
**HISTORIA ET INTERPRETATIO
DIGESTORUM SEU PANDECTARUM**

HISTORIA ET INTERPRETATIO DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

Zborník z 18. konferencie právnych romanistov
Slovenskej republiky a Českej republiky, uskutočnenej
v dňoch 27.–28. mája 2016 na Právnickej fakulte
Trnavskej univerzity v Trnave

Peter Mach, Vojtech Vladár (eds.)



Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Leges

Citačný vzor:

MACH, P./VLADÁR, V. (eds.): *Historia et interpretatio Digestorum seu Pandectarum. Zborník z 18. konferencie právnych romanistov Slovenskej republiky a Českej republiky, uskutočnenej v dňoch 27.–28. mája 2016 na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave.* Praha : Leges, 2016, 312 s.

Recenzenti:

doc. JUDr. Michaela Židlická, Dr.

doc. JUDr. Matúš Nemeč, PhD.

Editori:

Mgr. et Mgr. Peter Mach, PhD.

doc. JUDr. Mgr. Vojtech Vladár, PhD.

KATALOGIZACE V KNIZE – NÁRODNÍ KNIHOVNA ČR

Historia et interpretatio Digestorum seu Pandectarum (2016 : Trnava, Slovensko)

Historia et interpretatio Digestorum seu Pandectarum : zborník z 18. konferencie právnych romanistov Slovenskej republiky a Českej republiky, uskutočnenej v dňoch 27.–28. mája 2016 na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave / Peter Mach, Vojtech Vladár (eds.). – Vydání první. – Praha : Leges, 2016. – 312 stran. – (Teoretik)

Částečně český text

ISBN 978-80-7502-183-0

340.15 * 091.14 * 340.132 * 340.134 * 34(091)

– Digesta

– římské právo

– kodexy

– interpretace práva

– kodifikace práva

– právní dějiny

– sborníky konferencí

34 – Právo [16]

Zborník je výstupom z vedeckého grantu VEGA s názvom „Justiniánske Digesta a ich sprístupňovanie vo vedeckej a odbornej komunite“, registrovaného pod číslom 1/0568/14.

Vydalo Nakladatelství Leges, s. r. o., Lublaňská 4/61, Praha 2,
v roce 2016 jako svou 384. publikaci.

Edice Teoretik

Vydání první

Návrh obálky Michaela Vydrová

Redakce Mgr. Iveta Havlíčková, Mgr. Mária Pavláková

Sazba Gradis

Tisk PBTisk, a. s., Příbram

www.knihyleges.cz

© Mgr. et Mgr. Peter Mach, PhD. a doc. JUDr. Mgr. Vojtech Vladár, PhD., 2016

ISBN 978-80-7502-183-0

AUTORI

Doc. JUDr. Petr Bělovský, Dr.
Univerzita Karlova v Praze

Dr. h. c. mult. prof. JUDr. Peter Blaho, CSc.
Trnavská univerzita v Trnave

doc. PaedDr. JCDr. Róbert Brtko, CSc.
Univerzita Komenského v Bratislave

JUDr. Mgr. Radek Černocho, Ph.D.
Masarykova univerzita v Brne

Doc. JUDr. Miroslav Černý, Ph.D.
Západočeská univerzita v Plzni

JUDr. Veronika Čunderlík Čerbová, PhD.
Univerzita Komenského v Bratislave

Mgr. Petr Dostalík, Ph.D.
Univerzita Palackého v Olomouci

Mgr. Jana Kováčiková, PhD.
Univerzita Komenského v Bratislave

JUDr. Katarína Lenhartová, PhD.
Univerzita Komenského v Bratislave

Mgr. et Mgr. Peter Mach, PhD.
Trnavská univerzita v Trnave

Mgr. Matej Mlkvý, PhD., LL.M.
Univerzita Komenského v Bratislave

Lucie Mrázková
Masarykova univerzita v Brne

Marek Novák
Univerzita Karlova v Prahe

Mgr. Alžbeta Perejdová
Masarykova univerzita v Brne

Mgr. et Mgr. Terezie Pilarová
Univerzita Palackého v Olomouci

JUDr. Pavel Salák, Ph.D.
Masarykova univerzita v Brne

Prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc.
Univerzita Karlova v Prahe

Mgr. Jan Šejdl, Ph.D.
Univerzita Karlova v Prahe

Mgr. Veronika Štětínová
Univerzita Karlova v Prahe

Mgr. Ján Šurkala
Univerzita Komenského v Bratislave

Mgr. Adam Talanda
Univerzita Palackého v Olomouci

doc. JUDr. Mgr. Vojtech Vladár, PhD.
Trnavská univerzita v Trnave

doc. JUDr. Vladimír Vrana, PhD.
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Andreas Wacke, LL.D. h. c.
Universität zu Köln

OBSAH

Peter Mach/Vojtech Vladár	
Predhovor	9
Peter Blaho	
Miesto úvodu	11
Michal Skřejpek	
Jak číst <i>Digesta</i> ? Jako Ecovy romány?	13
Katarína Lenhartová	
Justiniánske <i>Digesta</i> – zostavovateľské práce	19
Matej Mlkvý	
K niektorým otázkam systematiky Digest	25
Petr Bělovský	
Polemika nad justiniánskou kodifikáci: Několik hypotéz o podobě prvních manuskriptů Digest	37
Miroslav Černý	
Počátky školy glosátorů a znovuobjevení Digest	53
Veronika Čunderlík Čerbová	
Bulgarus a jeho spôsob výučby rímskeho práva v 12. storočí v Bologni	65
Terezie Pilarová/Adam Talanda	
Význam rukopisů Digest ve sporu o kontinuitu římského práva	73
Andreas Wacke	
Vom Wert der <i>inscripciones</i> für die Quellen-Interpretation und zur Beweiskraft des palingenetischen Arguments für den Textinhalt	87
Jana Kováčiková	
<i>Digesta</i> a fenomén interpolácií justiniánskych kompilátorov	123
Róbert Brtko	
Vedecká kontroverzia Salvatora Riccobona a Emilia Albertaria o použití interpolačnej metódy pri výklade justiniánskych Digest	135

Jan Šejdl

Služebnosti a jejich vybrané terminologické změny v justiniánských Digestech 143

Marek Novák

Terminologie vydržení v justiniánských Digestech na podkladě interpolací 155

Peter Mach

Et pignus, et hypotheca, et cetera – terminológia justiniánských Digest 167

Ján Šurkala

Funkcia *aequitas naturalis* v kontexte justiniánských Digest 179

Petr Dostálík

Príspevek k justiniánským pramenům bezdůvodného obohacení: *versio in rem* 191

Vojtech Vladár

Právne paralely v kodifikáciách cisára Justiniána I. a pápeža Gregora IX. 207

Alžbeta Perejdová/Pavel Salák jr.

Nárok neopominutelných dědiců ve vojenském testamentu ve světle fragmentů z justiniánské kodifikace 251

Radek Černoch

Perlový náhrdelník princezny Matidiae (D. 35,2,26pr.) 265

Vladimír Vrana

Veci odňaté počas nepokojov (Ulp. D. 47,8,4) – právna exegéza 279

Veronika Štětínová

Poklad a justiniánská kodifikace 287

Lucie Mrázková

Vybrané otázky způsobilosti být svědkem testamentu podle Digest 299

Peter Mach

Register prameňov 305

Andreas Wacke

Vom Wert der *inscriptiones* für die Quellen- -Interpretation und zur Beweiskraft des palingenetischen Arguments für den Textinhalt

Abstrakt: Die Rekonstruktion des ursprünglichen Zusammenhangs der in die Digesten aufgenommenen Fragmente aus klassischen Juristenschriften gelang Otto Lenel in seiner Palingenese vor allem anhand ihrer *inscriptiones*. Ähnlich der systematischen Interpretation von modernen Gesetzesvorschriften kann der palingenetische Zusammenhang für die Sinnermittlung hilfreich sein, vor allem bei den zu den *regulae iuris antiqui* in D. 50,17 zusammengestellten, aus ihrem ursprünglichen Kontext herausgeschnittenen Kurzfragmenten. Angesichts zahlreicher Fehlerquellen ist das palingenetische Argument allerdings nur mit behutsamer Vorsicht zu verwenden. Besondere Vorsicht ist geboten, wenn eine erratische Buchnummer als Indiz für eine Interpolation verwendet wird. Angesichts der den Kompilatoren vorliegenden großen Stoffmenge an klassischen Juristenschriften und des großen Zeitdrucks für ihre Redaktionsarbeit lag die Ausscheidung von Textpartien zu überholten Rechtsinstituten weitaus näher als deren zeitraubende Umarbeitung. Nachgewiesen wurde ein Bedürfnis dafür im Schrifttum bislang nicht. Viele *pignus*-Stellen wurden zu Unrecht der *fiducia* zugewiesen.

Schlüsselwörter: Palingenese – *inscriptiones* – *confronti testuali* – *similitudines* – Interpolationen – Prozessmaximen – Vollstreckungsschutz – tätige Reue – *pignus* interpoliert für *fiducia*? – Eviktions stipulation interpoliert für *actio auctoritatis*?

Abstrakt: Rekonštrukcia pôvodnej kontinuity fragmentov zo spisov klasických rímskych právnikov prevzatých do Digest sa Ottovi Lenelovi v jeho Palingenézii podarila predovšetkým na základe ich *inscriptiones*. Podobne ako pri systematickom výklade moderných zákonných predpisov môže byť palingenetická kontinuita nápomocná pre identifikovanie zmyslu textu, predovšetkým pri krátkych fragmentoch, ktoré boli, súc vytrhnuté zo svojho pôvodného kontextu, zaradené medzi *regulae iuris antiqui* do D. 50,17. S ohľadom na veľké množstvo chybné uvedených prameňov však palingenetický argument možno použiť len opatrne a s rozvahou. Mimoriadna opatrnosť sa vyžaduje, ak sa erratum v čísle knihy má použiť ako indicia pre interpoláciu. Vzhľadom na množstvo materiálu v podobe spisov klasických právnikov, ktoré mali kompilátori k dispozícii, a na veľkú časovú tieseň, ktorej boli pri svojej redakčnej práci vystavení, bolo odstránenie častí textu pojednávajúcich o už prekonaných právnych inštitútoch podstatne efektívnejšie ako ich zdĺhavé prepracovávanie. V literatúre však doposiaľ ne-

bola preukázaná potrebnosť takéhoto postupu. Mnohé fragmenty o pignuse boli neprávom priradené k fidúcií.

Kľúčové slová: Palingenesia – *inscriptiones* – confronti testuali – *similitudines* – interpolácie – procesné maximy – ochrana pri exekúcií – účinná lútosť – *pignus* interpolovaný na *fiduciam*? – evikčná stipulácia interpolovaná na *actio auctoritatis*?

I. Die *inscriptiones*

1. In der *inscriptio* jedes Digestenfragments überliefern uns Justinians Kompilatoren getreulich den Namen des klassischen Juristen und den Titel der von ihm verfassten Schrift, aus der das entnommene Exzerpt stammt. Die althehrwürdigen Rechtsgelehrten und ihre Werke sollten nach der kaiserlichen Direktive nicht in Vergessenheit versinken.¹ Im sogenannten *Index Florentinus* (oder *Index auctorum*) sind die exzerpierten Juristenschriften amtlich verzeichnet.² Die überwiegend zuverlässige Angabe der *inscriptiones* ist ein unschätzbares Geschenk der Kompilatoren an die Nachwelt.³ Nur auf ihrer Basis konnte die rechtshistorische Forschung den imponierenden Versuch wagen, die ursprüngliche Aufeinanderfolge der Materien in den Juristenschriften aufzudecken und im Einzelfall näherungsweise den Zusammenhang zu ermitteln, innerhalb dessen der klassische Jurist ein in Justinians Legalordnung überliefertes (und dort hinein möglicherweise versetztes) Exzerpt verfasste. Nur an-

¹ *Constitutio 'Tanta'* § 10: „So groß aber ist die Verehrung, die wir gegenüber der Vergangenheit empfinden, daß wir keinesfalls zulassen wollen, daß die Namen der Rechtsgelehrten der Vergessenheit anheimfallen. Vielmehr ist ein jeder von ihnen, der Schöpfer eines Rechtssatzes war, in unseren Digesten verzeichnet“. Übersetzung nach BEHREND/S/ KNÜTEL/ KUPISCH/ SEILER [künftig BKKS], *Corpus iuris civilis* II (1995) S. 80. Das einzelne Fragment nennt die Stelle *lex*. Diese Bezeichnung übernahmen die Pandektenlehrbücher des 19. Jh. mit ihrer sogenannten „juristischen“ Zitierweise, z. B. als I. 17,1 D. 21,1. Da die Abkürzung „I.“ (für *lex*) aber leicht mit der arabischen Ziffer 1 zu verwechseln ist, empfiehlt sich diese Zitierweise nicht. – Wegen der gleichen Verwechslungsgefahr sollte man Justinians Institutionen nicht mit I, sondern mit Inst. abkürzen, denn I. wird gemeinhin als eine römische Ziffer 1 verstanden.

² Mit Übersetzung abgedruckt bei BKKS (Fn. 1) II S. 19 ff. Dieser Index ist nicht ganz genau. Er erwähnt 17 Schriften, aus denen keine Exzerpte in die Digesten übernommen wurden, und lässt 26 tatsächlich exzerpierte Schriften unerwähnt; s. FRITZ SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961) 170 ff., 404.

³ Die exzerpierten Juristenschriften im Original nachschlagen zu können, war nicht der Zweck dieser Zitate. Denn deren Benutzung und Anführung vor Gericht hatte Justinian verboten, *Const. Tanta* § 19.

hand der *inscriptiones* vermochte Friedrich Bluhme mit Hilfe der von ihm im Jahre 1818 entdeckten „Massentheorie“ epochale Erkenntnisfortschritte bezüglich der Arbeitsweise von Justinians Gesetzgebungskommission zu erzielen.⁴ Anhand der Aufeinanderfolge der Materien in den systematischen Kommentaren zum Edikt konnte Otto Lenel (nach heute überholten Vorbildern) auch recht zuverlässig dessen verlorenen Wortlaut rekonstruieren.

