ohne zureichende Begründung) STAGL, *Favor dotis: Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts* (Wien/ Köln 2009) 137 ff., 139. Aber hier wird nicht etwa (wie es nach seiner Argumentation den Anschein hat) eine Wollensbedingung ausnahmsweise wegen des *favor dotis* als unschädliche Nebenbestimmung behandelt. Von der allgemeinen Bedingungslehre ergibt sich (wie im Text gleich gezeigt wird) keine Abweichung (vgl. bei Fn. 49). Ausgelegt wird die Bedingung überdies e n t g e g e n dem *favor dotis*; siehe unten Fn. 56.

(45) So KNÜTEL *cum sociis* (Fn. 40) zu D. 23.3.79.1. Ähnlich D’ORS (Fn. 40) zu D. 50.16.125: „cuando me venga bien“.

(46) So STAGL, wie Fn. 44.

(47) So (auf niederländisch) SPRUIT zu D. 23.3.79.1. Ähnlich zu D. 50.16.125: „wanneer het mij goed sal uitkomen“. „Payable à ma comodité“ lautet die französische Übersetzung von HULOT *et alii* (1804). Ins Englische übersetzen hingegen eher zutreffend S. P. SCOTT (1932) und WATSON (1985) „when it is most [oder perfectly] convenient.“

(48) Unter den vielfältigen Bedeutungen des Substantivs bzw. Adjektivs ‚*commodum*‘ scheint mir die als „günstiger Zeitpunkt“ den Sinn hier am besten zu treffen.

nach objektiven Kriterien. Kann der Beklagte nach der Überzeugung des Richters sein Versprechen erfüllen, will er es aber nicht, so wird er dazu verurteilt. Die auf das Leistungsvermögen abstellende Nebenbestimmung ist folglich eine echte Bedingung (49) (sie ist weder eine Potestativbedingung noch etwa eine reine Wollensbedingung). Mit nicht verallgemeinerungsfähigem Sonderrecht des *favor dotis* haben unsere Fälle demnach nichts zu tun. Unter denselben Kautelen abgegebene Versprechen zugunsten eines Tempels oder einer *civitas* (*votum, pollicitatio*) oder ein Schenkungsversprechen zwecks Ausstattung eines Abkömmlings wären nicht anders zu beurteilen. Dass uns für solche Parallelfälle die Quellen fehlen, lässt nicht den Schluss zu, Servius und Proculus hätten allein derartige Mitgiftversprechen privilegieren wollen.

Auf die Ausgangsfrage des Nepos, ob die versprochene *dos* so gleich (*protinus*) nach der Heirat verlangt werden könne, antwortet Proculus ebenfalls nicht ausdrücklich. Die Versprechen sind hier doppelt bedingt: Zur Rechtsbedingung (*condicio iuris*) der Eheschließung muss die zweite, auf die Vermögenslage verweisende Geschäftsbedingung, noch hinzukommen. Erfüllt sein muss die zweite im Moment der Einforderung der Mitgift durch den Schwiegersohn, wenn es zum Prozess kommen sollte, entsprechend dem *beneficium competentiae* vermutlich angesichts der *condemnatio* des beklagten Schwiegervaters. (50) Sein Schuldenstand ist für diesen Zeitpunkt zu ermitteln. Sollte sich herausstellen, dass er nur teilweise zur Erfüllung imstande ist, so waren die versprochenen *centum* – entsprechend dem bei der *condemnatio in id quod facere potest* üblichen Verfahren – auf den Betrag seines Leistenkönnens zu reduzieren (Teilverurteilung). Das als Bedingung („wenn“: *condicio*) Formulierte bedeutet hier mithin ausnahmsweise auch „soweit“, weil die atypische Bedingung auf den Vermögensstand (eine gleitende

(49) Eine echte Bedingung auch deswegen, weil die mutwillige Herbeiführung der eigenen Leistungsunfähigkeit wie beim *beneficium competentiae* den Schuldner nicht entlastet. Vgl. D. 17.2.63pr.; eod. 63.7; 68.1; 24.3.18.1.

(50) Arg. Tryphonin D. 24.3.53 (*medio*); Gaius D. 15.1.10: WACKE, *FS Knütel* (o. Fn. 8) 1340 mit Fn. 103, 1353.

Größe) verweist. (51)

Die Antwort des Proculus beginnt mit einem im Schrifttum wenig beachteten, programmatischen *statement* über die Auslegung von Willenserklärungen. Fraglich ist, ob die prinzipielle Aussage in dieser Allgemeinheit richtig ist. Gewiss ist bei Rechtsgeschäften auf das gemeinsam Gewollte abzustellen, worauf man sich geeinigt hat (*quod actum est*). (52) Dass aber bei zweideutigen Erklärungen der Wille des Erklärenden den Ausschlag geben solle, (53) widerspricht der im heutigen Recht ganz herrschenden Lehre von der Auslegung nach dem Empfängerhorizont: Maßgeblich ist, wie der Adressat das Erklärte redlicherweise verstehen durfte. Dementsprechend interpretierten schon die römischen Juristen Stipulationsversprechen zu Lasten des Gläubigers, weil er seine Frage deutlicher hätte formulieren können: *in dubium contra stipulatorem* (54) (*quia clarius loqui potuisset*). Freilich bezogen sich unsere Fragmente ursprünglich auf die einseitig vom Mitgiftbesteller erklärte *dotis dictio*. (55) Für diesen Fall ist die subjektive Auslegungsmaxime vertretbar (auch weil der Versprechensempfänger keine Gegenleistung erbringt). In solchem Sonderfall einer einseitigen, schenkungsähnlichen Leistungszusage scheidet die celsinische Unklarheitenregel aus. Im Spannungsverhältnis zwischen dem *favor debitoris* und dem *favor do-*

(51) Den Fälligkeitszeitpunkt schiebt die Bedingung hier nicht hinaus. Klagen kann der Schwiegersohn jederzeit. Einkalkulieren muss er freilich, wann der günstigste Zeitpunkt dafür gegeben ist. Ob derartige Versprechen überhaupt eingeklagt wurden, bleibe freilich dahingestellt. Der soziale Druck kann so stark gewesen sein, dass der Schwiegervater auch ohne Prozess leisten musste. Ob die diskutierten Vorbehalte im Extremfall dazu führen konnten, dass gar nichts geschuldet wurde, erscheint gleichfalls fraglich. Der Brautvater durfte seine Tochter nicht im Regen stehen lassen. Um sie zumindest mit dem Nötigsten auszustatten, musste er notfalls alle Mittel zusammenkratzen.

