

# Glossen

## in der Reihenfolge ihres Erscheinens im Text

### *Römisches Recht von den Anfängen bis heute*

#### Okko Behrends

#### 1. Königszeit

Sie reicht von der Zeit, in der sich die einwandernden Latiner in Latium in Siedlungen niederließen, die unter Richter Königen standen, deren Macht auf die Wahrung des Rechtsfriedens beschränkt waren, bis hin zum letzten der etruskischen Stadtherren, in deren Hand die Rechtswahrung und das Militärkommando vereinigt worden waren, das ursprünglich einem von Fall zu Fall vom Volk gewählten, „Heermeister“ (*magister populi*) genannten „Feldherrn“ übertragen wurde. Vgl. G.4. Das Datum für die Vertreibung der etruskischen Stadtherren: „Fünfhundertzehn, die Könige müssen geh'n“, ist von der römischen Annalistik erschlossen und trifft als Annäherung zu.

#### 2. *gentes* (vgl. 4.)

Das Wort (Singular *gens*) bezeichnete ursprünglich die protorömischen Siedlungsverbände Latiums. Sie lebten in den patrizischen Geschlechterverbänden fort, aus deren im 8. oder 7. Jh. erfolgtem Zusammenschluss im Quirinalbund die älteste, von Vorrechten der Patrizier geprägte Verfassungsschicht Roms hervorgegangen ist. Nur die Patrizier hatten *Gentes*, aus denen sie stammten und damit „Väter“, die ihnen den auszeichnenden Namen und das ihnen dadurch mitgegebene besondere Charisma verliehen. Nach den auguralen Prinzipien der Ursiedlungen besaßen daher die Patrizier die Fähigkeit, das Recht als Interpreten des Juppiter Optimus Maximus zu verwalten. Mit der Zulassung der Plebejer zu den höchsten Ämtern verlor diese Lehre nach und nach ihre Überzeugungskraft.

Der Ausdruck *gens* nimmt in der ersten hellenistischen Rechtswissenschaft, die sich seit dem Beginn des 3. Jh. v. Chr. durchsetzt und von den ersten „plebejischen“ Pontifikaljuristen ausging, eine Bedeutung an, die in der griechischen Sprache kein Vorbild findet und daher als eine Art Kampfprägung der „Ständekämpfe“ erscheint: Er bezeichnet jetzt unterschiedslos alle Naturstämme, in deren Gesamtheit sich die Einheit der in — das Stammesprinzip überwindenden — *Civitates* gegliederten Menschheit abbildet. Der patrizische Sinn des Wortes ist damit aus dem Zentrum verdrängt. In der zweiten hellenistischen Rechtswissenschaft bezeichnet das Wort dann die vom universalen *ius gentium* geordneten Staatsvölker.

#### 3. *rex, regis, m.*; Plural *reges*

Das Wort hat in der römischen Geschichte einen tiefgreifenden Wandel erlebt. In seinem Ursprung war der *Rex* ein dem Gott Juppiter Optimus Maximus geweihter und daher von vielen Friedenstabus umgebener auguraler Kleinkönig, der den die Agrarsiedlung segnenden „Hain“ (G.5) bewohnte und kraft seines religiösen Charismas allein fähig war – daher sein Name –, die Grenzen und die Lebensverhältnisse friedensstiftend zu regeln. Dass er (vgl. G.1) keinerlei militärische Gewalt hatte, ist darin bewahrt, dass auch später die *regia potestas* der Konsuln innerhalb des Friedenskreises der vom sakralen Mauerring des *pomerium* umschriebenen Stadt Rom, der *domi* („zu Hause“) genannt wurde, auf Jurisdiktion, Auspiziennahme und Inaugurationen beschränkt war und der mit dem Konsulat verbundene militärische Oberbefehl erst *militiae* („im Kriegsbereich“) auflebte.