2. Vereinzelt geben schon die *Fragmenta Vaticana* die Herkunft ihrer Exzerpte durch *inscriptiones* an.⁵ Durchgängig finden sich sorgfältige Inskriptionen in der *Collatio*.⁶ Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass sie außer der Bezeichnung des Buches (*liber*) überdies den Sachtitel angeben (*sub titulo*), unter dem das exzerpierte Fragment vom Juristen behandelt wurde, was in anderen Quellen selten vorkommt (vgl. unten bei Fn. 74). Weniger sorgfältige Herkunftsangaben finden sich in der im Burgunderreich wohl zwischen 520 und 530 entstandenen *Lex Romana Burgundionum*. Sie enthält keine wortgetreuen Exzerpte, sondern nur inhaltliche Berichte über sporadisch ausgewertete Quellen, zuweilen mit einem mehr oder weniger genauen abschließenden Zitat mit der stereotypen Wendung *secundum...*⁷

3. Hätten Justinians Kompilatoren diese Herkunftsangaben (wie Jahrhunderte später die Verfasser der *Basiliken*) fortgelassen, dann wären die einleitend genannten Rekonstruktionsversuche wenn nicht geradezu vereitelt, so doch stark erschwert worden. Schon in seinen *Institutionen* hat uns Justinian Angaben darüber vorenthalten, welche Stücke er aus Gaius oder aus anderen klassischen Quellen entlehnte, beziehungsweise was er aus eigenem Gutdünken hinzuzufügen ließ. Eine *Palingenesie* der *Institutiones* lässt sich deshalb nicht anhand von *inscriptiones*, sondern nur mittels anderer Anhaltspunkte erstellen.⁸

⁴ Vgl. SCHULZ (Fn. 2) 405 f.; WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts* (1953) 582 ff.

⁵ *Fontes iuris Romani antejustiniani* [FIRA] II 464 ff.

⁶ *Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio*, FIRA II 544 ff. – In der zweiten Ausgabe der auf CD-Rom gespeicherten *Bibliotheca Iuris Antiqui* [BIA] sind diese Inskriptionen nicht auffindbar. Statt ihrer steht bei den dort gespeicherten *Collatio*-Stellen merkwürdigerweise stereotyp der Vermerk *scriba*, das heißt wohl „man schreibe“. Hierin ist die BIA ausnahmsweise unvollständig.

⁷ WACKE, *Die Zitierung von Juristenschriften im spätrömischen Burgunderrecht. Allegationen aus Gaius-Institutionen und Paulus-Sentenzen in der Lex Romana Burgundionum*, in: *Scritti in onore di Sandro Corbino* Band 7 (Libellula Edizioni, Tricase bei Lecce, 2016) 436–514.

⁸ Vor allem durch Textvergleich, soweit frühere Quellen erhalten sind (wie glücklicherweise fast vollständig aus Gaius' *institutiones*). Zuweilen berichten Justinians *Institutionen* selber von späteren Neuerungen.

4. Die in Justinians Codex gesammelten Konstitutionen enthalten außer der *inscriptio* mit den Namen des Kaisers und des Adressaten⁹ zusätzlich eine *subscriptio* mit dem datierten Ausfertigungsvermerk.¹⁰ Hinzugefügt ist bisweilen das Datum des Empfangs beim Adressaten. Aus diesen Angaben kann man auf die Schnelligkeit der Beförderung mit der Reichspost schließen.¹¹ Aus identischer Angabe in *inscriptio* und *subscriptio* ergibt sich manchmal, dass die Kompilatoren ein auf dieselbe Anfrage hin ergangenes Reskript auf verschiedene Codex-Titel verteilten. Ein Beispiel bildet:¹²

C. 3,32,6 (Imperator Gordianus Austronio militi)

Si ea pecunia quam deposueras is apud quem collocata fuerat sibi possessiones comparavit ipsique traditae sunt, tibi vel omnes tradi vel quasdam compensationis causa ab invito eo in te conferrari iniuriosum est. (anno 239)

[(Kaiser Gordian an den Soldaten Austronius)

Wenn mit dem von dir hinterlegten Gelde dessen Verwahrer für sich Besitzungen kaufte und sie ihm übergeben wurden, ist es Unrecht, sie alle oder einige davon unter Anrechnung (auf seine Schuld) gegen seinen Willen dir zu übertragen.]

C. 4,34,3 (Imperator Gordianus Austronio militi)

Si depositi experiris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, si quidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit. (anno 239)

[Wenn du mit der Verwahrungsklage vorgehst, wirst du nicht zu Unrecht auch Zinsen begehren, da er dir danken muss, wenn du ihn nicht mit der

⁹ Bei der Textwiedergabe sollte der im Dativ angegebene Name des Adressaten der Übersichtlichkeit halber vom Kaisernamen drucktechnisch (etwa durch Kursive) unterschieden werden.

¹⁰ Zu den Inskriptionen und Adressaten der Kaiserreskripte aus der Severerzeit eingehend JEAN-PIERRE CORIAT, *Le prince législateur (Rom/ Paris 1997)* 371 ff.; rezensiert von FRITZ STURM, SZ 117 (2000) 505 ff.; FRANCESCO ARCARIA, Iura 47 (1996, aber 2001) 237 ff.

¹¹ Reiche Angaben dazu bringt EDOARDO VOLTERRA in seiner staunenswert fleißigen Abhandlung von 1971, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in: *La critica del testo II* (Firenze 1971) 925–951; wieder abgedruckt in: VOLTERRA, *Scritti giuridici VI* (Napoli 1994) 3–279, hier S. 107 ff. (§ 6): “La redazione dell’*inscriptio* e della *subscriptio* nelle costituzioni imperiali e la sua evoluzione, mit Fn. 1 S. 108. – Zu einer von Volterra angeregten Palingenesie vom Codex Justinians siehe PIERANGELO BUONGIORNO in: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano [SCDR]* 28 (2015) 152 f.

¹² Ebenso zusammengehörig sind etwa die Reskripte Gordians in C. 2,52,3 und 3,32,4.

Diebstahlsklage belangst, da wer eine hinterlegte Sache gegen den Willen des Eigentümers zu eigenem Nutzen verwendet, sich auch des Diebstahlsdelikts schuldig macht.]

Der erste Text steht unter dem Codex-Titel *De rei vindicatione*, der zweite wurde in den Titel *Depositum* eingeordnet. Das Begehren des Hinterlegers gegen den ungetreuen Verwahrer auf Herausgabe oder Übereignung des mit dem anvertrauten Gelde erworbenen Grundstücks ist nach dem ersten Text nicht schlüssig, denn hier gibt es keine dingliche Surrogation.¹³ Der zweite Text scheint davon auszugehen, dass die vertragliche *actio depositi*, auf die auch Zinsen geschuldet werden, nicht mit der deliktischen *actio furti* kumuliert werden könne.

5. Im exegetischen Schrifttum ging man neuerdings zuweilen dazu über, die *inscriptio* mit dem Juristennamen und der Buchangabe vor das Digestenzitat vorzuziehen. Diese Zitierweise empfiehlt sich jedoch nicht. An den Anfang gehört immer die wichtigste Angabe; und dies ist nun einmal die Fundstelle im *Corpus iuris civilis*, so wie ein Fragment seit Jahrhunderten üblicherweise zitiert wird. Diese Fundstelle ist unverzichtbar; Juristename und Buchangabe könnten wegbleiben, sie wurden auch in pandektistischen Schriften ohne Schaden vernachlässigt. Hinter die Buchnummer ist jedenfalls ein Punkt zu setzen, denn dies ist eine Ordnungszahl. Unnötig sind die palingenetischen Angaben, wo Quellenstellen (wie in Fußnoten) bloß als Belege angeführt werden.¹⁴ Den Leser sollte man nicht durch überflüssige Hinweise¹⁵ verwirrenderweise überfüttern. Die Anführung von Werktitel und Buchnummer empfiehlt sich nur dort, wo das für die Exegese förderlich ist. Aber der Name des Juristen sollte nie bis zur Unkenntlichkeit durch Abkürzung entstellt werden, wie dies leider im heutigen Schrifttum unhöflicherweise verbreitet ist.

¹³ Wacke, *Bonam sive malam causam habere*: Erfolgsaussichten im römischen Zivilprozess, in: Roman Law as Formative of Modern Legal Systems. Studies in Honour of Wiesław Litewski II (Kraków 2003) 217 ff., 228 mit Fn. 44 (wo weitere Gründe). Der Hinterleger könnte seine Münzen vom Grundstücksverkäufer vindizieren, falls dort noch unterscheidbar vorhanden.

¹⁴ Wie im mehrbändigen Handbuch zum Erbrecht von PASQUALE VOCI, *Diritto ereditario romano* (2. ed. 1963, 1967).

¹⁵ Unnötig ist vor allem die regelmäßige Anführung der einem Fragment in Lenels Palingenese beigelegten Nummer. Sie erbringt keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn. Denn die Palingenese ist Sekundärliteratur, nicht Quelle.

6. Das romanistische Fachschrifttum über die *inscriptiones* ist nicht üppig.¹⁶ Viele Nachschlagewerke lassen den Ratsuchenden unbelehrt.¹⁷ Der Fachterminus ist auch nicht ins Deutsche übersetzbar. Die Übersetzung ‚Inscript‘ wäre irreführend.¹⁸ Zu gebrauchen ist nur das Fremdwort ‚Inskription‘. Die auf CD-Rom gespeicherte Bibliotheca Iuris Antiqui [BIA] ermöglicht es, mittels eines speziellen Suchbefehls die Quellen anhand ihrer *inscriptiones* aufzurufen (eine Ausnahme o. Fn. 6).

II. Palingenesie

1. „Palingenesie“ ist ein in der neueren Zeit gebildetes Kunstwort, zusammengesetzt aus griechisch *palin*, d. h. „wieder, von neuem“ und *genesis* = Geburt. Der Ausdruck begegnet zunächst in Theologie und Philosophie,¹⁹ von dort wurde er in die juristische Quellenkunde entlehnt. Im antiken Vokabular findet sich der Ausdruck offenbar noch nicht; Der Neue Pauly [DNP] und das Lexikon des Mittelalters [LexMA] enthalten kein solches Stichwort. In der Biologie versteht man unter Palingenesie das Erscheinen von Merkmalen stammesgeschichtlicher Vorfahren bei späteren Lebewesen.²⁰ In den romanischen Sprachen ist das Wort *palingenesi* (ital.), *palingénésie* (frz.) anscheinend stärker verbreitet (oder bekannt) als im Deutschen. Eine Palingenesie durchlebte der (ursprünglich ägyptische) Wundervogel Phoenix; er verbrannte von Zeit zu Zeit sein Nest; aus der Asche stieg seine Seele auf gen Himmel. Nach

¹⁶ Förderliche Hinweise immerhin bei PAUL KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts* (2. Aufl. München/ Leipzig 1912) § 43. Ferner HUGO KRÜGER, *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Exzerption* (Münster 1922) 187 f.

¹⁷ Pauly-Wissowas Realenzyklopädie Band 9, 1561 erläutert das Stichwort *inscriptio* nur als strafrechtlichen Vorwurf der Anklage. Ein Beispiel sind die vier Buchstaben INRI über dem gekreuzigten Jesus Christus. Eine kurze zutreffende Kennzeichnung gibt GOTTFRIED SCHIEMANN in: *Der Neue Pauly [DNP]* 5 (2003) 1810 f.

¹⁸ Die im *Opus Magnum* des *Corpus Inscriptionum Latinarum* [CIL] gesammelten Inskriptionen sind überwiegend in Stein gemeißelt oder auf Ton- bzw. Bronzetafeln graviert oder geritzt, auch auf Münzen geprägt, nicht geschrieben. Lateinisch *scribere* bedeutet auch ursprünglich ritzen, wie englisch *write*.

¹⁹ Grande Dizionario enciclopedico VIII (Torino 1937) 394; Nouveau Larousse illustré VI (Paris, ohne Jahr) 628: synonym mit Regeneration, Renaissance. Siehe auch die theologischen Lexika.

²⁰ Brockhaus Enzyklopädie (2006) Bd. 20 S. 733; ausführlicher der Art. „Biogenetisches Grundgesetz“ Bd. 4 S. 124 f. (u. a. von Ernst Haeckel entwickelt).

katholischem Glauben ist die Taufe eine wahrhaftige Wiedergeburt (wörtlich eine Renaissance).

Der italienische Dichterjurist Vincenzo Monti (1754–1828) verfasste 1809 einen Hymnus zu Ehren von Joseph Bonaparte (1768–1844, dem ältesten Bruder Napoléons, König von Neapel 1806–1808, später einige Jahre von Spanien) unter dem gräzisierungstendenzen Titel *Palingenesi politica*.²¹ Vincenzo Monti war ein Gegner der französischen Revolution und glühender Anhänger der Restauration.

2. Die palingenetische Quellenerforschung fand nach etlichen bescheidenen Vorläufern²² in Otto Lenels epochalen Gesamtwerken ihren bis heute unübertroffenen Abschluss.²³ Neuere Einzeluntersuchungen nahmen sich die Palingenesie einzelner Juristenschriften vor (hier wären insbesondere zahlreiche Monographien aus der von Josef Georg Wolf und Detlef Liebs angeführten Freiburger Schule zu nennen); oder sie bemühten sich (wie Rafael Domingo in mehreren zusammenhängenden Studien) um Erkenntnisfortschritte bezüglich des prätorischen Edikts.²⁴ „Palingenesie“ lautete das Generalthema der 47. Session der Société Internationale pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité [SIHDA] im September 1993 in Oxford. Aus den dort gehaltenen Referaten gingen etliche verstreute Abhandlungen hervor. Den Eröffnungsvortrag hielt Hans Anjum.²⁵

²¹ MANLIO CORTELAZZO/ PAOLO ZOLLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana* IV (1985), s. v. Palingenesi.

²² Siehe die Angaben bei SCHULZ (Fn. 2) 166 f. Fn. 2. Den Titel *Palingenesia* übernahm Lenel von G. F. HOMMEL, *Palingenesia librorum iuris veterum* (Lipsiae 1786); siehe die Würdigung von OKKO BEHRENDTS, im Vorwort zu Lenels *Gesammelten Schriften* I S. xlx mit Fn. 26.

²³ Im von Michael Stolleis herausgegebenen *Lexikon der Juristen* (München 1995/ 2001) fehlt Otto Lenel (1849–1935) zu Unrecht. Im von Rafael Domingo herausgegebenen vierbändigen Werk „*Juristas universales*“ (Madrid/ Barcelona 2004) würdigte Okko Behrends Lenel in Band III S. 574 ff. Auch Wikipedia bringt einen dreiseitigen Artikel über Lenel (aufgerufen am 11.05.2016).

²⁴ DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio I–III* (Santiago de Compostela 1992–95). Rezension der Hefte I und II von CHURRUCA, SZ 113 (1996) 572 ff. Über die Ediktsrubriken auch DOMINGO, SZ 108 (1991) 290 ff.; DERS., Ein Jahrhundert später: Bemerkungen über das *Edictum Perpetuum* von Otto Lenel, in: *Ars boni et aequi*, Festschrift für Wolfgang Waldstein (Stuttgart 1993) 93 ff.