(52) Die neuere Monographie dazu von BABUSIAUX, *Id quod actum est* (München 2006) behandelt S. 94 Fn. 453 das wichtige Proculusfragment allzu flüchtig.

(53) Dazu beiläufig GANDOLFI, *Sull'interpretazione degli atti negoziali* (Milano 1966) 314 f., 337. Er findet hierin „una direttiva ermeneutica desumibile pure da altre testimonianze“, bes. aus Maecian D. 50.17.96.

(54) LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln* (2007) Nr. A 88; WACKE (o. Fn. 38) Fn. 32; BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen I* (Frankfurt 1998) 118 ff. Einen Widerspruch der Auslegungsregel zu unserer Proculusstelle erkennt nicht ZILLETTI, *La dottrina dell'errore* (Milano 1961) 24 ff. (mit Fn. 42). Richtig enthält die Klausel nach ZILLETTI S. 43 f. jedoch „un termine incerto di esecuzione“.

(55) ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis dictio* (Bologna 1975) 90 ff. Einen zusammenfassenden Überblick darüber mit Literaturübersicht bringt DERS. in: *Derecho romano de obligaciones, Homenaje Murga* (Madrid 1994) 481 ff., 493 f.

tis begünstigt Proculus die Position des Versprechenden. (56)

Das methodologische Bekenntnis des Proculus zur subjektiven Auslegung nach dem Verständnis des Erklärenden erscheint auch etwas unmotiviert, denn Zweifel am Sinne der Erklärung liegen nicht *prima facie* zutage. Die *ratio dubitandi* betrifft (wie gezeigt) nicht die Gültigkeit des Versprechens, sondern die Bezugsgröße der Bedingung: Wie müssen die Vermögensverhältnisse des Versprechenden beschaffen sein, damit auf Erfüllung geklagt werden kann? Als naheliegender Wille des Versprechenden ist nach Proculus anzunehmen, dass seine übrigen Schulden den Vorrang haben sollen. Bei der Berechnung seines Leistungsvermögens sind die Schulden vorweg abzuziehen. Ein Brautvater will die *dos* im wesentlichen aus seinem ersparten Nettovermögen bestreiten können. Sollte sein Haben-Bestand zur Bestreitung der als Mitgift versprochenen *centum* nicht genügen, so muss er nicht etwa einen Kredit aufnehmen. Für das von der Bedingung ‚*cum potuero*‘ abhängige Mitgiftversprechen nimmt Proculus hier vorweg, was für Schenkungsversprechen erst ein Jahrhundert später Antoninus Pius zum Bescheid gab (oben II). In anderen Fällen der Verurteilung *in id quod facere potest* durfte der Beklagte anderweitige Schulden nicht abziehen (*Melior est condicio occupantis*: oben bei Fn. 10). Hier, beim konditionellen Mitgiftversprechen, wird der Schuldenabzug hingegen aus der Bedingung ‚*cum potuero*‘ von Proculus „herausgelesen“, (57) weil die Ausstattung eines Kindes den Vater nicht in den finanziellen Ruin treiben darf. Das Wort ‚*posse*‘ wird hier anders interpretiert als in den Normalfällen des *beneficium competentiae*. (58) Und dogmatisch-konstruktiv geht es auch nicht (prozessual) um bloße Kondemnationsminderung: Denn mehr, als der Versprechende leisten kann, ist wegen der Bedingung schon von Rechts wegen gar nicht *in obligatione*.

(56) Dies gegen die nicht zu Ende geführten Überlegungen von STAGL (o. Fn. 44). Unrichtig WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic* (Oxford 1967) 65 f. bezüglich D. 23,3,79,1: „The text shows that *dotis dictio*, like *stipulatio*, is construed against the *promissor*.“ Der von Watson hier unberücksichtigt gelassene Paralleltex des Proculus besagt das Gegenteil.

(57) So ZIPPERLING (wie Fn. 43).

(58) Dass die Schulden beim *beneficium competentiae* generell abgezogen worden seien, lässt sich aus dem Proculusfragment entgegen LEVET 154 nicht herleiten; dagegen zutreffend GILDEMEISTER 52. Levets vernachlässigte die Besonderheiten dieses Spezialfalles.

Die Klausel ‚*cum potuero*‘ ergänzt (integriert und präzisiert) Proculus somit um zwei weitere Merkmale: erstens um *cum deducto aere alieno potero*; zweitens um *cum salva dignitate mea potero*. Beide Merkmale finden sich schon (wenngleich weniger präzise) in der älteren Parallelentscheidung des Servius angedeutet. Die zweite, auf die Wahrung der gesellschaftlichen Stellung Rücksicht nehmende Bedeutung deckt sich nicht mit der ersten: Selbst wenn der Versprechende keine nennenswerten Schulden hat, darf die als Mitgift zu leistende Summe doch nicht so unverhältnismäßig hoch sein, dass sein soziales Ansehen infolge von Verarmung Schaden nimmt. Diesen Sinn findet Proculus zumal in der Bedingung *cum commodum erit* angedeutet (wenn es passend, angemessen sein wird), die er in negativer Formulierung konkretisiert: *cum sine incommodo meo potero* (wenn ich ohne eigenen Nachteil dazu imstande sein werde). (59) Mittels der Stilfigur des Litotes, der Verneinung des Gegenteils, lassen sich Grenzen oft genauer bestimmen. Unter Vorwegnahme der zweiten Frage des Nepos hat Proculus damit auch dessen erste Frage zufriedenstellend beantwortet.