Durch die Regel, dass der militärische Oberbefehl – das *imperium* – im Friedenskreis erlischt und nur im Kriegsbereich gilt, ist die Vereinigung von richterlicher und militärischer Gewalt in einer Hand mit der auguralen Religion in Einklang gebracht. Wie sehr die Ausübung militärischer Gewalt im Friedenskreis, die ein Kennzeichen des tyrannisch gewordenen Stadtkönigtums der Etruskerherrschaft war, die augurale Religion verletzte, sieht man an der ohne diesen religiösen Hintergrund nicht erklärlichen Schärfe, mit der das politische Bestreben, König zu werden, das *crimen regni*, als ein todeswürdiges Verbrechen angesehen wurde.

#### 4. *ius gentium*

Der Begriff bezeichnet in seiner ältesten Schicht das Recht, das unter den protorömischen Siedlungen Latiums galt und unter ihnen, getragen von dem die Siedlungen verbindenden Kult des Juppiter Latiaris friedlichen Rechtsverkehr und bei Rechtsverletzungen geordnete Fehden, Gesandtschaften und Friedensschlüsse ermöglichte. Durch die beiden hellenistischen Rechtswissenschaften wurde der Begriff universalisiert und zu dem Teil des *ius civile* einer Civitas, das kraft Menschenrechts gilt. In der ersten dieser Rechtswissenschaften bezeichnete der Begriff das Recht aller Mitglieder der zuvor in Naturstämme gegliederten Menschheit. Dieses Recht soll in der Ordnung jeder Civitas vorgehalten werden. Es unterscheidet zwischen allgemeingültigen Berechtigungen und einem ebenso universalen, den Rechtsverkehr ermöglichenden Vertrauensprinzip (*fides, bona fides*). Die zweite hellenistische Rechtswissenschaft beschränkt das *ius gentium* auf die universalen Berechtigungen. Die universal verpflichtenden Verkehrswerte werden von der Rechtsethik übernommen, deren Durchsetzung dem Gerichtsmagistrat obliegt.

#### 5. *lucus*

Der Satz *lucus a non lucendo* (etwa: „die Lichtung heißt so, weil es in ihr nicht licht ist“), dessen bekanntere Parallele lautet: *canis a non canendo* („der Hund heißt so, weil er nicht singt“), hat eine sachliche Pointe, wenn man auf die dichten Gehölze blickt, die, auf den Feldern stehen gelassen, vom römischen Landmann mit religiöser Scheu betrachtet und nur unter Beachtung religiöser Rituale und Sühneopfer für die in ihnen geglaubten Mächte verkleinert werden durften. Der Hain der auguralen Ursprünge des römischen Rechts war dagegen die naturhaft entstandene Lichtung. Die in ihm kraft des mit Juppiter identifizierten Himmelslichts frei aufkeimenden Gräser, die Vorfahren allen Getreides, wurden dahin gedeutet, dass der gleiche Gott es unter seinen Segen nehmen werde, wenn die Menschen durch Rodungen weiträumige, zum Getreideanbau fähige Felder herstellen und sie ihm in der Form eines aus der Siedlung entfalteten, die kosmische Ordnung spiegelnden Grenzsystems verehrungsvoll darbieten würden.

#### 6. Kult der Heiligen Gräser

Den reinen Kräutern, den *herba pura*, die auf dem Kapitol, dem Heiligtum des Himmelsgottes Juppiter Optimus Maximus, wuchsen, wurde eine besondere Kraft zugeschrieben. In diesen zum Ackerbau ermutigenden Gräsern war die Kraft des von der Siedlung verehrten Gottes konzentriert. Vgl. (G.5). Der *pater patratus*, der künstliche, jeweils ad hoc für Akte des auguralen *ius gentium* ernannte „Vater des Gemeinwesens“, erhielt dadurch, dass im Ernennungsritus sein Haupt von ihnen berührt wurde, die Kraft, einen von dieser Gottheit gewährleisteten Friedensvertrag (*foedus*) zu schließen (Livius I 24,6). Die Mitführung eines Grassodens voller Gräser (*gramina*) stellte die Gesandten Roms unter den Schutz dieses Gottes und machte sie sakrosankt. – Die symbolische Gegenwart des Grases im ältesten Vertrag des römischen Rechts, der *stipulatio* (*stipula* „der Halm“), in der sich der Darlehensnehmer für den Fall der Nichtzurückzahlung eines Darlehens unter Einsatz seiner Verbandsstellung der Herrschaft des Gläubigers unterwarf, erlaubt eine Deutung dieses „Muttergeschäfts“ aller rechtsgeschäftlichen Obligationen: Bis zur Fälligkeit stand seine Freiheit unter dem Schutz der Kraft des den Siedlungsfrieden gewährleistenden Gottes. Vermutlich war das dadurch sinnfällig gemacht, dass sein „Persönlichkeitsstab“, die *vindicta*, durch ein Umwinden mit Gras, d.h. durch die in der *stipulatio* benannte „Verhalmung“, in die Obhut des im Heiligen Hain residierenden, priesterköniglichen Siedlungsvorstands gegeben wurde, der auf diese Weise als Urbild des *vindex* für seine Freiheit „bürgte“.