²⁵ Mit dem Titel „Towards Additions to Lenel’s *Palingenesia Iuris Civilis*“ abgedruckt in: RIDA 41 (1994) 125–138. Anjum unterstreicht mit vollem Recht die wichtige Bedeutung eines Blicks in Lenels *Palingenesie* für jede *Digestenexegese*. Ebenso richtig ist aber auch seine Warnung vor der Gefahr ihrer Überschätzung. Denn nicht jede Annahme

Lenel nannte sein imponierendes Werk von 1889 latinisiert *Palingenesia iuris civilis*.²⁶ Bibliographisch ist dieser Titel von ähnlichen nicht latinisierten leichter zu unterscheiden. Aufschlussreich für sein Vorgehen sind Lenels Selbstbiographie,²⁷ außerdem ein Fortsetzungsaufsatz von ihm aus der Entstehungszeit.²⁸ Das Werk gehört zu den unvergänglichen Kostbarkeiten unserer Wissenschaft. Anastatisch nachgedruckt wurden die beiden Bände 1960 in Graz mit einem Nachtrag von Lorenz Sierl; dann nochmals 2000 in Rom mit einem Vorwort von Mario Talamanca. Heute kann man die *Palingenesia* digitalisiert aus dem Internet herunterladen.²⁹

3. Während Lenels Rekonstruktion des prätorischen Edikts drei Auflagen (mit der selbständigen französischen sogar vier) erlebte, konnte er sich zur Neubearbeitung seiner *Palingenesia* trotz mehrfach an ihn herangetragenem Wunsch nicht durchringen. Einen kleinen Eindruck, wie sie vermutlich ausgefallen wäre, gewinnt man durch seine Neufassung von Afrikans Quästionen.³⁰ Darin nahm Lenel allzuvielen Interpolationen an, so dass man froh sein darf, dass es zu einer kompletten Neuauflage seiner *Palingenesia* nicht gekommen ist.³¹ Dass das Pendel der Interpolationenforschung künftig einmal zurückschwingen könnte, lag damals noch außerhalb des Gesichtsfeldes. Die Prüfung eines Textes auf seine Unverfälschtheit gehörte demnach für Lenel noch zur *Palingenesia*. Angaben über die Echtheit sind jedoch davon besser zu trennen, nicht anders als bei einer Textausgabe. Weshalb sich Lenel gerade Afrikans Quästionen zur Neubearbeitung vornahm, bleibt auch unerfindlich.

Lenels von 1889 ist gesichert. Weiterführend DAVID JOHNSTON, *Lenel's Palingenesia Iuris Civilis: Four Questions and an Answer*, TRG 65 (1997) 57–70.

²⁶ Lenels *Edictum Perpetuum* war 6 Jahre zuvor in erster Auflage 1883 erschienen.

²⁷ Von 1922, jetzt in Lenels *Gesammelten Schriften V* (1994) S. 315–332.

²⁸ LENEL, *Quellenforschung in den Edictkommentaren*, aus SZ 3 und 4 (1882), Neudruck in LENEL, *Gesammelte Schriften I* (Napoli 1990) 456 ff. Vgl. auch sein von FRITZ PRINGSHELM redigiertes *Schriftenverzeichnis*, ebenda S. xlix ff.

²⁹ Herunterzuladen ist auch die einhundert Druckseiten umfassende ausführliche Rezension von THEODOR KIPP, *Quellenkunde*, in der *Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* n. F. 14 (1891) 481–589: <http://dlib-zs.mpiier.mpg.de/pdf/2085047/33/1891/20850473318910493.pdf>.

³⁰ LENEL, *Afrikans Quästionen*. Versuch einer kritischen *Palingenesia*, SZ 51 (1931) 1–53; Neudruck in LENEL, *Gesammelte Schriften IV* 655–707. Der Einklammerung vermeintlich verdächtiger lateinischer Wörter bediente sich Lenel zwar nur zurückhaltend. Reich textkritische Anmerkungen schrieb er diesbezüglich jedoch in vielen Fußnoten.

³¹ Als Gewährleute führte Lenel Eisele und Beseler an. Eisele ist heute vergessen. Und Beseler war einst der meistzitierte Romanist wegen seiner berühmten Wortmonographien, oft haltlosen Verdächtigungen, die unsere Wissenschaft in Misskredit brachten, heute aber im allgemeinen kaum noch zitierwürdig sind.

In der kasuistischen Literatur der Quästionen und Responsen ist nämlich eine systematische Ordnung weniger zu erwarten als in dogmatischen Kommentaren. Tatsächlich lassen die neun *libri* von Afrikans Quästionen keine systematische Ordnung erkennen.³²

4. David Daube verdanken wir eine längere Untersuchung über die „Palinogenese einiger Klassikerfragmente“.³³ Der Titel greift etwas zu weit, denn Daube ging es (etwas zusammenhanglos) nur um die palingenetische Einordnung einzelner Kurzfragmente, vor allem aus D. 50,16–17. Eine Palingenesie im eigentlichen Sinne (einer Juristenschrift oder eines Rechtsgebiets) sollte jedoch auf einem Gesamtplan beruhen, Vollständigkeit anstreben und im Idealfalle (wie ein Puzzle) ohne Rest aufgehen.³⁴ In Ergebnissen und Methode fußt Daube (etwas vorbehaltlos) auf denen von Lenel.³⁵ Im Folgenden will ich ausschnittsweise auf Daubes Spuren fortfahren und dabei manche seiner und Lenels Annahmen kritisch überdenken. Für diese Darstellung darf ich auf Beispiele aus früheren eigenen Arbeiten zurückgreifen.

III. Die palingenetische Herkunft als Interpretationshilfe

1. Die Relativierung einer inhaltlich weit gefassten Aussage ergibt sich zuweilen schon aus der *inscriptio*. Beispielsweise stammt der berühmte Satz *Princeps legibus solutus est* der Inskription in D. 1,3,31 zufolge aus Ulpians Monographie

³² ALVARO D'ORS, *Las Quaestiones de Africano* (Pontificia Università Lateranense, 1997) 16 f.: „En mi opinión, no puede identificarse ningún tipo de orden sistemático en las *Quaestiones*“. Lenels Nummerierung der Fragmente folgt d'Ors in seinem ausführlichen Kommentar nur aus Gründen der Konvention. Bezüglich ihrer Echtheit äußert sich freilich auch d'Ors zuweilen noch allzu kritisch.

³³ In SZ 76 (1959) 149–264; hervorgegangen aus einem Vortrag auf dem Deutschen Rechtshistorikertag in München 1958. Hier zitiert nach dem Neudruck in DAUBE, *Collected Studies in Roman Law II* (Frankfurt/M. 1991) 789–897. Trotz seiner einleitenden Inhaltsübersicht ging Daube darin etwas planlos vor. Von einem Thema unvermittelt zum nächsten springend und viel an Vorverständnis voraussetzend, wird dem Leser zuweilen nicht klar, was er beweisen will. Die Quellen übersetzte Daube nicht, und die wichtige *inscriptio* gab er nicht bei der Wiedergabe der Quelle an, sondern erst in seinen Erläuterungen.

³⁴ Ausnahmsweise gibt es aber auch bei Lenel Fragmente *incerti loco*.

³⁵ Ungeprüft übernahm DAUBE einleitend S. 790 die von Lenel behauptete Umsetzung angeblicher *fiducia*-Texte ins *pignus*. Dagegen unten Fn. 86. – Über die Beziehungen von Daube zu Lenel siehe STEFAN VOGENAUER: Lenel and Daube: A Cross-Channel Friendship, in: *Judge and Jurist. Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry* (Oxford 2013) 277 ff.

über die augusteischen Ehegesetze (*libro XIII ad legem Iuliam et Papiam*).³⁶ Ulpian bei dieser Gelegenheit gefallene Bemerkung schließt gewiss nicht aus, dass die fehlende Gesetzesbindung des *princeps* allgemeiner Überzeugung entsprach.

2. Etwas schwieriger gestaltet sich die Suche nach dem palingenetischen Zusammenhang bezüglich der ähnlich markanten aber weniger bekannten Sentenz *Maior dignitas est in sexu virili*.³⁷ Sie findet sich in dem selten erläuterten Ulpianfragment D. 1,9,1pr. Satz 2, unter der Digestenrubrik *De senatoribus*. Es lautet: „Ein Mann konsularischen Ranges geht jedenfalls einer Frau konsularischen Ranges vor. Ob aber auch ein ehemaliger Präfekt einer Frau konsularischen Ranges vorgeht, ist zu prüfen. Ich meine, dass er ihr vorgeht, weil dem männlichen Geschlecht die höhere Würde zukommt“. Von den Kompilatoren aus dem Zusammenhang gerissen und an den Anfang des Digestentitels 1,9 gestellt, erweckt der letzte Satz den Anschein einer generellen Aussage. Die Suche nach dem ursprünglichen Zusammenhang ist etwas schwieriger, weil die Inskription *Ulpianus libro sexagesimo secundo ad edictum* (anders als der monographische Titel im vorerwähnten Fragment D. 1,3,31) keinen Sachtitel angibt. Hier sind Lenels palingenetische Angaben hilfreich: Es geht um die Festlegung der Reihenfolge bestimmter privilegierter Bieter bei der *venditio bonorum*, also um einen ganz speziellen Sachverhalt aus dem Vollstreckungsrecht.³⁸

3. Zuweilen verweist die *inscriptio* auf den Anwendungsbereich einer Quelle, im folgenden Falle auf den Kognitionsprozess:

D. 5,1,73pr. (ULPIANUS libro quarto **de omnibus tribunalibus**)

Et post edictum preemtorium impetratum, cum dies eius supervenerit, tunc absens citari debet: et sive responderit sive non responderit, agetur causa et

³⁶ Reiche Angaben dazu bei LIEBS, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter Nr. P 94. Richtigerweise müsste der *princeps* mit gutem Beispiel vorangehen und selber zu allererst die Gesetze einhalten. Sein schlechtes Beispiel würde Schule machen. Quellen des Dominats sprechen von freiwilliger Selbstunterwerfung des Kaisers, s. FRANZ WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte II (2006) 201.

³⁷ Zum Buchtitel ohne Quellenangabe erkoren von ELISABETH KOCH, *Maior dignitas est in sexu virili*. Das weibliche Geschlecht im Normensystem des 16. Jh. (Frankfurt/M. 1991).

³⁸ LENEL, Palingenesia II Ulpian Nr. 1425 unter der Rubrik *De magistratis faciendis etc.*, vgl. EP³ 426 f. Weitere Angaben bei WACKE, Scaevola gegen erbrechtliche Ungleichbehandlung von Frauen, Studi in onore die Remo Martini III (Milano 2009) 937, 949 Fn. 30. Auf die Übernahme öffentlicher Ämter kann sich Ulpian beiläufige Bemerkung nicht beziehen, da Frauen dafür in Rom nicht in Betracht kamen.

pronuntiabitur, non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet.

[Ulpian im vierten Buch **über alle Gerichtshöfe**

Nach der Erwirkung des abschließenden Ladungsedikts und dem Ablauf des festgesetzten Termins ist die abwesende Partei vorzuladen. Ob sie nun auftritt oder nicht: der Rechtsstreit wird verhandelt und entschieden, und zwar nicht schlechterdings zugunsten des Anwesenden, vielmehr obsiegt bisweilen der Abwesende, wenn die Sache für ihn günstig steht.]

Bonam causam hat ein Verklagter insbesondere bei einer unzulässigen oder einer unschlüssigen Klage. Unschlüssig ist etwa die Klage gegen den Geldverwahrer auf Herausgabe des von ihm durch Rechtsgeschäft erlangten Surrogats im Falle Gordians C. 3,32,6 (oben I 4). Auf eine solche Klage braucht ein Verklagter sich nicht einzulassen und im Termin nicht zu erscheinen. Im Falle seines Ausbleibens ergeht das Urteil nicht gegen ihn, sondern ausnahmsweise gegen den anwesenden Kläger.³⁹ Diese Verfahrensweise mutet modern an. Sie gehört auch erst dem Kognitionsprozess an, wie sich aus dem in der *inscriptio* angegebenen Werk Ulpians ergibt, einer vorwiegend dem außerordentlichen Verfahrensrecht gewidmeten Schrift.⁴⁰ Im zweigeteilten klassischen Formularprozess musste der Prätor einen unzulässigen oder unschlüssigen Klageantrag denegieren. Das unechte Versäumnisurteil im Kognitionsprozess ersetzte die im Formularprozess vom Prätor zu treffende *denegatio actionis*, und im Unterschied zu ihr erwuchs das Urteil in Rechtskraft.

4. Besonders überzeugend fällt die inhaltliche Präzisierung von regelhaften Kurzfragmenten in glücklichen Fällen aus, wo wir eine ausführlichere Doppelüberlieferung haben. Ein einfaches Beispiel bildet die Abgrenzung zwischen echter Ehescheidung und bloß vorübergehendem ehelichen Zerwürfnis:⁴¹

D. 24,2,3 (PAULUS libro trigesimo quinto ad edictum)

Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. itaque quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse: ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.

³⁹ *Absens, si bonam causam habuit, vincet.* Heute nennen wir dies ein unechtes (uneigentliches) Versäumnisurteil, weil es nicht auf der Säumnis der Verklagten beruht. Es ist ein („quasi-kontradiktorisches“) Endurteil, und ist mit den für streitige Urteile vorgesehenen gewöhnlichen Rechtsmitteln anzufechten. WACKE, *Studies Litewski* (Fn. 13) 228 f.

⁴⁰ Obwohl darin auch der Prätor als Gerichtsmagistrat erwähnt wird: LIEBS, *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV* (1997) 183 f.

⁴¹ Nach LENEL, *Palingenesia I* Sp. 1047, Paulus Nr. 533 zum Ediktstitel *De re uxoria*.

Die Kompilatoren vereinfachten die Aussage und verallgemeinerten sie zur *regula iuris* in:

D. 50,17,48 (PAULUS libro trigensimo quinto ad edictum)

Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse. ideoque brevi reversa uxor nec divortisse videtur.

5. Für etwas schwierigere, interpretationsbedürftige *similitudines* mit identischer *inscriptio* bringe ich drei weitere Beispiele, zwei aus dem Verfahrensrecht und eines zur kaufrechtlichen Sachmängelhaftung. Zunächst:

D. 50,17,207 (ULPIANUS libro primo ad legem Iuliam et Papiam)

Res iudicata pro veritate accipitur.

[Die entschiedene Sache wird für die Wahrheit genommen.]

Wie kann ein Urteilsinhalt als unumstößliche Wahrheit gelten, wo sich doch die Rechtskraft im Zivilprozess generell auf die Parteien und deren Rechtsnachfolger beschränkt? Auf diesen offensichtlichen Widerspruch lautet die Antwort: Ulpian's Aussage bezieht sich auf den Ingenuitätsprozess um den Personenstand. Dies ergibt sich aus der Sachverhaltsangabe mit der Begründung in dem ausführlicheren Paralleltext mit identischer *inscriptio* in:

D. 1,5,25 (ULPIANUS libro primo ad legem Iuliam et Papiam)

Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur.

[Als Freigeborenen müssen wir auch denjenigen ansehen, der zu einem solchen durch Urteil anerkannt wurde, obwohl er ein Freigelassener war. Denn der Urteilspruch wird für die Wahrheit genommen.]