Justinians Kompilatoren setzten das Proculusfragment in den vorletzten Digestentitel 50.16 *De verborum significatione*, offenbar wegen der von Proculus gegebenen Definition des Wortes *posse* (*cum potuero*). Die kastilischen Siete Partidas aus der Mitte des 13. Jahrhunderts enthalten im letzten Titel unter 37 reglas del Derecho als regla 15 den für sich genommen rätselhaften Satz: „*E aun essos mismos dixeron que aquellas cosas puede ome fazer, que quando fueren fechas sean sin mal estança de aquel que las fizo.*“ Zu deutsch etwa (nicht leicht zu übersetzen): „Und außerdem sagten dieselben (sc. *los sabios*, d. h. die gelehrten Juristen), dass ein Mensch diejenigen Dinge tun kann, welche, wenn sie getan würden, ohne schlechte Auswirkung für den Handelnden sind.“ Wegen fehlender Tatbestandsangabe wirkt diese Aussage seltsam blutleer. Es verlangt eine bewunderungswürdige Portion an Kombinationsgabe, herauszufinden, dass der kastilische Gesetzgeber hier offenbar in äußerst ge-

(59) Die Negation *incommodum* begegnet in den Rechtsquellen überaus häufig (mehr als 100 Mal, davon über 60 Mal in den Digesten), oft als Gegensatz zu *commodum*.

drängter Gestalt die auf den sehr speziellen Sachverhalt bezogene Äußerung des Proculus aus D. 50.16.125 wiedergeben wollte. (60) In der Generalisierung durch die Partidas ist der Satz jedoch zu allgemein und in dieser Allgemeinheit unrichtig. „Von dem zu einem Tun Verpflichteten kann man nur verlangen, was ohne schlechte Auswirkung (61) für ihn ist.“ Das gilt für unseren Spezialfall, wo durch eine Vertragsklausel die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten zur Bedingung erhoben wurde. Nicht gilt dies jedoch überall dort, wo ein Anspruch nach Strengrecht zwangsweise durchgesetzt werden muss.

Nach diesem Ausflug in die „kastilischen Pandekten“ kehren wir zurück zum *beneficium competentiae* des antiken Rechts. Wir erinnern uns, dass eine beschränkte Verurteilung des Mitgiftbestellers zwar von führenden Juristen für billig erklärt, trotzdem aber aus unbekanntem Gründen von der herrschenden Meinung abgelehnt wurde (Paulus D. 42.1.21: oben Fn. 34). Angesichts dieser rigiden herrschenden Ansicht entstand schon früh das Bedürfnis für privatautonome Vorsorge durch die kautelare Praxis. Über die angemessene (vor allem standesgemäße) Bemessung von Mitgiften wird es soziale Richtlinien (Standards) gegeben haben. (62) Mittels darauf Bezug nehmender (echter) Bedingungen wurde der Versprechende bei der *dotis dictio* sogar besser geschützt als von Rechts wegen in den Normalfällen der beschränkten Verurteilung. Erstens gestattete man dem Beklagten den Abzug anderweitiger Verbin-

(60) ARIAS BONET, *Las reglas del Derecho de la séptima Partida*, *AHDE*. 48 (1978) 166 ff., 182; vgl. WACKE, *Die 37 Reglas del Derecho aus der siebenten Partida*, in: *Fides-humanitas-ius: Studi L. Labruna VIII* (2007) 5851 ff., 5868 f. Unter den *reglas* finden sich zuweilen auch bloße *definitiones*, etwa in den Nummern 2, 3, 31; WACKE 5884. Dass der kastilische Gesetzgeber die entlegene, keineswegs weltbewegende Äußerung für bedeutend genug hielt, um sie in sein imponierendes Gesetzgebungswerk aufzunehmen (wo hingegen viel wichtigere Rechtsregeln fehlen: WACKE 5886), ist kennzeichnend für seine wenig planmäßige, eklektische Sammeltätigkeit.

(61) *Sin mal estancia*. *Estancia* bedeutet eigentlich Aufenthalt, Zustand. *Malestancia* (heute eher *malestar*) demnach schlechter Zustand, Unwohlsein, Unbehagen. Gemeint ist hier offenbar die von Servius und Proculus erwähnte Statusminderung oder sogar Infamie infolge der durch die Erfüllung eines unverhältnismäßig hohen Mitgiftversprechens eintretenden Vermögenseinbuße.

(62) STAGL 137, im Anschluss an BECHMANN, *Röm. Dotalrecht II* (1867) 65, 68. Die Dosbestellung wurde stärker als andere Rechtsgeschäfte von Standesrücksichten beherrscht. Nicht zufällig erwähnt Proculus die *dignitas*. Wer um die Hand einer Tochter aus begüterttem Haus anhielt, hatte gewisse Vorstellungen über die Höhe der zu erwartenden Mitgift.

dlichkeiten, was ansonsten einzig bei Schenkungsversprechen zugelassen wurde (D. 42.1.19.1). Aus seinem so berechneten Nettovermögen musste der Beklagte zweitens nur so viel abgeben, dass sein sozialer Status dadurch nicht gemindert wurde. Den Großteil seines (für die *census*-Einschätzung maßgeblichen) Vermögens durfte er danach für sich behalten. Als *pater familias* hatte er auch höhere Bedürfnisse als die zu gründende (in der Regel noch kinderlose) junge Familie seiner Tochter, die zunächst bloß eine Starthilfe benötigte. Den etwaigen künftigen Erbteil der Tochter sollte die versprochene Mitgift keinesfalls überschreiten. Dieser großzügige Berechnungsmodus übersteigt andererseits bei weitem die bloße Belassung des bescheidenen eigenen Lebensbedarfs (*ne eget*). Die hier von Servius und Proculus erörterten Fälle interessierten die begüterten Kreise der hohen Aristokratie. (63) Bemerkenswerterweise gewann Proculus seine Ergebnisse mittels dezidierter Auslegung nach dem subjektiven Willen des Versprechenden.