#### 7. Die Monatsnamen des Sonnenjahres

Sie zeigen teilweise eine sich steigende, dem Sonnenjahr abgeschauten Abfolge der Vegetation an: Im April (*aprire*) öffnen sich die Blüten, im Mai wird alles größer (*maius*), im Juni kommt vieles zur ersten Reife (vgl. *iunior; iunior*).

#### 8. Familiennamen nach äußeren Merkmalen

Im Fall Caesars war der Vorfahr, der der Familie den Namen gab, nach Plinius d.Ä. durch Kaiserschnitt (*sectio Caesarea*) zur Welt gebracht worden, im Fall Ciceros trug dieser Vorfahr ein Gesichtsmal, das einer Kichererbse

ähnlich war. Diese Familiennamen sind regelmäßig nicht schmeichelhaft. Labeo – der Wulstlippige, Strabo – der Schieläugige; Brutus – der Dumme. Anerkennende Würdenamen tauchen erst später auf: in der politischen Geschichte der Annalistik (Poplicola – der Volksdiener) und bei den vom Hellenismus geprägten Juristenfamilien (Sophus – der Weise).

## 9. \*ven

Der \*ven ist die Zentralfigur des Vindikationsmodells, das von dem Götterfrieden der *venia et pax deum* (wörtlich: der von den Naturmächten ausgehende Gnaden- und Friedenszustand) gesegnet ist. Er ist dank des Rechtsfriedens, in dem er lebt, ein freier Siedlungsgenosse (vgl. Winfried; skandinavisch *ven* (u.ä.) – „Freund“; irisch *fine* – „Familie“ im weitesten Sinne). Das *vin-dicere* des *vin-dex*, eines Bürgen, der in die Rolle des königlichen Siedlungsvorstands getreten ist, spricht ihm diese Eigenschaft zu, ebenso das ihm geltende *vindicare* im Prozess der Erlangung der Freiheit. Die ihm zustehenden Siedlerrechte über abhängige Familienangehörige, Grund und Boden, Tiere und bewegliche Sachen macht er durch *vindicare* im eigenen Namen geltend. Stets dabei ist die ihn berechtigende *vindicta*, ein Stab, der seine Freiheit symbolisiert und ihm Recht zu beanspruchen erlaubt. - Dass in allen Rechtswörtern dieser Wortfamilie an die Stelle des „e“ in \*ven ein „i“ tritt, ist eine lautgeschichtliche Schwierigkeit, die die Etymologie *vim-dicere* hervorgebracht hat. Diese Erklärung ist aber semantisch unhaltbar, da die anerkannte Freiheit in einem Siedlungsverband mit Gewalt nichts zu tun hat, und vermag zudem formal den Akkusativ in einer solchen, regelmäßig vom Wortstamm (und nicht von einem konkreten Kasus) ausgehenden Bildung nicht zu erklären. Zur Zeit wird diskutiert, ob die Tatsache, dass die erste hellenistische Jurisprudenz Roms alle (von ihr als „Zusätze zur Natur“ gedeuteten) Vindikationsrechte von der kriegerischen Gewalt herleitete und die *vindicta*, eigentlich ein Stab, als Lanze deutete (Gaius IV 16), über eine an die Wörter herangetragene gelehrte Etymologie auf den (sonst nicht leicht erklärlichen) Wandel des Vokalismus eingewirkt haben könnte.