Die Beschränkung der Rechtskraft von Zivilurteilen in vermögensrechtlichen Streitigkeiten auf die Parteien und ihre Rechtsnachfolger folgt aus dem Grundrecht auf richterliches Gehör. In privatrechtlichen Verfahren können die Parteien über den Streitgegenstand disponieren. Dritte, die darin keine Möglichkeit zur Stellungnahme hatten, dürfen in ihren Rechten aber nicht präjudiziert werden. Darum kann nicht jedes Zivilurteil absoluten Wahrheitsgehalt beanspruchen. Nur wo die materielle Wahrheit vom Richter von Amts wegen erforscht ist, wie hier im Ingenuitätsprozess oder allgemeiner in Verfahren über den Personenstand, hat ein so weitreichender Satz *Res iudicata pro veritate accipitur* seine Berechtigung. Ein solches Urteil gilt solange als allgemein verbindlich, bis es infolge einer gegebenenfalls statthaften Anfechtungsklage

aufgehoben wird.⁴² Dieser fundamentale Unterschied scheint den Kompilatoren nicht bewusst gewesen zu sein, als sie Ulpians Begründung im zweiten Text aus ihrem Zusammenhang rissen und damit auf grob missverständliche Weise zu einer *regula iuris antiqui* verallgemeinerten. Am Grundsatz der Beschränkung der Rechtskraft auf die Parteien und deren Nachfolger wird damit nicht gerüttelt.⁴³ Die Textdivergenz regt aber zur Reflexion an über den kategorialen Unterschied in den Prozessmaximen.

6. Schwerwiegender in der praktischen Rechtsfolge ist die justinianische Verallgemeinerung bezüglich des *beneficium competentiae* im Vollstreckungsrecht:

[a] 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 entwinden, sondern auch auf ihn selbst ist Rücksicht zu nehmen, auf dass er keine Not leide.]

[b] D. 50,17,173pr. (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.

[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.]

⁴² WACKE, *Res iudicata pro veritate accipitur?* Die Ziele des römischen Zivilprozesses zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsgrundsatz, in: Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly (Wien/New York 2011) 489–524. Auch in: <http://kups.ub.uni-koeln.de/6710/> Wegen der dem Lateinischen fehlenden Artikel divergieren die Übersetzungen, ob man den bestimmten Artikel („das Urteil“) oder den unbestimmten („ein Urteil“) einsetzen soll. Gemeint ist nicht jedes Urteil, sondern nur eine bestimmte Art von Urteilen; richtig heißen muss es also „dieses Urteil“ (im Statusprozess). Siehe WACKE S. 512.

⁴³ WACKE, *Drittwirkung und Rechtskraftgrenzen richterlicher Gemeinschaftsteilung: Res inter alios iudicata aliis non praepjudicat.* Festschrift für Gottfried Baumgärtel (1990) 603–627.

Bei der Verurteilung in das Erschwingliche (oder vom Schuldner Bezahlbare: *in id quod facere potest*) unterschied das klassische Recht in zweifacher Hinsicht zwischen Klagen aus Schenkungsversprechen und Klagen aus anderen derselben Haftungsbeschränkung unterliegenden Forderungen.⁴⁴ Bei der Berechnung dessen, was ein Verklagter leisten kann, wurden (nicht ausgeklagte) Ansprüche anderer Gläubiger nicht abgezogen; denn der Vorteil des Eherkommenden durfte dem Kläger nicht genommen werden. Zugrunde gelegt wurde das Bruttovermögen. Ausnahmsweise abgezogen wurden andere Schulden bei einer Klage aus einem Schenkungsversprechen (das folgt aus dem ersten Satz der Quelle sub a); eine Schenkung verspricht man nämlich mutmaßlich nur aus seinem Nettovermögen. Als weitere Vergünstigung kommt für den Schenker hinzu, dass ihm überdies die Mittel für den eigenen Unterhalt nicht genommen werden dürfen (*ne egeat*); so die vorsichtig geäußerte Meinung (*puto*) des Paulus sub a in Satz 2.

Im zweiten Text ist die im ersten vorausgesetzte Klage aus einem Schenkungsversprechen getilgt und überdies die Aussage vom Singular in den Plural gewendet. Versehentlich kann dies nicht passiert sein. Mit der Verallgemeinerung bezweckten die Kompilatoren vielmehr eine generelle Milderung der Zwangsvollstreckung. Die Streichung der einschränkenden Tatbestandsvoraussetzung *ex causa donationis* ist eine sogenannte „privative“ Interpolation, bei der nicht etwas in den klassischen Text „eingeschoben“ (hinzugefügt), sondern sein Aussagegehalt und damit sein Anwendungsbereich erweitert wird. Justinians Kompilatoren erstreckten damit auf sämtliche Fälle der Verurteilung in das Bezahlbare das Privileg, welches im klassischen Recht einzig dem Schenker zuteil wurde. Die Bezeichnungen *beneficium competentiae* oder „Einrede des Notbedarfs“ sind erst für das justinianische Recht zutreffend. Dem Begriff *iudicatum facere posse* wurde damit im Gemeinen Recht eine „Kunstbedeutung“ beigelegt und die Prüfung des erforderlichen Selbstbetrags der Berechnung vorgeschaltet. Pfändbar war stets nur, was darüber hinausgeht.

Die Divergenzen zwischen den sub 3 und 4 einander paarweise gegenübergestellten Fragmenten ist auffallend. Unter den für die einzelnen Pandekten-titel zuständigen Redaktionskommissionen mangelte es offenbar an der erforderlichen inhaltlichen Abstimmung. Die versehentlichen Nichtabgleichungen erlauben uns aber wertvolle Einblicke in die Unterschiede, sowohl bei den

⁴⁴ Zum Folgenden eingehend WACKE, Zur Einrede des Notbedarfs (*ne egeat*) bei Schenkungsversprechen und im Dotalrecht, in: Studi in onore di Antonino Metro Bd. 6 (Milano 2010) 447–479.

Prozessmaximen (oben 3) als auch zwischen klassischem und justinianischem Vollstreckungsrecht (oben 4).

7. Auf denselben Ursprung der zuletzt behandelten Quellenpaare würde man durch die *similitudo* der Ausdrucksweise⁴⁵ auch aufmerksam, wenn man nicht zusätzlich durch ihre identische *inscriptio* darauf hingewiesen würde. Ebenso ist es bei unserem letzten Beispiel; ähnlich wie bei manchen Kaiserreskripten (oben I 4 mit Fn. 12) verteilen die Kompilatoren hier einen Ulpianentext auf zwei verschiedene Digestentitel:

D. 21,1,17,1 (ULPIANUS libro primo ad edictum aedilium curulium)
Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur: nemo enim tali peccato, inquit, paenitentia sua nocens esse desinit.

[Caelius (Sabinus) hingegen⁴⁶ sagt, derjenige sei ein zur Flucht neigender Sklave, der in der Absicht fortliefe, nicht zum Herrn zurückzugehen, selbst wenn er seinen Entschluss aufgibt und zu ihm zurückkehrt. Trotz seiner Reue hört nämlich niemand, wie er sagt, bei einer solchen Verfehlung auf, ein Schädling zu sein.]

D. 47,2,66 (ULPIANUS libro primo ad edictum aedilium curulium)
Qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucrifaceret, tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est: nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit.

[Wer in der Absicht eine fremde Sache entwendet, um sich zu bereichern, ist ein Dieb, auch wenn er seinen Entschluss aufgibt und sie dem Eigentümer später zurückgibt. Trotz seiner Reue hört nämlich bei einer solchen Verfehlung niemand auf, ein Schädling zu sein.]

Wie aus den hier besonders wichtigen Inskriptionen hervorgeht,⁴⁷ handeln beide Fragmente nicht von den Rechtsfolgen eines *furtum* (Buße oder Ersatzpflicht); vielmehr geht es um den Umfang der Deklarationspflichten eines Sklavenverkäufers nach dem kurulischen Edikt:⁴⁸ Muss er dem Käufer die

⁴⁵ Zusammengestellt wurden die *similitudines Digestorum* durch MANUEL GARCÍA GARRIDO und FERNANDO REINOSO BARBERO in 11 Bänden (Madrid 1994).

⁴⁶ *autem*: abweichend von der im pr. zitierten Definition des Ofilius.

⁴⁷ Nach LENEL, Palingenesia II Sp. 888 (Ulpianus Nr. 1761) = *liber 82 ad edictum*.

⁴⁸ Die Charaktermängel *fugitivus* und *erro* wurden vermutlich erst zu einem späteren Zeitpunkt den körperlichen Mängeln eines Sklaven gleichgestellt und in das Ädilenedikt eingefügt: HEINZ BELLEN, Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich (Wiesbaden 1971) 33 f.

Flucht eines Sklaven oder einen von ihm begangenen Diebstahl auch dann anzeigen, wenn der Sklave freiwillig zurückkehrte oder die gestohlene bzw. unterschlagene Sache reumütig zurückkaufte? Oder ist der Mangel mit der Wiedergutmachung gewissermaßen geheilt?⁴⁹ Caelius Sabinus⁵⁰ betrachtete mit seiner moralisierenden Begründung die Verfehlung offenbar als schwerwiegend und den Makel keineswegs als geheilt.⁵¹ Vorausgesetzt, der Sklave hatte den Entschluss gefasst, auf die Dauer fortzubleiben und nie wieder zurückzukehren. Dadurch unterscheidet sich ein *fugitivus* vom bloßen Ausreißer oder Herumtreiber (*erro*). Die Rückkehr bietet auch noch keine Gewähr dafür, dass der Sklave von jeglicher Neigung zu fliehen kuriert wäre. Vielleicht will einen weiteren Fluchtplan besser vorbereiten, angenehmere Wetterbedingungen abwarten, günstigere Verstecke erkunden. Seine Reue wäre alsdann nicht echt.

Was für den Flüchtling gilt, gilt nach dem zweiten Text auch für einen vom Verkäufer ebenfalls zu deklarierenden Dieb. Das ist konsequent, denn für den flüchtigen Sklaven nimmt man an, er habe sich selbst gestohlen (*Servus fugitivus furtum suum facit*).⁵² Diebstahl und Unterschlagung einer fremden Sache werden also der Flucht des Sklaven gleichgestellt.

Ob aber die Diebstahlsbuße entfällt, wenn irgendein Dieb die gestohlene Sache reumütig zurückbringt, steht hier nicht zur Debatte und ist wegen fehlender Quellen schwer zu beurteilen. Da die Diebstahlsbuße mit dem Ersatzanspruch kumuliert wird, entfällt mit der Wiedergutmachung nicht der Anspruch auf die Buße.⁵³ Damit entfele für den Dieb aber zugleich jeglicher Anreiz zur Wiedergutmachung. Nach der zu beherzigenden Devise Ulpians

⁴⁹ Geheilt wird der Mangel der Furtivität nach Proculus/ Paulus D. 41,3,4,10, wenn ein Verwahrer die durch Verkauf unterschlagene Sache reumütig zurückkauft und deren Besitz wieder dem Hinterleger vermittelt (*in eodem statu habet*). Die dadurch *in potestatem domini* zurückgekehrte Sache wird wieder ersitzbar. AXEL RIECHELMANN, Paenitentia: Reue und Bindung nach römischen Rechtsquellen (Frankfurt/M. 2004) 139 ff.

⁵⁰ Suffektkonsul 69 n. Chr., Nachfolger des Cassius als Vorsteher der Sabinianer, s. WOLFGANG KUNKEL, Die römischen Juristen (2001) 131 f.

⁵¹ Entsprechend den sprichwörtlichen Devisen „Wer einmal lügt dem glaubt man nicht“ bzw. „Wer einmal stiehlt ist allemal ein Dieb“. – Nach christlicher Glaubenslehre sind dem reuigen Menschen hingegen seine Sünden vergeben und gilt er als neugeboren.

⁵² GEORG KLINGENBERG, Servus fugitivus. Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei X 6 (Stuttgart 2005) 12 f., 83.

⁵³ Für einen Interessewegfall beim Bestohlenem allerdings RIECHELMANN (Fn. 49) 142. Die Diebstahlsbuße beläuft sich jedoch auf den doppelten Sachwert zur Zeit der Entwendung (*quanti ea res fuit, cum furtum factum est*); LENEL, EP³ 328. Spätere Schadensminderung wird nicht berücksichtigt.

D. 1,1,1,1 sollen die Menschen jedoch nicht nur mit Strafen, sondern auch durch Belohnungen zu rechtsgetreuem Verhalten motiviert werden.⁵⁴

8. Solch glückliche Koinzidenzen wie vorstehend behandelt sind wohl nicht übermäßig häufig. Zuweilen bleibt die Zuweisung trotz wohlwollender Bemühungen hypothetisch.⁵⁵

IV. Die Zuverlässigkeit der *inscriptio* und mögliche Fehlerquellen

Wie sich aus den übereinstimmenden Doppelüberlieferungen ergibt, sind die Herkunftsangaben in den Inskriptionen im allgemeinen zuverlässig. Bei den mittelalterlichen Vervielfältigungen korrigierte man darin auch etwaige Versehen mit gleicher Sorgfalt wie den Sachtext,⁵⁶ obgleich diese Angaben für die praktische Rechtsanwendung in den Jahrhunderten nach Inkraftsetzung der Digesten bedeutungslos geworden waren (vgl. o. Fn. 3).

⁵⁴ ROLF KNÜTEL, Ungerechter, gerissener oder kluger Haushalter? Zu den juristischen Hintergründen von Lukas 16,1–8, in: SZ 131 (2014) 1 ff., 19 ff. – Ein flüchtiger Sklave fürchtete sich oft vor Repressalien seines Herrn, konnte aber bei echter Reue andererseits auf dessen Nachsicht rechnen: BELLEN (Fn. 48) 18. Ein kluger Hausherr wird seinen zurückgekehrten Sklaven ebenso nachsichtig behandelt haben wie ein Hundehalter seinen ausgerissenen aber zurückgekehrten Hund. – Fahnenflüchtige, aber später freiwillig zu ihrer Truppe zurückgekehrte junge Rekruten sollten nach D. 49,16,3,9 beim ersten Male von Strafe verschont werden. Schon ihre erste unerlaubte Entfernung von der Truppe zu bestrafen, hätte kontraproduktiv gewirkt, s. WACKE, Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen, in WACKE, *Unius poena – metus multorum* (Napoli 2008) 235.

⁵⁵ IOLE FARGNOLI, Paulus-Fragmente mit vermeintlichem Bezug auf die Erfüllung nicht-geschuldeter Vermächtnisse, OIR 7 (2002) 7–19 wies nach, dass etliche darauf im Schrifttum bezogene Fragmente nicht dazu passen. Nach ihrem Ergebnis S. 18 lässt sich nur D. 12,6,4 eindeutig der von Lenel angenommenen Rubrik *De legatis indebite solutis* zuordnen. – Rein hypothetisch ist auch die von DAUBE (Fn. 33) 843 ff. versuchte palinogenetische Zuordnung der berühmten Charakterisierung einer *regula* durch Paulus D. 50,17,1 zur *regula Catoniana*; dagegen kritisch RICHARD BÖHR, Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht. Ein Beitrag zur rechtshistorischen Spruchregelforschung (München/ Leipzig 2002) 17 ff., 44 ff.; zweifelnd bezüglich D. 50,17,1 schon LENEL, Pal. I 1173 (Paulus Nr. 1230).