IV. Ein Selbstbehalt gegenüber der Pflicht zur Mitgiftträgerstattung?

1. Auch der nach der Scheidung auf Rückgabe der Mitgift verklagte Ehemann kam in den Genuss der beschränkten Verurteilung. Ohne speziellen Zusatz in der *condemnatio* folgte dies dort schon aus dem *melius aequius* der Klageformel. War ein spezieller Gegenstand der Mitgift zurückzuerstatten und dieser noch vorhanden (insbesondere ein Grundstück), so wirkte sich die Verurteilungsbeschränkung freilich nicht aus. Das Geldurteil hatte auf dessen Wert zu lauten, auch wenn der Mann über keine weiteren Geldmittel verfügte. Denn die Restitution des Mitgiftgegenstandes sollte erzwungen werden, und ein *facere posse* des zu verurteilenden Mannes war stets zu bejahen, solange sich der Gegenstand noch in seinem Vermögen befand (vgl. oben Fn. 3). Ein Urteil auf einen geringeren Betrag kam hingegen in Betracht, wo der Mann für den Verlust einen

(63) Dass Mitgiftbestellungen andererseits auch in ärmeren Schichten üblich waren, betont zu Recht STAGL (Fn. 44) 11.

Mitgiftgegenstandes haftete; oder wo die Mitgift von vornherein aus einer Geldsumme bestand. Zum letztgenannten Fall gehört auch die Einbringung eines Gegenstandes zum Schätzwert, die *res aestimata in dotem data*.

Zurückzugeben hatte der Mann die vertretbaren Sachen einschließlich der Gelder (64) aus dem so berechneten Betrag der Mitgift freilich nach klassischem Recht nur sukzessive in drei gleichen Jahresraten, *annua bima trima die*. (65) Damit war vielfach schon dagegen vorgebeugt, dass er in den ersten Jahren nach der Scheidung in wirtschaftliche Bedrängnis geriet. Überdies verminderte sich der zurückzuerstattende Betrag um seine Abzugsrechte: *Retentiones ex dote* standen ihm zu wegen der in seinem Haushalt aufwachsenden ehelichen Kinder (*propter liberos*), sowie gegebenenfalls wegen eines der Sitte nicht entsprechenden Verhaltens seiner geschiedenen Frau (*propter mores*). (66) Soll sich die Frau wegen etwaiger eigener Bedürftigkeit des Mannes einen weiteren Abzug vom ihr gebührenden Mitgiftanspruch gefallen lassen müssen? Davon berichten die Quellen nichts. Eine geschiedene Ehefrau musste, selbst wenn sie vermögend war, ihren Mann nicht von Rechts wegen unterhalten. Wahrscheinlicher wäre ein Unterhaltsanspruch in umgekehrter Richtung (denn typischerweise sind geschiedene Frauen bedürftiger als Männer). Aber unter Ehegatten gab es von Rechts wegen offenbar gar keine Unterhaltsansprüche (67).

2. Zwei Quellen bestärken unsere Vermutung, dass es gegenüber dem Anspruch auf Mitgifttrückerstattung keine sogenannte *deductio ne egeat* des beklagten Ehemannes gegeben hat, eine klassische und eine justinianische. Behandeln wir zuerst den Text des Spätklassikers Cervidius Scaevola:

(64) Gaius 3.90.

(65) Ulp. 6.8. Diese Vergünstigung wurde abgeschafft von Justinian C. 5.13.1.7–7A (anno 530). AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum* (Göttingen 2005) 253 ff. (auch zu Fn. 66).

(66) Justinian hat auch die *retentiones ex dote* gestrichen: KASER, *Privatrecht* II², 192.

(67) SACHERS, Art. *Potestas patria*, *PW RE*. 22.1 (1953) 1122 f.; ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, *BIDR*. 73 (1970) 344 ff.

D. 24.3.43 (*Scaevola libro secundo quaestionum*): *Si maritus in id quod facere potest condemnatus sit et nomina sint ad dotis quantitatem neque amplius, necesse habebit mandare actiones.*

«Ist ein Ehemann in soviel verurteilt, wieviel er leisten kann, und hat er Forderungen bis zur Höhe der Mitgift, aber sonst nichts, so wird er seine Klagen abtreten müssen.» (68)

Der Text ist stark komprimiert. Dem Wortlaut zufolge ist der Ehemann bereits in soviel verurteilt (*condemnatus*), wieviel er leisten kann. Dies kann keine Wiedergabe des Urteilstenors sein, denn das Urteil musste auf einen bestimmten, vom Richter festzusetzenden Geldbetrag lauten. Hatte aber der Beklagte Forderungen gegen Drittschuldner bis zur Höhe der zurückzuerstattenden Mitgift, dann war er aufs Ganze und nicht nur beschränkt zu verurteilen. Für das Stadium vor dem Urteilsspruch wäre die Hinzurechnung der Forderungen gegen Drittschuldner verständlicher; statt *condemnatus sit* wäre dann *condemnandus sit* zu lesen. Belässt man es jedoch beim überlieferten *condemnatus sit*, dann spielt der Fall offenbar in der Berufungsinstanz: Die Klägerin appellierte gegen die beschränkte Verurteilung des Beklagten mit der Begründung, wegen der ihm zustehenden Forderungen gegen Dritte hätte er aufs Ganze verurteilt werden müssen. Mit dieser Eingabe erhält die Klägerin durch kaiserlichen Bescheid Recht. Sollte das Urteil hingegen bereits rechtskräftig geworden sein, dann wäre ein Zwang zur Abtretung nicht mehr durchsetzbar gewesen. Der Text referiert demnach vermutlich ein kaiserliches Berufungsurteil. Tatsächlich war Cervidius Scaevola „der wohl wichtigste Berater Mark Aurels“, (69) über dessen Respondiertätigkeit er öfters berichtet. (70) Dem

(68) Aufgrund der Parallelüberlieferung in den Basiliken ist die Rekonstruktion des in der Florentina verstümmelt überlieferten Textes glaubhaft, s. WACKE (Fn. 8) 1342 f. mit Fn. 114. Meine dortigen Zweifel am Sinn des Fragments habe ich inzwischen aufgrund weiterer Überlegungen überwunden. Wie ich nachträglich entdeckte, waren schon WÜNSCH 51 f. und LEVET 243 im Wesentlichen (nämlich bezüglich der Nichtberücksichtigung des Eigenbedarfs) zu übereinstimmenden Ergebnissen gelangt. Der Versuch von GLÜCK, *Pandecten* 27 (Erlangen 1825) 353 ff. (§ 1279), aus dem Text ohne Konjektur das Gegenteil, nämlich ein Argument zu Gunsten der Einbehaltung des Notbedarfs herzuleiten, ist missglückt.