⁵⁶ Ein Beispiel sogleich bezüglich D. 39,5,29pr. Nach den Ergebnissen von WOLFGANG KAISER, Schreiber und Korrektoren des Codex Florentinus, SZ 118 (2001) 133–219, 217 wurde die Florentina von acht Korrektoren durchgesehen; die meisten von ihnen fügten über ein Vergleichsexemplar der Digesten, das nicht mit der Vorlage der Schreiber identisch war.

Dennoch haben sich viele Fehler eingeschlichen. Eine *lex geminata* mit divergierender *inscriptio* findet sich beispielsweise in:

D. 39,5,29pr. (PAPINIANUS libro **decimo** responsorum)
Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.

D. 50,17,82 (PAPINIANUS libro **nono** responsorum)
Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.

[Als Geschenk ist anzusehen, was ohne rechtliche Verbindlichkeit zugestanden wird.]

Die erste Stelle wird in alten Ausgaben (z. B. der glossierten von Gothofredus) mit *libro XII* inskribiert; ebenso für beide Fragmente neuerdings die spanische Übersetzung von d'Ors.⁵⁷ Tatsächlich ergibt sich aus dem fotomechanischen Nachdruck der Florentina für den ersten Text die Inskription *libro duodecimo responsorum*; jedoch sind die drei Buchstaben *duo* durch Schrägstriche offenbar von späterer Hand getilgt. Die Divergenz bei den in der Florentina wörtlich ausgeschriebenen Buchangaben bleibt bestehen. Sieht man von den Möglichkeiten ab, dass Papinian die Regel in beiden *libri* zitierte⁵⁸ oder dass den Kommissionen verschiedene Ausgaben seiner Responen vorlagen, dann muss eine Angabe falsch sein. Ausgehend von einer früheren Schreibung in römischen Ziffern war *IX* (*nono*) vermutlich richtig,⁵⁹ und ein Strich (*I*) fiel beim späteren Abschreiben durch Unachtsamkeit weg. – Die freiwillige Erfüllung einer Naturalobligation ist allerdings, obschon auch sie *nullo iure cogente* erfolgt, keine Schenkung.⁶⁰

Zwecks Vermeidung solcher Irrtumsgefahren beim Abschreiben schrieb Justinian vor, dass die Zahlen nicht in römischen Ziffern anzugeben, sondern in Buchstaben auszuschreiben seien (Const. Tanta § 22). Dennoch sind in D. 1,3 Fr. 5 bis 41 die Bücher mit römischen Ziffern nummeriert.

Weitere Fehlzuschreibungen sind verursacht durch Verwechslung der Namen von Juristen. Die meisten Irrtümer entstanden dadurch, dass bei wiederholter Nennung eines Juristen in der nächsten *inscriptio* anstelle seines Na-

⁵⁷ Für richtig gehalten wurde die Buchangabe XII auch in der Editio stereotypa von Mommsen/Krüger, s. Fn. zu D. 50,17,82.

⁵⁸ Erwogen von LENEL, Palingenesie I Sp. 927, Fußnote zu Papinian Fr. 633, unter Hinweis auf die öfters, ähnlich auch bei Valens D. 38,1,47 angeführte Regel. Lenel stellt das Fr. 633 als letztes ans Ende von Papinians neuntem Buch, hält aber möglicherweise beide Buchangaben (9 und 10) für fehlerhaft.

⁵⁹ Ebenso LENEL (s. vorige Fußnote).

⁶⁰ Zutreffend die Glosse bei Gothofredus.

mens bloß das Wort ‚*Idem*‘ eingesetzt wurde. Der Leser musste dann nach oben schauen, und durch versehentliches Überspringen eines Absatzes stieß er auf einen anderen Juristen als den unmittelbar zuvor genannten. Erleichtert wurde die Suche für das Auge in der Florentina allerdings durch den etwas nach links herausgerückten Beginn jedes Fragments mit der durch größere Buchstaben oder mit roter Tinte etwas hervorgehobener Schrift.

V. Palingenetische Herkunft *versus* Textinhalt: Auf *pignus* veränderte *fiducia*-Quellen?

1. Bei seinen palingenetischen Forschungen machte Otto Lenel anhand der *inscriptiones* im Digestentitel 13,7 die Beobachtung, dass das *pignus* in Julians *digesta* und in den Ediktskommentaren von Ulpian und Paulus an zwei verschiedenen Stellen erörtert wird: bei Julian in den Büchern 11 und 13, bei Ulpian in Buch 28 und 30, bei Paulus in Buch 29 und 31. Die dazwischenliegenden *libri* behandeln in gleichförmiger Aufeinanderfolge andere Materien. Da kaum vorstellbar sei, dass die klassischen Juristen das *pignus* an zwei verschiedenen Stellen kommentierten,⁶¹ äußerte Lenel die Vermutung, dass die wiederholte Erörterung im jeweils zweitgenannten Buch ursprünglich der *fiducia* gewidmet gewesen sei. Ursprünglich von der *fiducia* handelnde Stellen konnten nach Lenel „seitens der Compileren mit Leichtigkeit für das *pignus* zurechtgemacht werden,“ bezogen auf die *fiducia* „ordnen sich überhaupt fast alle jene Fragmente mit Leichtigkeit ein, zum Teil so, dass jede andere Beziehung unmöglich ist.“ Dies war für Lenel der „einzige Weg der Erklärung, der auch zu einem völlig befriedigenden und überdies sehr interessanten Ergebnisse führt.“⁶²

Lenels in der Palingenesie und über vier Auflagen seines Edictum perpetuum niedergelegten Ergebnisse erlangten (nicht zuletzt aufgrund seines hohen Ansehens, das er zu Recht in unserer Wissenschaft genießt) geradezu kanonische Bedeutung. Sie verstärkten sich gewissermaßen zum Dogma. Paul Krüger merkte in späteren Auflagen der Editio stereotypa bezüglich des Digestentitels 13,7 an: „In den *leges* 6, 8, 22, 24, 25, 31, 42 *de fiducia agebatur* (Lenel).“⁶³ Das wären sehr viele.

⁶¹ Wörtlich LENEL, Gesammelte Schriften I 456: „Das wäre unbegreiflich und unerhört; der Gedanke bedarf für denjenigen, der die Weise der Commentatoren kennt, gar nicht der Widerlegung.“ Hiergegen jedoch alsbald.

⁶² Soweit LENEL, Gesammelte Schriften I 457 f.

⁶³ Fußnote zu D. 13,7,6.

Neuerdings pries man Lenels Vermutung als eine „einhellig als richtig anerkannte Entdeckung“ und hielt seine Rekonstruktion für „sehr überzeugend“. „Mit großer Sicherheit“ sei anzunehmen, dass die Juristen in den jeweils an zweiter Stelle genannten Büchern die *fiducia* behandelt hätten.⁶⁴

Man glaubte also, mit geradezu kriminalistischem Spürsinn Justinians Kompilatoren einer planmäßigen Fälschung überführt zu haben. Um ihre Fälschungen komplett (unentdeckbar) zu machen, hätten die Kompilatoren demnach auch die Inskriptionen entsprechend verändern, sie an die übrigen in den Digestentitel 13,7 eingefügten Fragmente angleichen müssen. Dass sie es nicht taten, deutet darauf hin, dass sie diesbezüglich ein reines Gewissen hatten.

2. Schon im Jahre 1901 erklärt Otto Karlowa jedoch Lenels Folgerung für unberechtigt, dass alle aus Ulpian 30. Buch entlehnten Stellen von der *actio fiduciae* gehandelt haben müssten, weil Ulpian das *pignus* schon im 28. Buch behandelt hat. Weshalb solle die Annahme absolut unzulässig sein, dass Ulpian bei Gelegenheit der Erörterung der Pfandfiducia nochmals zur *actio pigneraticia* zurückkehrte? „Der bloße Umstand, dass Fragmente aus dem 30. Buch von Ulpian Ediktcommentar entlehnt sind, reicht nicht aus, um Interpolationen anzunehmen, wenn sie von der *pigneraticia actio* reden. Nur auf besondere, aus dem Inhalt der Stellen sich ergebende Gründe darf die Annahme einer Interpolation gestützt werden.“⁶⁵

Karlowas beherzigenswerte Bedenken sind goldrichtig und zu gewichtig, um nur in Fußnoten abgetan zu werden.⁶⁶ Lenel räumte replizierend ein, dass

⁶⁴ So BERT [GIJSBERT] NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht* (Amsterdam 1999) 18 ff. Die deutsche Übersetzung ging hervor aus dem von Hans Ankum betreuten, mit dem Premio Romanistico Gérard Boulvert ausgezeichneten Proefschrift *De fiducia in het Romeinse recht* (Deventer/ Arnhem 1988); rezensiert von FELIX WUBBE, SZ 108 (1991) 515–523 = WUBBE, *Ius vigilantibus scriptum*. Ausgewählte Schriften (Fribourg 2003) 233–244. Ich zitiere die deutsche Übersetzung. Die niederländische Fassung enthält aber eine übersichtliche Zusammenfassung der jeweiligen Kapitel auf Deutsch, welche in der deutschen Übersetzung nicht erneut abgedruckt wurde. Doch siehe den Aufsatz von NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischem Recht*, Index 18 (1990) 229–264. Noordravens Quellenregister und vor allem sein der deutschen Übersetzung beigefügtes Sachregister enthalten allzu viele Nachweise und sind deshalb leider nur mit großer Mühe zu benutzen. Zur Erleichterung für den Leser sollte nur auf die Hauptstellen mit den Sachaussagen verwiesen werden, nicht auf sämtliche, nur beiläufig angeführte Belegstellen.

⁶⁵ Soweit KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II 1: Privatrecht* (Leipzig 1901), im Kapitel über die *fiducia* S. 562 ff.

⁶⁶ Lediglich eine Fußnote widmet ihnen NOORDRAVEN S. 19 Fn. 30. – Unbeachtet ließ Karlowas Bedenken HANS ANKUM, *Festschrift Mayer-Maly* (unten Fn. 100) 5. Er schreibt: „Anders als Wacke ist meiner Überzeugung nach das palingenetische Argu-

Ulpian bei der Erörterung der *fiducia* gelegentlich auch einen Seitenblick auf die *actio pigneraticia* habe werfen können.⁶⁷ Fraglich sei jedoch, ob eine so detaillierte Erörterung wie in den Fragmenten D. 13,7,22 und 24 auf solche Weise erklärt werden könne. Kürzere Abschweifungen bei Gelegenheit eines behandelten Rechtsinstituts hielt Lenel demnach für denkbar. Längere, zusammenhängende Ausführungen deuten jedoch auf die Existenz einer eigenständigen *sedes materiae* hin. Letzterem ist gewiss zuzustimmen.

3. Was Lenel in diesem Zusammenhang jedoch nicht berücksichtigte, ist der enorme Zeitdruck, unter dem die Kompilatoren zu arbeiten hatten. Ein gewaltiges Arbeitspensum war in knapp drei Jahren zu bewältigen. Die Masse der noch vorhandenen Juristenschriften wurde bis auf ein Zwanzigstel, d. h. auf bloße fünf Prozent zusammengestrichen. Ausmerzen von Überholtem, nicht mehr Aktuellem war deshalb die gebotene Arbeitsdevise, nicht aufwendige und zeitraubende Umarbeitung, Aktualisierung veralteter Partien. Wären nun die oben 1 an zweiter Stelle genannten *libri* ausschließlich der *fiducia* gewidmet gewesen, dann hätten die Kompilatoren die entsprechenden Titel einfach überspringen, sie fortlassen können. Da sie das in so oberflächlicher Weise nicht taten, sondern auch diese *libri* in die Sichtung einbezogen, gingen sie offenbar von der Vorstellung aus, dass diese *libri* noch weiterhin Brauchbares enthielten.

Ein gelungener Interpolationsnachweis setzt stets bekanntlich das Bestehen eines Interpolationsmotivs voraus. Die Abschaffung von *mancipatio* und *fiducia* genügt als pauschales Argument für eine Umarbeitung von *fiducia*-Stellen nicht, da für das *pignus* eine ausreichend große Quellenmasse zur Verfügung stand. Denn auch zu den persönlichen Pfandklagen lagen vermutlich den Kompilatoren schätzungsweise zwanzig Mal so viele Fallentscheidungen vor, als sie letztlich erhalten geblieben sind. Angesichts solch großer originaler Stoffmenge bestand für eine zusätzliche Umarbeitung von *fiducia*-Texten kein praktisches Bedürfnis. Den Beweis für einen solchen Zusatzbedarf blieben Lenel und seine Anhänger jedenfalls schuldig.

ment äußerst wichtig, um Interpolationen aufzuspüren und wahrscheinlich zu machen. Das gilt auch dann, wenn es im untersuchten Fragment keine inhaltlichen Textargumente gibt, was übrigens selten der Fall ist. Man kann doch einen Text aus dem Kontext der *fiducia* nicht deshalb für nicht interpoliert halten, weil im man vom *pignus* handelnden Text kein weiteres Argument für die Interpolation findet“. Inhaltliche Sachargumente hält Ankum also (anders als Karlowa) für unnötig. Damit setzt Ankum voraus, dass der Kontext ‚*fiducia*‘ eines Digestenfragments zweifelsfrei erwiesen ist. Ein überzeugender Nachweis ist jedoch nur selten zu erbringen.

⁶⁷ LENEL, EP³ § 107 Fn. 7.

Außer der *in factum* konzipierten *actio pigneraticia in personam* vermutete nun Lenel selbst mit beachtlichen Gründen auch die Existenz einer zweiten, *in ius* konzipierten *formula* mit *bonae fidei*-Klausel.⁶⁸ Wegen deren Ähnlichkeit mit der *actio fiduciae* stand diese im Edikt vermutlich in deren Nähe. Entgegen Lenel (Fn. 61) gab es demnach vermutlich für das *pignus* ausnahmsweise zwei *sedes materiae*, und die Juristen konnten bei der späteren Kommentierung der *in ius* konzipierten Formel Ergänzungen nachtragen. Nach dem Wegfall des Formularprozesses konnten dann die Kompilatoren alle obsolet gewordenen Ausführungen zur *fiducia* weglassen; die verbleibenden, das *pignus* betreffenden Stücke konnten sie andererseits guten Gewissens und ohne sich einer Fälschung schuldig zu machen in den Digestentitel 13,7, einstellen. Denn nachdem die Unterschiede in der Formelkonzeption obsolet geworden waren, gab es nur noch eine einzige persönliche Pfandklage (einschließlich der Gegenklage). Das Ausscheiden überholter *fiducia*-Texte und die Versetzung noch brauchbarer *pignus*-Stellen waren vorwiegend manuelle Vorgänge; sie verlangten keine vertieften Rechtskenntnisse, wie eine zeitraubende dogmatische Umarbeitung von *fiducia*-Stellen sie zudem erfordert hätte. – Wenn es so war, muss die Geschichte der *fiducia* aufgrund der wenigen, ihr eindeutig zuzuordnenden vorjustinianischen Quellen neu geschrieben werden.

4. Einander ähnlich sind *pignus* und *fiducia* besonders bezüglich ihrer schuldrechtlichen Seite.⁶⁹ Dementsprechend finden sich zehn vorjustinianische Quellen, die auf beide zutreffende gemeinsame Aussagen enthalten.⁷⁰ Ein Beispiel ist:

Pauli Sententiae 3,6,16

Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciae dederit, ex eo voluntatem mutasse non videtur.

[Gab ein Testator die vermachte Sache später **zum Pfande oder in Treuhandeigentum**, so ist daraus nicht auf eine Änderung seines Willens zu schließen.]

⁶⁸ EP³ S. 255. Zustimmend KARLOWA, wie Fn. 65. Diese Annahme ist allerdings umstritten; Nachweise bringt KASER RP I² 537 mit Fn. 9–13. Vermittelnd schreibt Kaser: „Die elastisch gestaltete *reddere*-Formel wird dem Richter einen so weiten Spielraum eröffnet haben, daß die Juristen diese Klage den *bonae fidei iudicia* an die Seite stellen konnten“. Dazu kritisch NOORDRAVEN 35 f.

⁶⁹ Den unterschiedlichen Haftungsmaßstab kann ich hier vernachlässigen. Ein Pfandgläubiger haftete für *custodia*, ein Fiduziar nur für *culpa*: so NOORDRAVEN 32 und passim.

⁷⁰ Besonders im Vulgarrecht werden *pignus* und *fiducia* vermengt, siehe DE DOMINICIS, Studi Arangio-Ruiz IV (1953) 534 f.

Nicht in jeder Verfügung über die vermachte Sache liegt ein schlüssiger Widerruf des Vermächtnisses. Verpfändete oder zur Sicherheit übereignete Sachen werden nicht auf Dauer fortgegeben sondern in der Absicht, sie wieder einzulösen. Die Gleichstellung überzeugt.

Besonders breit formuliert war ein Titel in den Paulussentenzen nach dem Zitat in:⁷¹

Lex Romana Burgundionum 13,4

Incendii etiam vel naufragii casibus ac ruinae, si per eum casum res quae commodantur perierint, is cui commodata res est, ad solutionem rei teneri non potest, nisi forte suam rem liberasse probatur, cum de eodem casu rem commodatam eripere potuisset; secundum sententiam Pauli libro secundo sub titulo: „De commodato et deposito, pignore et fiducia“.

[Auch wenn in Fällen von Feuersbrunst oder Schiffsbruchs sowie Erdstreiches verliehene Sachen zugrunde gehen, kann der Entleiher zur Erstattung der Sache nicht haftbar gemacht werden; es sei denn, dass er erwie-senermaßen seine eigene Sache rettete, während er die entliehene Sache derselben Gefahr hätte entreißen können: **gemäß der Sentenz des Paulus aus dem zweiten Buch unter dem Titel über Leihe und Verwahrung, Pfandrecht und Treuhand.**]

Unter einer so weit gefassten Sammelrubrik konnte man diverse Themenbereiche unterbringen.⁷² Zuweilen scheinen Zwischentitel in vorhandene Juristenschriften der besseren Übersichtlichkeit halber von späterer Hand eingefügt worden sein.⁷³

5. Der jeweilige Kontext eines Digestenfragments ließe sich genauer bestimmen, wenn seine *inscriptio* außer der Bezeichnung des Buches einschließ-

⁷¹ Dazu kürzlich WACKE, Scritti Corbino (o. Fn. 7) 492 ff. Der sachliche Grundgedanke ist: Auch in Situationen höchster Gefahr darf man seiner Obhut anvertraute fremde Sachen nicht schlechter behandeln als seine eigenen. Dass der Entleiher seine eigenen Sachen vorgezogen hat, ist eine vom Verleiher schwer zu beweisende Ausnahme. Der Entleiher wird geneigt sein, diese ihm nachteilige Tatsache zu verheimlichen oder zu vertuschen. Wie wäre zu entscheiden, wenn die Rettung aller Sachen seine Kräfte übersteigen würde?

⁷² Einzelheiten bei DETLEF LIEBS, Römische Jurisprudenz in Africa (2. Aufl. 2005) 113. In der 1. Aufl. (1993) hielt er manches an solchem Sammeltitle für apokryph. In seiner Palingenesie der Paulus-Sentenzen (1. Aufl. S. 140) löste er sie in einzelne spezielle Titel auf.

⁷³ Nach NELSONS plausibler Schlussfolgerung war „das burgundische Gaiusexemplar dem veronesischen an Übersichtlichkeit um ein beträchtliches überlegen“; so H.L.W. NELSON, Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones I (Leiden 1981) 182; vgl. WACKE (Fn. 71) Fn. 102 und 112.

lich der Nummer auch den Sachtitel (die Rubrik) angebe, dem es entnommen ist. Diese Angaben finden sich aber merkwürdigerweise nur bei einer einzigen in die Digesten aufgenommenen Juristenschrift,⁷⁴ nämlich beim Kommentar des Gaius zum Edikt des Stadtprätors, und dort über zwanzig Male.⁷⁵ Justinian hatte angeordnet, außer den Namen der Rechtsgelehrten auch die Titel ihrer exzerpierten Schriften und die Buchnummer anzugeben (*nomina prudentium et titulos et librorum numeros*; Cons. Tanta § 22). Da aber schon die meisten Digestenrubriken entsprechende Titel verzeichneten, hielt man deren ermüdende Wiederholung in den jeweiligen *inscriptiones* anscheinend für unnötig.⁷⁶

VI. Einzelne auf das *pignus* umgeschriebene *fiducia*-Stellen?

I. Wie sich aus den modernen Quellenübersetzungen ergibt, sind die in D. 13,7 enthaltenen *pignus*-Fragmente durchweg aus sich selbst heraus, auch ohne Bezugnahme auf die *fiducia*, gut verständlich. Aus ihrer *inscriptio* allein ist nach den vorstehenden Ausführungen entgegen Lenel nicht zu folgern, dass eine größere Anzahl von ihnen ursprünglich der *fiducia* gewidmet gewesen sei. Auf die *fiducia* darf man sie nur beziehen, wenn ihr Inhalt zum *pignus* nachweislich nicht passte. Nach Lenels programmatischer Ankündigung (o. bei Fn. 62) sei in der Tat jedenfalls bei einigen Fragmenten ihre Zuordnung zur *fiducia* so handgreiflich, „dass jede andere Beziehung unmöglich ist“. Die angekündigten Beweise erbrachte aber Lenel letztlich nicht.

Walter Erbe thematisierte in seiner Monographie über die *fiducia* die von Lenel angeregte Diskussion über die Echtheitsfrage nicht.⁷⁷ Bert Noordraven überprüfte aber fünfzig Jahre später die von Lenel für die *fiducia* beanspruchten Fragmente dankenswerterweise ausführlich (o. Fn. 64, S. 19 ff.). In der

⁷⁴ Ansonsten noch zuweilen in der Collatio, vgl. oben bei Fn. 6.

⁷⁵ Drei Beispiele: D. 9,4,30 (GAIUS *libro ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto*); D. 10,4,13 (GAIUS *libro ad edictum praetoris urbani titulo de liberali causa*); D. 19,1,19 (GAIUS *ad edictum praetoris titulo de publicanis*).

⁷⁶ Vielleicht strich man sie nachträglich durchgängig. Ein Indiz dafür wäre D. 39,2,45, wo ein unüberlegt getilgtes, aber erforderliches Wort *titulo* von Mommsen ergänzt wurde.

⁷⁷ ERBE, Die Fiduzia im römischen Recht (Weimar 1940). Rezensionen sind angeführt bei KASER, RP I² 460 Fn. 5. – Keine Auseinandersetzung mit Lenel fand ich auch bei PABLO FUENTESECA, Líneas generales de la *fiducia cum creditore*, In: Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al Prof. José Luis Murga Gener (Madrid 1994) 387–483 = Fuenteseca, Estudios de Derecho Romano (Madrid 2009) 1501–1580.

Ausscheidung der im Schrifttum zu Unrecht auf die *fiducia* bezogenen Quellen ging Noordraven allerdings nicht weit genug. Dies soll im Folgenden anhand weniger ausgewählter Beispiele gezeigt werden.

2. *Pignus* und *fiducia* sind ihrem gemeinsamen Wesen nach dingliche Sicherungsrechte. Beide unterscheiden sich jedoch sowohl im Anwendungsbereich als auch in den Eigenschaften. Fiduziarisch übereignen lassen sich nur *res Mancipi*⁷⁸ zwischen römischen Bürgern. Wegen dieser beiden Voraussetzungen ist der Anwendungsbereich der *fiducia* relativ eng. Verpfändbar ist hingegen ohne personale Beschränkung alles, was verkäuflich ist (D. 20,1,9,1: Gaius libro 9. ad edictum provinciale), also außer den Manzipiumssachen alle anderen Gegenstände (über die *res nec Mancipi* hinaus sogar Forderungen). Charakteristischer Unterschied in den Eigenschaften ist die Akzessorietät des *pignus*, gegenüber der bloß treuhänderischen Innenbindung bei der *fiducia*. Mehrfach zur Sicherheit bestellen kann man Sachen überdies nur durch Verpfändung (mit der vom Prioritätsprinzip bestimmten Rangfolge). Fiduziar kann hingegen nur eine einzige Person sein; in zweiter Linie zur Sicherheit geben lässt sich nur der Restwert (*superfluum, hyperocha*).

Von der Akzessorietät oder von mehrfacher Verpfändung handelnde Stellen können sich demnach inhaltlich nur auf das *pignus* beziehen, nicht auf die

⁷⁸ ERBE 14 ff. Für die Statthaftigkeit fiduziarischer Übereignungen von *res nec Mancipi* (mittels *in iure cessio*) allerdings NOORDRAVEN 10, 162 f. Sein Hauptbeleg ist Papinian D. 33,10,9,2. Ein Vermächtnis des gesamten Hausrats umfasst danach nicht das dem Testator verpfändete Silbergeschirr, insbesondere dann nicht, wenn er es nicht mit Zustimmung des Schuldners gebrauchen durfte. Die unnötig schwülstige und holperige (teilweise wohl entstellte) Begründung ...*propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum* mag auf die *fiducia* hindeuten, obwohl sich dafür aus der *inscriptio* nichts ergibt (NOORDRAVEN 163 Fn. 16). Ein Hinweis auf die Pfandklage mit *bona fides*-Klausel ist aber nicht auszuschließen. Jedenfalls wurde die Pfandsache dem Gläubiger übergeben (für ein Faustpfand ERBE 15). Seine Rückgabepflicht besteht kraft der *bona fides* auch dann, wenn die Bestellung des dinglichen Sicherheitsrechts unwirksam gewesen sein sollte. Dass das Vermächtnis nur eigene Sachen des Testators umfasst, ist evident und bedurfte keiner so ausführlichen Begründung. Papinians oft eigenwilliger Stil wäre freilich zu berücksichtigen. Verpfändete Sklaven kann nach Ulpian D. 32,73,2 übereinstimmend nur der Verpfänder „als eigene“ vermachen, nicht der Pfandgläubiger. An zur Sicherheit übereigneten Sachen wäre es nicht anders. Es geht um die Bestimmung des Umfangs des Vermächtnisses aufgrund des mutmaßlichen Willens des Testators, nicht um die Gültigkeit des Sicherheitsbestellungsaktes. Für die Wirksamkeit einer an Nichtmanzipiumssachen bestellten *fiducia* erbringt die Papinianstelle somit keinen Beweis. Die Beschränkung auf ein Vindikationslegat durch Noordraven leuchtet mir überdies nicht ein.

fiducia. Bezüglich der Akzessorietät enthält das folgende Julianfragment drei dogmatisch folgerichtige Aussagen:

D. 12,2,40 (IULIANUS libro 13. digestorum)

Iusiurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur, est enim hoc acceptioni simile; perpetuam certe exceptionem parit. Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoverti oportet, et solutum repeti potest, utpote cum interposito eo ab omni controversia discedatur.

[Ein dem Schuldner abverlangter Eid bewirkt, dass das Pfand frei wird; der Eid ist nämlich einem Erlassvertrage ähnlich, jedenfalls begründet er eine dauernde Einrede. Daher muss auch der eine Vertragsstrafe fordernde Gläubiger durch eine Einrede abgewiesen werden, und eine Leistung kann (vom Schuldner) zurückverlangt werden, weil nach abgelegtem Eide von jeglichem Streit Abstand genommen wurde.]

Der auf Rückzahlung eines Darlehens Verklagte schwor auf Verlangen des Klägers, dass er nichts (mehr) schulde. Wegen der automatischen Befreiung der für das Darlehen bestellten Sicherheit mit dem geleisteten Eid von Rechts wegen (*efficit*) kann sich das Fragment entgegen Lenel⁷⁹ nur auf das *pignus* beziehen.⁸⁰ Eine fiduziarisch zur Sicherheit übereignete Sache kann der Sicherungsgeber hingegen nur mittels rechtsgeschäftlicher Rückübereignung von Seiten des Sicherungsnehmers, hilfsweise durch Rückersitzung (*usureceptio*) wiedererwerben.⁸¹ Der einem Erlassvertrag gleichgestellte Erlöschensgrund

⁷⁹ Palingenesie I Sp. 353 Fn. 5; EP³ § 107, 292 f., Gesammelte Schriften I 469. NOORDRAVEN 315; dahingestellt gelassen von SALVATORE MARINO, Die Akzessorietät des römischen Pfandrechts (Diss. Köln 2009) 142 f.; nur wenige Hinweise bringt JOHANNA CORNELIA OUT, Vormen van Accessoriëteit (Leiden 2005) 183. – OUT bezweifelt (kaum zu Recht), dass die klassischen Juristen von einem einheitlichen Begriff der Akzessorietät ausgingen. In ihrer Sachdarstellung geht Out von niederländischen Übersetzungen aus und druckt die lateinische Quelle (wie in holländischen Proefschriften üblich geworden) nur in Fußnoten ab. Das ist nicht nachahmenswert. Denn der lateinische Text ist das Primäre, die Übersetzung ist sekundär und kann im Laufe der Untersuchung verbessert werden.

⁸⁰ Ebenso Tryphonin D. 20,6,13 und Marcian D. 20,6,5,3.