(69) LIEBS, im *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike* IV (hrsg. Kl. SALLMANN, München 1997) 114.

Bescheid zufolge muss der Mann, wenn er „sonst nichts“, (71) also kein Barvermögen hat, seine Klagen bis zur Höhe der Mitgift, (72) also bis zur vollen Befriedigung der Klägerin abtreten. (73) Zum Abtretungszwang kommt es demnach nur subsidiär; Bargeld ist zweifellos der Klägerin willkommener, als notfalls langwierige Prozesse gegen möglicherweise unwillige Zahler führen zu müssen. Das entspricht der Pfändungsreihenfolge beim *pignus in causa iudicati captum*. Hier geht es aber nicht um hoheitliche Pfändung, sondern um obrigkeitlichen Zwang zur Vornahme der Zession (an Zahlungs Statt). Auf die Eingabe der Klägerin wird das Urteil abgeändert. Unter der Voraussetzung, dass der Beklagte seine Forderungen der Klägerin zediert (*sc. indem er sie mittels stipulatio zum cognitor oder procurator in rem suam bestellt*), wird die Klage abgewiesen.

Obwohl der verklagte Ehemann außer den abzutretenden Forderungen „sonst nichts“, insbesondere kein Barvermögen hat, findet sich vom Selbstbehalt wegen eigener Bedürftigkeit im Fragment keine Andeutung. Dieses Schweigen bestärkt unsere Vermutung, dass der Anspruch auf Mitgifttrückerstattung nicht wegen Eigenbedarfs des beklagten Ehemannes gemindert werden konnte. Ein solcher Abzug hätte auch nicht der Interessenlage entsprochen. Dem Versorgungsinteresse der Frau an ihrer Mitgift gebührte der Vorrang vor der Existenzsicherung des Mannes, zumal das eheliche Solidaritätsbewusstsein mit der Scheidung entfallen war.

(70) Vgl. bes. Ulpian D. 36.1.23 pr.: *Scaevola divum Marcum in auditorio de huiusmodi specie iudicasse refert...*

(71) *Neque amplius*: als „mais rien de plus“ zutreffend übersetzt von LEVET 243. In den Rechtsquellen begegnet *amplius* sehr häufig, laut BIA 591 Mal, davon in den Digesten 357 Mal. Charakteristisch *amplae pecuniae, ampla patrimonialia, amplissima facultates*, s. HEUMANN/ SECKEL, Handlexikon, s. v. *amplius*.

(72) *Ad dotis quantitatem* soll heißen: soweit der Mann die Mitgift zurückzuerstatten hat, also unter Berücksichtigung etwaiger Retentionsrechte.

(73) Die Übersetzung von KNÜTEL/ KUPISCH/ *et alii* „so braucht er nur seine Klagrechte abzutreten“ trifft den Sinn nicht (er muss es). SIBER, Rez. Lev. ZSS. 49 (1929) 560, 567 hielt es für „auffällig, dass Scaevola einfach Abtretung der Forderungen und nicht Zahlung nach ihrer Einziehung verlangt.“ Vielleicht waren die Forderungen noch nicht fällig. Zur Bewertung der Forderungen KRELLER, ZSS. 66 (1948) und dazu WACKE, *Fs. Knütel* 1352 Fn. 114 a. E. – Eine Zessionspflicht besteht auch nach dem letzten Satz von D. 24.3.18.1: Gingen Mitgiftgegenstände ohne Verschulden des Ehemannes verloren, so braucht er nur die Ersatzklagen gegen die schuldigen Dritten abzutreten. Nach *actiones solas...praestandas mulieri* passt hier die neuere deutsche Übersetzung. Diesem langen Pomponiusfragment zufolge kannte bereits Ofilius das *beneficium competentiae*.

3. Ein weiteres Argument für diese Vermutung ergibt sich aus einem Satz in Justinians Institutiones. Im Titel 4.6 handeln die §§ 36 bis 39 von der auf einen Teil des eingeklagten Betrages beschränkten Verurteilung. Näher erläutert wird in § 37 die gegen den Ehemann ergehende Verurteilung *quatenus facere potest*. Darin lautet der zweite Satz: *itaque si dotis quantitati concurrant facultates eius, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest*. Das heißt: «Wenn daher sein Vermögen die Größe der Mitgift erreicht, (74) wird er auf das Ganze verurteilt; wenn es geringer ist, auf soviel wieviel er leisten kann.» Schuldet also der Mann die Rückerstattung eines bestimmten Mitgiftbetrages und hat er ebenso viel in seinem Vermögen, so muss er alles hergeben. Alles hergeben muss er aber auch, wenn er weniger hat und er deshalb auf diesen geringeren Betrag verurteilt wird. Beides folgt hier aus dem *melius aequius* der Klageformel. (75) Von einem Selbstbehalt des Mannes wegen Eigenbedarfs ist auch hier keine Rede. (76) Im ersten Falle (Verurteilung *in solidum*) ist ein solcher Abzug auszuschließen; auch in den zweiten (Urteil *in quantum facere potest*) lässt er sich darum nicht hineininterpretieren.

Die griechische Paraphrase des Theophilus zu dieser Stelle erklärt dies anhand eines konkreten Zahlenbeispiels noch präziser: «Wenn die Summe meines Vermögens den Mitgiftbetrag erreicht, erlangt die Frau ihre ganze *dos*; wenn sich aber, falls die *dos* 100 ausmacht, mein Vermögen nur auf 50 beläuft, werde ich auf 50 verurteilt, weil ich nur insoweit zahlungsfähig bin.» (77) Zur *regula iuris*

(74) *Concurrere cum summa* oder ähnlich bedeutet ‚übereinstimmen, sich decken‘: HEUMANN/SECKEL Nr. 4, z. B. bei der Aufrechnung, vgl. § 388 BGB.