⁸¹ NOORDRAVEN 315 versteht im Anschluss an LENEL die Wendung *efficit, ut... liberetur* hingegen so, dass der Sicherungsgeber nur mit der *actio fiduciae* auf Rückübereignung klagen könne. Vor vollzogener Rückmanzipation (sie müsste notfalls gerichtlich erzwungen werden) könnte der Sicherungsgeber alsdann über das Sicherungsgut nicht weiterverfügen. Mit dem Wortlaut ist dies weniger gut vereinbar; die Wendung spricht eher für eine Befreiung *ipso iure*. Julian kommentiert hier, wie Lenel richtig sah, die Klausel *eove nomine satisfactum esse*. Diese Klausel enthielten jedoch beide Klagen, die *actio pigneraticia* ebenso wie die *actio fiduciae*: LENEL EP³ § 99 und § 107. Zugunsten der

schützt den Schuldner dem Text zufolge mindestens durch eine *exceptio (pacti oder doli)*, auch gegen die Eintreibung einer Vertragsstrafe, weil diese ebenso akzessorisch ist wie ein Pfandrecht. Sollte der Schuldner schließlich vor der Eideszuschreibung schon etwas geleistet haben (man denke besonders an eine Teilleistung), kann er dies konsequentermaßen als *indebitum* zurückfordern.⁸² Die Inanspruchnahme aller in D. 13,7 aus Julians 13. Buch enthaltenen Fragmente für die *fiducia* durch Lenel ist damit bereits erschüttert.

3. Sogar ein Kurzfragment aus dem Kommentar des Gaius zum Provinzialedikt wurde auf die *fiducia* bezogen:

D. 50,17,46 (GAIUS libro decimo ad edictum provinciale)

Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur.

[Was jemandem⁸³ als Buße abverlangt wurde, das muss ihm niemand zurückgewähren.]

Als praktischer Fall könnte dieser *regula* die Pfandkehr zugrunde liegen. (Die *inscriptio* gibt darauf hier freilich keinen Fingerzeig). Entwendete der Verpfänder die Sache dem besitzenden Gläubiger und wurde er deswegen mit der *actio furti* auf das Doppelte verurteilt, so mindert dies die gesicherte Forderung nicht. Müsste sich nämlich der Gläubiger die erlangte Buße auf seine Forderung anrechnen, dann bliebe das vom Verpfänder verübte Delikt sanktionslos.⁸⁴ Diebstahlsbuße und Ersatzforderung werden jedoch miteinander kumuliert.

fiducia erbringt die Julianstelle daher ebenfalls keinen Beweis. Die Akzessorietätsfrage erörtern LENEL und NOORDRAVEN nicht.

⁸² Julian spricht materiellrechtlich von einem Schuldner (*debitor*); richtiger wäre die prozessuale Bezeichnung Beklagter (*reus*), weil angesichts des den Rechtsstreit (*controversia*) beendenden Eides dahingestellt bleibt, ob er schuldet.

⁸³ Übersetzt man *a quoquo* mit „von jemandem“, wird die Beziehung auf die Person missverständlich: Dies könnte auch der Gläubiger sein; gemeint ist jedoch der Schuldner.

⁸⁴ Eine solche *deductio ad absurdum* ist keineswegs nur „the second best argument“, wie DAUBE in Bezug auf diese Argumentationsfigur meinte, vgl. WACKE, *Mélanges Fritz Sturm I* (1999) 552. – Übereinstimmend Papinian D. 47,2,80: *Si debitor pignus subripuit, quod actione furti solvit nullo modo recipit*. Auch diese Aussage bezog LENEL ohne zwingenden Grund auf die *fiducia*. – Die von einem Dritten geleistete Diebstahlsbuße muss sich der Pfandgläubiger jedoch nach Papinian-Ulpian D. 13,7,22pr. auf seine Forderung anrechnen lassen. Weshalb die Entwendung durch einen Dritten dem Schuldner zugute kommen soll, leuchtet mir aber nicht ein. Der Dieb leistet mit der Buße nicht auf die gesicherte Forderung. Wegen dieses Unterschieds wird jedoch im zitierten Gaiustext D. 50,17,46 hervorgehoben *id eidem restituere*.

Zur *fiducia* stellte Lenel das Fragment vielleicht deshalb, weil Gaius das *pignus* schon im neunten Buche behandelte. Da aber die Buchnummer lediglich durch die Länge der antiken Buchrolle bestimmt wurde und ihr keine systematische Einteilung (wie nach *tituli*) zugrunde lag, kann das zehnte Buch bloß eine inhaltliche Fortsetzung des neunten gewesen sein. Sofern die Divergenz nicht auch hier auf einem Schreibfehler beruht (oben IV).

Lenel stellte das Fragment an den Anfang des 10. Buches, und zwar als einziges unter eine Rubrik *fiduciae vel contra*.⁸⁵ Die auf das Fragment folgenden längeren Textauszüge aus dem 10. *liber* betreffen die *bonae fidei*-Kontrakte Mandat, *societas*, Kauf und *locatio conductio*. Lenel ging also stillschweigend davon aus, dass Gaius im Provinzialedikt auch die *fiducia* erörterte. Daube und Noordraven folgten Lenels Annahme, ohne das folgende Problem zu erkennen.⁸⁶ Als Ableger der *mancipatio* war die *fiducia* nämlich römischen Bürgern vorbehalten; Nichtbürgern war sie nicht zugänglich,⁸⁷ dem *ius gentium* gehörte sie nicht an.⁸⁸ Dass Gaius die *fiducia* im Provinzialedikt behandelt haben soll, ist deshalb unwahrscheinlich. Für das *pignus* vermutete nun Lenel selbst (wie schon erwähnt) außer der bekannten *actio in factum* auch eine *in ius* konzipierte *actio* mit der Klausel *ex fide bona*.⁸⁹ Und da die *fides* auch Nichtbürger band, ist ein zu vermutender Bezug auf diese *actio* wahrscheinlicher als ein solcher auf die den *cives* vorbehaltene formgebundene *fiducia*. Die *regula* ist überdies so allgemein formuliert, dass sie außer auf das *pignus* auch in anderen Fällen passt. Eine Beziehung auf die *fiducia* ist keineswegs zwingend. Anwendbar wäre die *regula* auch im vorerwähnten Falle aus C. 4,34,3 (anno 239, oben I 4), dass ein Verwahrer von Geld dieses unerlaubt zu eigenem Nutzen verwendet.

⁸⁵ LENEL, Palingenesie I Sp. 214 Nr. 231, unter Hinweis auf D. 13,7,22,1 (Ulpian *libro 30. ad ed.*). Dem Hinweis folgen Mommsens Textausgaben nach 1903. LENEL, Ges. Schriften I 460 vermutete dies „mit großer Wahrscheinlichkeit“, weil Ulpian 30. Buch mit inhaltlich verwandter Thematik ebenfalls auf die *fiducia* zu beziehen sei. Das aber ist ein in der textkritischen Literatur öfters begehrender Zirkelschluss.

⁸⁶ Ganz vorschnell DAUBE II 877 f.; nur beiläufig NOORDRAVEN 19, beide ohne jede Begründung.

⁸⁷ KASER, RP I² 460. Ob einzelne Nichtbürger in den Provinzen die Förmlichkeiten der *fiducia* nachahmten, kann in diesem Rahmen anhand etwaigen Urkundenmaterials nicht überprüft werden und erbrächte für die Existenz eines entsprechenden Ediktstitels auch keinen Beweis.

⁸⁸ ERBE (Fn. 77) 9.

⁸⁹ EP³ S. 255. Vgl. oben Fn. 68.

4. Nach einer These von Alfred Pernice, der sich viele anschlossen,⁹⁰ sollen auch von *depositum* und *commodatum* handelnde Texte öfters der *fiducia* gegolten haben. Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen. Das kann hier nur noch für einen Text gezeigt werden, der von der *copia recipiendi hominis* als Voraussetzung für die Passivlegitimation zur Noxalklage handelt:⁹¹

D. 9,4,22pr. (PAULUS libro 18. ad edictum)

Si servus depositus vel commodatus sit, cum domino agi potest noxali actione: ei enim servire intellegitur, et quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est, maxime si copiam habeat recipiendi hominis.

[Wurde ein Sklave in Verwahrung gegeben oder verliehen, so kann der Eigentümer mit der Schadensklage belangt werden. Als in dessen Diensten stehend betrachtet man nämlich den Sklaven, und was dieses Edikt betrifft, untersteht er dessen Gewalt, insbesondere wenn er die Möglichkeit hat, den Sklaven zurückzuerlangen.]

Die mittels *interrogatio in iure* zu ermittelnde Passivlegitimation des Eigentümers entfällt nicht dadurch, dass er den Sklaven einem anderen in Verwahrung gibt oder verleiht. Als seinem Herrn zu Diensten stehend betrachtet man ihn weiterhin; und so befindet er sich auch faktisch⁹² noch in dessen Gewalt, insbesondere⁹³ wenn der Herr die Möglichkeit hat, den Sklaven zurückzubekommen. Gegen das unterstützend zur Begründung am Schluss gebrachte Argument *maxime...* wandte man ein, Deponent und Verleiher könnten doch jederzeit zurückfordern, ihre *copia recipiendi* könne gar nicht zweifelhaft gewesen sein.⁹⁴ Solche Bedenken an der Echtheit dieser Phrase beruhen jedoch

⁹⁰ PERNICE, *Labeo III* (1892) 140 Fn. 2. Ihm folgend insbesondere NOORDRAVEN 53 ff. Nach der Zusammenfassung seines proefschrift (o. Fn. 64) S. 448 sei *fiducia* in der Kompilation systematisch durch *depositum vel commodatum* ersetzt worden.

⁹¹ Dazu schon WACKE, Von *copia* zur Kopie. *Copiam habere* und *copiam sui facere* in den *Digesten*, in: *Rena van den Bergh* (Editor), *Ex iusta causa traditum*. Essays in honour of Eric H. Pool. Editio specialis der Zeitschrift *Fundamina* (University of South Africa, 2005) 385–403, hier S. 391 f., auch in: <http://kups.uni-koeln.de/6651/>.

⁹² *In potestate eius est* übersetzen BKKs ergänzend und zutreffend als tatsächliche Gewalt; sie muss zur rechtlichen *potestas* für die Noxalhaftung hinzukommen. Anders die Übersetzung durch D'ORS.

⁹³ *maxime* heißt vor allem, vorzüglich, besonders (gleichbedeutend mit *praecipue*, *praesertim*) – nicht ‚wenigstens‘ (so übersetzen BKKs, 1995). Wenigstens (oder zumindest) heiße auf lateinisch *certe*, *saltem*.

⁹⁴ So, im Anschluss an PERNICE (1892): P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum* (Milano 1983) 61 f.; bes. B. NOORDRAVEN 53 ff., 55. Die von Noordraven verteidigte Beziehung des Fragments auf die *fiducia* durch Pernice ist jedoch nicht haltbar. Dagegen schon ZANNINI; unentschieden H.-D. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in*

auf mangelnder Phantasie. Die Quellen enthalten genügend Beispiele für fehlende *copia recipiendi*: Der Sklave kann ohne Schuld des Verwahrers oder Entleiher geflohen sein.⁹⁵ Verwahrer oder Entleiher könnten auch selber verschwunden sein und einer Vorladung vor Gericht fernbleiben. Von solchen Ausnahmen abgesehen, dient der Sklave durch vorübergehende Dienstleistungen beim Entleiher mittelbar auch seinem Herrn;⁹⁶ dessen Direktionsrecht erlischt nicht durch eine kurzfristige Überlassung an einen Detentor. Eine *noxae deditio* durch bloße Detentoren wäre gar nicht von Bestand; an einer Verteidigung des Sklaven vor Gericht wären sie im allgemeinen gar nicht interessiert. Der Eigentümer ist als *possessor* vielmehr normalerweise der richtige Beklagte.⁹⁷ Die (wegen *maxime* wohl nicht zwingende) Voraussetzung *si copiam habeat recipiendi hominis* beschreibt Paulus im folgenden § 1 gleichbedeutend mit den Worten *si facultatem repetendi eos dominus habeat*.⁹⁸ Auch bei der modernen Parallelerscheinung der Arbeitnehmerüberlassung (insbesondere durch Begründung eines vorübergehenden Leiharbeitsverhältnisses) besteht das Arbeitsverhältnis zum überlassenden Arbeitgeber fort. Und selbst bei nachgewiesener Unechtheit der mit *maxime* eingeleiteten Schlussworte folgt daraus keineswegs ein Bezug auf die *fiducia*. Die Ersetzung der Worte [*depositus vel commodatus*] durch *<fiduciae datus>* bei Noordraven ist haltlos.

iure (München 1994) 106 f., der Zanninis Gegenargumente nicht berücksichtigte. Einen Fiduzianten hätte Paulus schwerlich *dominus* genannt. Und dass ein treuhänderisch übereigneter Sklave weiterhin dem Fiduzianten diene, ist entgegen Noordraven zweifelhafter als nach der von ihm beanstandeten Originalversion des Textes.

⁹⁵ Zum *servus in fuga vel peregre* siehe T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (Pamplona 1987) 247 ff.

⁹⁶ Zu Unrecht bezweifelt von NOORDRAVEN 54: Der Verleiher habe nicht einmal indirekt einen Nutzen. Aber der Verleiher kann vom Entleiher bei anderer Gelegenheit eine Gefälligkeit erwarten. Über die bei allen unentgeltlichen Geschäften in einem weiteren Sinn synallagmatisch miteinander verknüpften Wohltaten (vgl. nur Senecas *De beneficiis*) siehe WACKE, „Europäische Spruchweisheiten über das Schenken“, in: R. Zimmermann u. a. (Hrsgg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (Heidelberg 1999) 326–343.

⁹⁷ Die *opinio domini possidere* nennt Paulus sogleich als Voraussetzung für die Noxalhaftung in D. 9,4,22,1. Genauer ist passiv legitimiert der dem modernen „Halter“ entsprechende *bonae fidei possessor*, siehe WACKE, Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers. Grenzen prozessualistischer Betrachtungsweise der römischen Rechtsquellen. Festschrift für Erwin Seidl (Köln 1975) 179–219.

⁹⁸ Die *facultas repetendi* fehlt nach D. 9,4,22,2 einem Schuldner, der seinen Sklaven unter Besitzübertragung verpfändete, wenn seine flüssigen Geldmittel nicht ausreichen, um ihn wieder auszulösen.

VII. *Actio auctoritatis* anstelle der *actio ex stipulatu*?

Ähnlich wie beim Begriffspaar *pignus* und *fiducia* plädiert Hans Ankum ausführlich dafür, dass ein lehrreiches Fragment aus Papinians *Quaestiones* anstelle der überlieferten *actio ex stipulatu* ursprünglich von der *actio auctoritatis* gehandelt habe.

D. 21,2,66pr. (PAPINIANUS libro vicesimo octavo quaestionum)

(a) *Si cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est experietur, emptor id facere suspersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus nec committitur stipulatio.* (b) *non idem in Serviana quoque actione probare potest: haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocatur et soluta pecunia venditori dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine non competat.*

[(a) Wenn der Verkäufer dem Käufer riet, eher die publizianische Klage oder die für Erbpacht-Grundstücke proponierte Klage zu erheben, der Käufer dies jedoch nicht tat, so schadet ihm jedenfalls sein dolus und die (Eviktions)Stipulation verfällt nicht. (b) Dasselbe kann nicht auch bezüglich der Pfandklage gebilligt werden: Obwohl sie nämlich eine dingliche Klage ist, nimmt sie dem Beklagten bloß den Besitz fort, und mit der Zahlung des Geldes an den Verkäufer erlischt sie; daran erkennt man, dass sie dem Käufer im eigenen Namen nicht zusteht.]

Hier geht es um einen (selteneren) Fall der von mir in Kurzform sogenannten „umgekehrten Eviktion“ beim Streit um die Wiedererlangung einer vom Käufer verlorenen Kaufsache, d. h. um einen Eviktionsprozess mit umgekehrten Parteirollen.⁹⁹ Der Käufer musste schon im eigenen Interesse abwägen, mit welcher individuell zu bezeichnenden *actio* er gegen den Besitzer vorgehen sollte, die am sichersten zum Ziele führen würde. Erhebt er entgegen dem Rat des Verkäufers die *rei vindicatio* und verliert er den Prozess wegen des dafür schwieriger zu erbringenden Beweises seines Eigentums, dann wird ihm wegen seines dolosen Verhaltens der Eviktionsregress gegen den Verkäufer versagt (soweit der erste Satz). Riet ihm der Verkäufer hingegen zur Erhebung der Pfandvindikation, dann braucht der Käufer dem nicht zu folgen; denn damit räumte der Verkäufer selbst ein, dem Käufer nicht das Eigentum bzw. das

⁹⁹ WACKE, Die sorgfältige Klagen-Auswahl durch den Käufer bei umgekehrter Eviktion (Papinian Dig. 21,2,66pr.): *Da mihi facta, dabo tibi ius?* in: *A bonis bona discere*. Festgabe für János Zlinszky zum 70. Geburtstag (Miskolc 1998) 63–89. Im Internet: <http://kups.ub.uni-koeln.de/6713/>.

geschuldete *habere licere*, sondern bloß ein Pfandrecht verschafft zu haben (Satz 2).

Diese vom Wortlaut ausgehende Auslegung bezeichnet Ankum als „unrichtig“.¹⁰⁰ Dem palingenetischen Kontext zufolge handele das Fragment nicht von der Eviktionsstipulation, sondern von der *actio auctoritatis*. Doch wie kann eine Interpretation unrichtig sein, die Sachverhalt und Entscheidung schlüssig und plausibel erklärt? Und kommt es für die Entscheidung überhaupt darauf an?

Nach Ankums These seien sämtliche Paragraphen dieses Papinianfragments der *actio auctoritatis* gewidmet gewesen. Nachdem er dies (S. 3 ff.) für die drei auf das pr. folgenden Paragraphen gezeigt zu haben glaubt, sei dasselbe auch für das vorangehende pr. glaubhaft. Aber woher nimmt Ankum dafür die Gewissheit? Behandelte Papinian alle vier Paragraphen nacheinander zusammenhängend aus einem Stück? Wir wissen nicht, wieviel Text die Kompilatoren zwischen ihnen herausgeschnitten haben.¹⁰¹ Und woher nehmen wir die Gewissheit, dass Papinians 28. Quästionenbuch außer der *actio auctoritatis* von nichts anderem gehandelt hat?

Schon ein kurzer Blick in Lenels Palingenesie führt nun zu dem überraschenden Ergebnis, dass von den erhaltenen Fragmenten im 28. Quästionenbuch in Lenels Palingenesie (I 870–874) fast fünf Spalten den Stipulationen gewidmet sind, gegenüber nur einer halben Spalte mit der angenommenen Rubrik *De auctoritate*. Angesichts dieser großen, schier überwältigenden Mehrheit von *stipulatio*-Texten in Papinians 28. Buch, die man nicht verschweigen sollte, kann man die Einfügung von D. 21,2,66pr. unter die angenommene Rubrik *De auctoritate* durch Lenel wenn nicht als geradezu willkürlich, so doch nur als einen möglichen, aber noch einer näheren Prüfung zu unterziehenden Vorschlag auffassen.

Tatbestandlich bezieht Ankum (S. 6 f.) die Textpassage des pr. auf den Verkauf eines Grundstücks, genauer eines *fundus italicus*. Damit verengt Ankum den Anwendungsbereich erheblich, denn wegen der von der Auktoritätshaf-

¹⁰⁰ ANKUM, D. 21,2,66pr. Eine schwierige Papinianstelle über die *auctoritas*-Haftung des Verkäufers im Fall umgekehrter Eviktion, in: *Iurisprudentia universalis*. Festschrift für Theo Mayer-Maly (2002) 1–10, in Fn. 8. Wiederabgedruckt im Sammelband: ANKUM, Nueva antología romanística (Madrid 2014). Ebenso kürzer zuvor ANKUM, OIR 2 (1996) 27–32, in Fn. 78.

¹⁰¹ Exzerpte aus einem Buch eines Originalwerks, zwischen denen die Kompilatoren klassischen Text ausließen, fügten sie öfters zu einem Fragment zusammen. Dadurch entstand „die Suggestion eines kontinuierlich fortlaufenden klassischen Textes“, nach WIEACKER (Fn. 35) 158.

tung vorausgesetzten *mancipatio* käme nur ein Grundstückskauf unter römischen Bürgern in Betracht. Näher liegt jedoch der Besitzverlust an irgendeiner beweglichen Sache, insbesondere das Entkommen eines Tieres, die Flucht eines Sklaven.

Ob auch von Papinian alternativ genannte italische Vektigalgrundstücke zu den *res mancipi* zählten und ihre Veräußerung deshalb mit der Auktortätshaftung verbunden werden konnte, hätte einer Begründung bedurft. Kann ein Käufer befugtermaßen *hunc eum fundum meum esse aio ex iure Quiritium* behaupten, wenn er sich zur Wiedererlangung des später verlorenen Besitzes nicht der *rei vindicatio* bedienen konnte?

Die von Papinian thematisierte Frage war, in welcher Weise der Käufer die Wahl zwischen den einzelnen in Betracht kommenden *actiones* zur Wiedererlangung der Kaufsache auszuüben hat. Auf welche Klage hin ihm im Falle des Prozessverlusts anschließend wegen seines eigenen Auswahlverschuldens der Regress gegen den Verkäufer versagt wird, ist zweitrangig und für die zu entscheidende Ausgangsfrage nebensächlich. Sollte Papinian die *actio auctoritatis* genannt haben, dann wäre dies nur eine kleine, den Kern nicht verändernde Randkorrektur. Für die *actio ex stipulatu* wäre (wie Ankum einräumt) im Ergebnis nicht anders zu entscheiden.¹⁰² Für den zentralen Punkt, auf den es dem Juristen ankommt, erbringt die Verengung des Sachverhalts auf die Auktortätshaftung somit keinen erheblichen Erkenntnisgewinn.

Zu kritisieren ist vor allem die Exklusivität, mit der Ankum das pr. des Papinianfragments für die *actio auctoritatis* beansprucht und jede Beziehung auf die *stipulatio duplae* entgegen dem Wortlaut verneint. Unter Beobachtung der methodisch gebotenen Vorsicht lässt sich nur vermuten, dass Ähnliches wie für die *stipulatio duplae* auch für die *actio auctoritatis* gegolten haben könne.

Ohne tatbestandliche Einschränkung ist Papinians Fragment ein wichtiger theoretischer Traktat über die Unterschiede zwischen *rei vindicatio*, *actio Publiciana* und Pfandvindikation. Das aufschlussreiche Lehrstück läuft konsequent auf die Erkenntnis hinaus, dass die Pfandvindikation einem Kläger keinen dauerhaften Besitztitel (also kein *habere licere*) verschaffen kann, weil das

¹⁰² ANKUM, OIR 2 (1996) 28 f. Die Ausdrucksweise *omnimodo nocebit ei dolus suus nec committitur stipulatio* spricht dafür, dass die Stipulation schon von Rechts wegen nicht verfällt, vermutlich wegen einer ihr hinzugefügten *dolus*-Klausel, die Papinian hier kommentiert. Gegen eine *actio de auctoritate* müsste sich der Verkäufer hingegen mit einer *exceptio doli* schützen, wie auch Ankum annimmt. Ihre Nichterwähnung spricht zugunsten der Echtheit des Textes.

akzessorische Pfand mit der Schuldtilgung erlischt.¹⁰³ Auf die Pfandvindikation kann ein gewährschaftspflichtiger Verkäufer den Käufer deshalb nicht verweisen. Beide Ergebnisse aus den Sätzen **a** und **b** gelten unabhängig davon, ob der Käufer mit der Klage aus einer *stipulatio duplae* oder aus der *auctoritas*-Haftung gegen den Verkäufer vorgehen will.

VIII. Zusammenfassung

1. Die Beweiskraft des palingenetischen Arguments für die Aufklärung des Textinhalts ist ambivalent. Bei oft aus sich allein heraus nicht restlos verständlichen Kurzfragmenten ist der palingenetische Zusammenhang häufig erhellend. Insbesondere kann die *inscriptio* darüber Auskunft geben, wenn Stücke aus Juristenschriften oder Kaiserkonstitutionen voneinander getrennt und in der Kompilation auf verschiedene Titel verteilt wurden. Gegen den überlieferten Wortlaut längerer Stücke mit plausiblen Inhalt darf der mutmaßliche ursprüngliche Ort der Äußerung andererseits nur mit höchstmöglicher Sorgfalt ausgespielt werden. Stets sind in Erwägung zu ziehen der Charakter der Juristenschrift, sowie eine eventuell fehlerhafte Überlieferung der *inscriptio*, trotz wohl meist sorgfältiger Überprüfung beim handschriftlichen Vervielfältigen. Stets ist auch zu berücksichtigen, dass die Masse des Verlorenen um ein Vielfaches größer ist als die des Erhaltenen, und dass die klassischen Juristen überdies keine Meister der Systematik waren.

Als Faustregel für die Exegese ist festzuhalten: Zu Gunsten der Inhaltsaufklärung kann das palingenetische Argument hilfreich sein. Entgegen dem überlieferten Wortlaut ist es hingegen, zumal bei den weniger systematisch angelegten kasuistischen Schriften, im Zweifel nicht ausschlaggebend. Mit dem Aufsuchen des palingenetischen Zusammenhangs sollte eine Exegese auch ebensowenig beginnen¹⁰⁴ wie mit der inhaltlichen Echtheitsfrage. Mit beidem würde die Interpretation vorschnell auf eine bestimmte Richtung festgelegt. Ebenso präjudizierend wirkt bei der Textwiedergabe die heute überwundene

¹⁰³ Diese wichtige Quintessenz ist keinesfalls ein Glossem, wie ANKUM, OIR 2, 28 und Fs. Mayer-Maly 9 Fn. 37 vermutet. Dagegen WACKE, Fs. Zlinszky 74. Den Inhalt des angeblichen Glossems hält ANKUM, OIR 2, 31 f. für durchaus richtig. *Unde fit* übersetzt Ankum (wörtlich) mit „so geschieht es“. Gemeint ist: „daran erkennt man, daraus geht hervor, hieraus ergibt sich, hieran wird deutlich“. So auch in Papinian D. 7,2,11 und schon bei Gaius 3,181.

¹⁰⁴ So geht allerdings ANKUM vor in Festschrift Mayer-Maly 2 f.

Klammertechnik. An den Anfang gehört stets der Versuch, den Textinhalt aus sich selbst heraus zu deuten.

2. Zur Spezialfrage der *fiducia*: Lenels Inanspruchnahme von *pignus*-Texten für die *fiducia* beruht auf unzureichenden methodologischen Vorüberlegungen. Angesichts eines reichen Fallmaterials, das den Kompilatoren auch zum *pignus* vorgelegen haben muss, ist eine Streichung der noch der obsolet gewordenen *fiducia* gewidmeten Fragmente wahrscheinlicher als ihre zeitraubende, zudem solide Rechtskenntnisse erfordernde Umarbeitung. So leicht wie von Lenel etwas eilig angenommen wäre die Ersetzung nämlich nicht gewesen. Ein bloßer Austausch von Wörtern genügt nicht.¹⁰⁵ Gefordert war ein gründliches Durchdenken der Konsequenzen, wenn das Ergebnis hieb- und stichfest sein sollte. Ob für eine Transformation von *fiducia*-Fragmenten auf das *pignus* ein praktisches Bedürfnis bestand, wurde von Lenel und seinen Gefolgsleuten weder diskutiert noch geschweige denn nachgewiesen. Der Wegfall von *mancipatio* und *fiducia* im justinianischen Recht ist darum für sich genommen kein Interpolationsindiz.

Die im Digestentitel 13,7 bei einzelnen Juristen angegebenen unterschiedlichen *inscriptiones* sind kein Unechtheitskriterium, wenn man mit Lenel davon ausgeht, dass es für das *pignus* als Verpfändungskontrakt (wie für *depositum* und *commodatum*) außer einer *formula in factum concepta* ein *bonae fidei iudicium* gab. Dieses war vermutlich in der Nachbarschaft zur verwandten *fiducia* proponiert, sodass es für das *pignus* ausnahmsweise zwei *sedes materiae* gab, die von einem und demselben Juristen folgerichtig in unterschiedlichen *libri* kommentiert wurden.

Die Einklammerung des Wortes *fiducia* und seine Ersetzung durch *pignus* bei der Textwiedergabe empfiehlt sich nicht; sie täuscht nämlich eine trügerische Gewissheit vor. Die Einklammerung ist nicht so zu verstehen, als ob der Bezug auf die *fiducia* ein ausschließlicher wäre und der Textinhalt für das *pignus* nicht in Betracht käme. Der hierfür erforderliche Nachweis, dass ein vom *pignus* handelnder Text dazu unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt passt, gelang höchst selten. Öfter wirkt umgekehrt ein behaupteter Bezug auf die *fiducia* gezwungen. Wegen gleicher Rechtsfolgen ist aber die Frage, ob *fiducia* anstatt *pignus* oder *actio auctoritatis* anstatt *actio ex stipulatu* zu lesen ist, letztlich in vielen Fällen belanglos.

¹⁰⁵ In diesem Sinne freilich ANKUM, Festschrift Mayer-Maly 5 f.: Anhand oft rein mechanischer Ersetzung der Bezeichnungen von Rechtsinstituten lasse sich die klassische Rechtslage (wenngleich mit einiger Mühe) rekonstruieren. Diesem (scil. oft oberflächlichen) Vorgehen der Kompilatoren sei es zu verdanken, dass vor allem anhand des Kontextes der frühere, klassische Rechtszustand erkannt werden könne (so S. 10).