(75) Die vom Prätor zu erteilende *formula* lautet hier in beiden Fälle gleich *quod eius melius aequius erit*. Die Ausdrücke *in solidum* bzw. *in tantum quantum facere potest* erscheinen in der *formula* nicht; sie verweisen auf das Ergebnis der vom *iudex* vorzunehmenden Berechnung (*computatio*). Von einer Verwischung der gegensätzlichen Begriffe im nachklassischen Recht, wie sie LITEWSKI 471 Fn. 6 unter Berufung auf diesen Text annahm, kann keine Rede sein; insoweit zutreffend GILDEMEISTER 77 f.

(76) Dies betonen WÜNSCH 51; LEVET 241 f. Bereits die von HUGOLINUS (o. Fn. 19) zitierten *alii* (eine Mindermeinung) lehrten unter Berufung auf diesen Institutionentext, das Urteil ergehe *non habita ratione eius, ne egeat*.

(77) Theophilus, *Paraphr. ad Institut.* (ed. FERRINI) zu 4.6.37; Wortlaut mit lateinischer Übersetzung wiedergegeben auch bei LEVET 242. Gegen die zuweilen aufgestellte Vermutung, Theophilus habe auf veraltetes vorjustinianisches Recht zurückgegriffen, wendet sich WÜNSCH 53.

173pr. aus D. 50.17, wonach der Notbedarf *ne eget* abzuziehen ist, scheint hier ein Widerspruch vorzuliegen. Ob Justinians Kommissionsmitglieder, zu denen Theophilus gehörte, die Diskrepanz etwa nicht bemerkt haben, muss offen bleiben. Das Schweigen in I. 4.6.37 sollte man aber auch nicht überbewerten, weil lehrbuchartig nur die Grundzüge dargestellt werden. (78) Insbesondere wird auch in § 38 *i. f.* bei der Klage aus einem Schenkungsversprechen, wo der Eigenbedarf zweifellos abgezogen wird, darüber nichts gesagt. Im speziellen Konfliktfalle zwischen Schuldnerschutz (*favor debitoris*) und Versorgungszweck der Mitgift (*favor dotis*) erscheint ein Überwiegen des letzteren hier jedenfalls als gerechtfertigt (anders oben bei Fn. 56). Auf Kosten ihrer zurückzuerstattenden Mitgift muss die geschiedene Ehefrau nicht etwa ihren Ex-Ehemann alimentieren (auch nicht, wenn er bedürftig sein sollte). Nach der Abschaffung der *retentiones ex dote* durch Justinian muss sie dies noch weniger.

V. Die *regula iuris* aus D. 50.17.173pr.: klassisch oder justinianisch?

1. Einer Beantwortung harrt noch die eingangs gestellte Frage, inwieweit sich die beiden inhaltlich divergierenden Paulus-Fragmente (*libro sexto ad Plautium*) miteinander vereinbaren lassen (oben I 2). Lenel setzte in seiner Palingenesie (Paulus Nr. 1131) zwischen beide Fragmente ein Gleichheitszeichen; einer Stellungnahme über deren mutmaßliche ursprüngliche Reihenfolge enthielt er sich damit. Hypothesen über einen ursprünglichen Anlassfall für die Aussage des *regula*-Fragments lassen sich nicht aufstellen. Im Traktat des 6. Buches *ad Plautium* über Probleme der Mitgift (*De re uxoria*: Lenel) erlaubte sich Paulus offenbar eine Abschweifung, gerichtet auf diverse Anwendungsfälle der beschränkten Verurteilung *in id quod facere potest*. Nach heute herrschender Ansicht geht die Verallgemeinerung zur *regula iuris* auf das Konto von Justi-

(78) Vgl. THIBAUT, *Civilistische Abhandlungen* (1814) 352; wiedergegeben bei WÜNSCH 59.

nians Kompilatoren (oben Fn. 21). Das vorsichtige ‚*puto*‘ im Ursprungstext des Paulus ließen sie nach dieser Ansicht versehentlich stehen (78a).

Einen eigenwilligen Vereinigungsversuch unternahm demgegenüber neuerdings Gildemeister S. 63 ff.: Danach sei der Selbstbehalt *ne egeat* jedes Verklagten schon zu Plautius’ Zeiten allgemein anerkannt gewesen. Plautius kann aber als Zeitgenosse des Pegasus (unter Vespasian) das Pius-Reskript über die Erstreckung der beschränkten Verurteilung zugunsten des Schenkers nach allgemeiner Ansicht noch nicht gekannt haben. (79) Nach der Anerkennung des Schuldenabzugs als einzigartiges Privileg für den Schenker stellte sich für diesen aber die zusätzliche Frage nach dem Abzug des Notbedarfs nach Gildemeister nicht mehr mit der gleichen Schärfe, denn dem Schenker verblieben ja „zumindest vorübergehend“ die seinen übrigen Gläubigern geschuldeten Beträge. (80) Trotzdem bejahte Paulus nach Gildemeister den Selbstbehalt des Schenkers mit dem vorsichtigen *puto*. Das allgemeine Fragment D. 50.17.173 pr. sei demnach dem spezielleren D. 42.1.19.1 palingenetisch voranzustellen. Soweit Gildemeister.

2. Mit einer rein kosmetischen Textzuschreibung (des Fragments D. 50.17.173 pr. bereits an Plautius) ist die vertrackte Problematik jedoch nicht zu bereinigen. Fraglich bleibt vor allem, wie sich ein derartiger Erklärungsversuch inhaltlich mit den Regeln des klassischen

(78a) Das zurückhaltende *puto* ist aber auch deswegen nicht ganz verständlich, weil die Einbehaltung des Notbedarfs durch das von Pomponius D. 42.1.30 wiedergegebene Piusreskript (oben II 1, in Satz 2) bereits bejahend entschieden war.

(79) LEVET 201.

(80) Wörtlich schreibt GILDEMEISTER 64 f.: „Aufgrund des Schuldenabzugs hatte der Schenker somit das kleinste Interesse, war er am wenigsten schutzwürdig [gemeint ist: schutzbedürftig] und bestand somit die geringste Veranlassung, ihm den Notbedarf zu gewähren.“ Der von Gildemeister gemeinte „Schutz“ ist aber kein rechtlicher, sondern nur ein faktischer und somit prekärer, denn er besteht nur solange, bis die anderen Gläubiger ihre Ansprüche geltend machen. MARRONE nannte in seiner freundlichen und ausführlichen Rezension, *Iura* 37 (1986) 137, 142 f. Gildemeisters „caposaldo della dottrina dominante“ ... „una congettura assai suggestiva.“ ... „che ha però il valore soltanto d’una congettura.“ Für sie spreche keine größere Wahrscheinlichkeit als für die *communis opinio*, wonach D. 50.17.173 pr. eine justinianische Verallgemeinerung darstellt. Kritischer die Rezension von LITEWSKI, ZSS. 104 (1987) 789 f. Kritisch gegenüber der im 19. Jh. gegenteiligen herrschenden Meinung (zu der Gildemeister zurückkehrt) schon HEIMBACH, Art. *Beneficium competentiae*, in: *Weiskes Rechtslexikon* I (Leipzig 1844) 877 f.

Rechts verträge. Die seit Hugolinus angeführten Gegenargumente (o. Fn. 19) hat Gildemeister nicht berücksichtigt. Die von ihm selbstbewusst vorgeführte Patentlösung geriet innerhalb seiner (auch an Druckfehlern leider nicht freien) Monographie besonders oberflächlich. Wie im Schrifttum öfters bemerkt wurde, ist außerhalb von Schenkungsversprechen in den übrigen, nicht ganz seltenen Fällen einer Verurteilung in das Bezahlbare von einem Selbstbehalt wegen eigener Bedürftigkeit nirgends die Rede. (81) Aus dem Schweigen der Quellen allein zu schließen, dass es bei sonstigen Verurteilungen eine *deductio ne egeat* nicht gegeben habe, wäre zwar ein schwacher Beweis *e silentio*. Positiv lässt sich umgekehrt Gildemeisters Hypothese jedoch ebenfalls nicht beweisen. Die negative Annahme liegt näher; denn nach der Darstellung bei Paulus und Tryphoninus D. 42.1.19.1 und 42.1.49-50 ist zu vermuten, dass ein Junktim zwischen Schuldenabzug und Selbstbehalt *ne egeat* bestand. (82) Wo also anderweitige Schulden abgezogen werden durften, konnte auch ein gewisser Betrag (*aliquid sufficiens*: D. 42.1.30) zwecks Deckung des Eigenbedarfs abgezogen werden; in anderen Fällen nicht. Oder sollte ein Beklagter (im Sinne von Gildemeisters These) die künftige eigene Unterhaltslast (gewissermaßen als fiktive Schuld sich selbst gegenüber) haben abziehen dürfen, wenn er nicht einmal wirkliche Schulden (*vera debita*: D. 42.1.49 *i. f.*) abziehen durfte?

Ein vergleichender Blick auf die beschränkte Verurteilung bei der Sondergutsklage (*actio de peculio*) liegt an dieser Stelle nahe, zu der zuweilen Parallelen schon von den klassischen Juristen gezogen wurden. (83) Wegen eigener (natürlicher) Ansprüche gegen das *peculium* hatte der Gewalthaber ein Deduktionsprivileg. Die einschränkende Klausel ‚*deducto eo quod domino debetur*‘ gehörte seit Tubero zur stereotyp wiederholten Definition des Sonderguts. (84) Konstruktiv wurde bei diesem Vorabzugsrecht fingiert, der Gewaltha-

(81) WÜNSCH 54 f.

(82) Im Schrifttum hat man diesen Zusammenhang bisher (soweit ersichtlich) offenbar nicht erkannt.

(83) Paulus D. 42.1.19pr.; Tryph. D. 42.3.53; WACKE, *Festschrift Knütel* 1352 ff.

(84) Die Belege sind zahlreich: Tubero-Celsus D. 15.1.5.4; Ulpian D. 14.4.1pr. (vgl. Inst. 4.7.5A); 14.4.1.2; Paulus D. 10.3.8.1; weiter D. 15.1.9.4; 15.1.11.7; 15.1.52pr.; 31.82.2; 33.8.6.5; 33.8.21.

ber habe seinen Anspruch gegen das Sondergut gewissermaßen in einem Prozess gegen sich selbst ausgeklagt (D. 15.1.9.2). Von entsprechenden Andeutungen bei Verurteilungen *in id quod facere potest* findet sich in den Quellen jedoch keine Spur. Sie hätten nahegelegen, falls es eine solche Regelung (Vorabzug wegen eigener Bedürftigkeit) gegeben hätte. Aber so weit reichte die Parallele zwischen Sondergutsklage und beschränkter Verurteilung in das Bezahlbare offenbar nicht. Trotz der begrüßenswert konservativen Grundtendenz in der Quellenbehandlung kann Gildemeisters Deutungsversuch von D. 50.17.173pr. nicht überzeugen. Dass schon Plautius allen vom *beneficium competentiae* begünstigten Schuldnern den Notbedarf belassen habe, ist *per se* unwahrscheinlich. Wie am Beispiel der *actio de dote* gezeigt (oben IV), war noch nach justinianischem Recht ein Abzug des Eigenbedarfs des Beklagten nicht statthaft.

VI. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen

Beim Stichwort ‚Interpolation‘ wird man heute oft instinktiv skeptisch. Manchmal erzeugt das Wort geradezu Unwillen, weil man es zum Überdruß las oder hörte. Nicht selten sind ehemalige Interpolationsbehauptungen leicht zu widerlegen; ihre Befürworter machten sich die Beweisführung zuweilen zu einfach. Bei D. 50.17.173 pr. ist dennoch (wie unsere Untersuchung ergab) eine Interpolationsannahme wahrscheinlicher als die Echtheit. Justinians Kompilatoren verallgemeinerten und erstreckten auf sämtliche Fälle der Verurteilung in das Bezahlbare das Privileg, welches im klassischen Recht nur beim Schenkungsversprechen galt. Außerhalb der (seltenen) Schenkungsversprechen sind die eingebürgerten Ausdrücke ‚*beneficium competentiae*‘ und ‚Einrede des Notbedarfs‘ für das klassische Recht demnach Falschbezeichnungen. Vollstreckungsschutz gehörte – merkwürdigerweise – noch nicht zu den „*valori e principii*“ des klassischen römischen Rechts. (85) Pothiers oben (bei Fn. 18) wie-

(85) Die so titulierte Turiner Giornata di Studi anlässlich des 100. Geburtstags von Silvio Ro-

dergegebene Definition des *facere posse* passt nur für die justinianische, nicht für die klassische Rechtslage. Die Rechtssprache des *ius commune* gab dem Ausdruck ‚*posse*‘ damit eine vom natürlichen Wortsinn abweichende (sich aber schon bei Proculus D. 50.16.125 [oben III 2] anbahnende) „Kunstbedeutung“, indem man in das Leistenkönnen die Begrenzung „ohne Gefährdung der Mittel für den eigenen Unterhalt“ hineininterpretierte. (86)

Im klassischen Recht gewährte man die Verurteilung in das Bezahlbare einem Beklagten nur in einem kleinen Katalog enumerativ aufzählbarer Fälle. Die Vergünstigung wirkte zumeist nur relativ gegenüber bestimmten Klägern; und sie verschonte den Beklagten nur vor der Personalexekution und der Infamie. Vom Aktivvermögen des Beklagten wurden seine Schulden im allgemeinen nicht abgezogen; denn der Vorteil des Eherkommenden sollte dem Kläger nicht genommen werden. Die Verschonung des Beklagten konnte ihm folglich im später von einem anderen Gläubiger angestregten Prozess (falls die Verurteilungsbeschränkung nicht ebenfalls eingriff) wieder verloren gehen. Und das Existenzminimum zur Befriedigung seines Lebensbedarfs war ihm schon bei der ersten Verurteilung nicht garantiert.

Ausgenommen waren wegen der geringeren Schutzwürdigkeit des Versprechensempfängers Ansprüche aus Schenkungsversprechen. Zu begleichen waren sie schon nach klassischem Recht aus dem Nettovermögen; d. h. andere Verbindlichkeiten wurden abgezogen. Abziehen durfte der Beklagte überdies das zu seinem Lebensunterhalt Erforderliche, *ne egeat*. Wie im modernen deutschen Recht gemäß § 519 BGB, ist dies der einzige im klassischen Recht anerkannte Fall einer „Einrede des Notbedarfs“.

Im justinianischen Recht wurde das Verbot des Abzugs ander-

mano: *Valori e principii del diritto romano*, 2007 (Napoli 2009, a cura di TRISCIUOGGIO) enthält einige Ansätze.

(86) WÜNSCH 48 f. Zuweilen fragte man im gemeinen Recht, was denn vom ‚*beneficium*‘ übrig bliebe, wenn einem Vollstreckungsschuldner sämtliche Subsistenzmittel weggepfändet werden konnten. Er konnte sich nur noch als Tagelöhner verdingen und musste von der Hand in den Mund leben. (In den Digesten begegnet das Wort *beneficium* in unserem Zusammenhang zweimal als *beneficium personale*: Ulpian D. 17.2.63; Paulus D. 24.3.13).

weiterer Verbindlichkeiten (gleichbedeutend mit der *melior condicio occupantis*) beibehalten. Als Neuerung erstreckte Justinian jedoch die Belassung des Lebensbedarfs auf alle Fälle der Verurteilung in das Erschwingliche. Garantiert war dem Verurteilten ein unpfändbarer Betrag damit aber nicht; von der Vollstreckungsbeschränkung nicht betroffene Gläubiger konnten ungehindert pfänden. Fälle ohne Abzug des Lebensbedarfs blieben auch nach justinianischer Rechtslage übrig; insbesondere bei der Klage auf Mitgifttrückerstattung (oben IV). Bei der Klage auf Mitgiftbestellung gestattet man dem Versprechenden in großzügiger Weise, ausreichende Mittel für seinen standesgemäßen Unterhalt zurückzubehalten für den Fall, dass er sein Versprechen unter Vorbehalt (*cum potuero* oder *cum commodum erit*) abgegeben hatte (oben III). Ansonsten verurteilte man aber den Versprechenden nach herrschender (obgleich zuweilen als unbillig erkannt) Ansicht unbeschränkt (oben Fn. 34).

Angesichts der unbefriedigenden, reformbedürftigen klassischen Rechtslage war die Verallgemeinerung des Vollstreckungsschutzes durch Justinians Kompilatoren ein sozialpolitisch wichtiger Schritt. Es wäre nicht das erste Mal, dass eine einzige (noch dazu interpolierte) Quelle die spätere Rechtsentwicklung maßgeblich beeinflusste. Weshalb sich Justinian für diese beachtliche Maßnahme allerdings unter dem Namen des Paulus versteckte und sie (unrichtig) als *regulae iuris antiqui* ausgab, während er sich doch sonst gern offen als Wohltäter der Menschheit gerierte, bleibt eine ungelöste Frage. (87)

(87) Dass der Textänderung ein absichtlicher Reformwille zugrunde liegt, wird man bejahen können (letztlich unentschieden WÜNSCH 57 ff.). Ob er auf christlichen Einfluss zurückzuführen ist (dafür BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III [Milano 1954] 236) bleibe dahingestellt. Für die zuweilen geäußerte Vermutung, schon im nachklassischen Vulgarrecht habe die Rechtsüberzeugung sich geändert (WÜNSCH 63 f.), fehlen einschlägige Belege.