## 10. Die Aborigines

Die „von Anfang an“ (*ab origine*) in Latium siedelnden Menschen sind als die „Eingeborenen“ der Gegend (vgl. englisch *aborigines* für die Ureinwohner Australiens) eine Erfindung der frühen Annalistik. Die Nähe zur stoischen Anthropologie, die sich mit dem Konzept der „Autochthonen“, d.h. der „Erdgeborenen“, den Anfang des Menschengeschlechts als Ergebnis einer Aussaat göttlichen Samens in die fruchtbare Mutter Erde zurechtgelegt hatte, ist sicher kein Zufall, sondern erklärt sich daraus, dass die ältesten Annalen, die sogenannten *Annales maximi* vom Pontifikalkollegium geführt wurden, das seit dem Pontifex Sempronius Sophus (Consul 304 v.Chr.) und dem Pontifex maximus Tiberius Coruncanius (Consul 280 v.Chr.) in den Lehren, die den Ursprung des Menschengeschlechts und die Prinzipien der Rechtsentwicklung betreffen, der Stoa folgten.

## 11. Triumph

Die Ableitung des Wortes von *Thriambos* (θρί-αμβος), das einen stampfenden dreigliedrigen Kriegstanz bezeichnet, bewahrt etwas von den Gründen, die es dem siegreichen Feldherrn, dem ein Triumph bewilligt worden war, gestatteten, in vollem Besitz seiner Militärgewalt und mit allen Zeichen seines Sieges im Kriegswagen auf das Kapitol zu ziehen. An sich gehörte es zu den fundamentalen Grundsätzen der auguralen Religion, dass im Friedenskreis der Urbs das Militärkommando erlischt. Denn auch die größer gewordene Urbs bleibt davon bestimmt, dass sie ursprünglich das von einer ringförmigen Pflugspur markierte Siedlungszentrum war, in dem die Jurisdiktion im Namen des Ius die Störungsfreiheit des Vindikationsmodells gewährleistete. Die vom Kriegsgott Mars verkörperte Macht beherrschte nur den Außenbereich *militiae*, der mit dem ihm geweihten Marsfeld (*campus Martius*) begann, auf dem sich das Militäraufgebot in Waffen versammelte. Diese Macht wurde *domi* (zu Hause) nicht geduldet. Die Ausnahme von dieser Beschränkung ermöglichte die rituelle Identifikation des triumphierenden Feldherrn mit dem auf dem Kapitol in etruskischen Formen und Vorstellungen verehrten Himmelsgott, nicht zuletzt erkennbar an der roten Färbung seines Gesichts, die der Farbe des dortigen, tönernen, von etruskischen Künstlern geschaffenen Juppiterstandbildes entsprach.

## 12. Das *ius gentium* der ersten und zweiten hellenistischen Jurisprudenz

Im *Ius civile* der ersten hellenistischen Jurisprudenz, das uns im Systementwurf der *maiores* (Cicero, *de officiis* III 17,69, I 7,20-23) vorliegt, bezeichnet es das aus Berechtigungen und verkehrsrechtlichen Inpflichtnahmen bestehende Recht, das eine — wie Rom — das richtige Modell verwirklichende *Civitas* allen Menschen vorzuhalten hat.

Dass es dies in Rom unter dem Namen *ius gentium* leistet, drückt einerseits aus, dass davon grundsätzlich kein Mensch ausgeschlossen sein sollte, dass also damals so gut wie jeder Mensch in seiner Herkunft auf irgendeinen der zahllosen Naturstämme der Menschheit zurückgeführt werden konnte. Das *ius gentium* drückt zum anderen den Willen aus, dass die darin liegende Neuprägung des Wortes *Gens* der Privilegierung der sich auf ihre Herkunft aus den präurbanen Siedlungen berufenden Patrizier ein Ende machen sollte. Vgl. G.2 und G.4. – In der klassisch gewordenen, zweiten hellenistischen Jurisprudenz bezeichnet das gleiche Wort das in allen zum Rechtszustand übergetretenen Staatsvölkern (*gentes* in dem Sinn; vgl. das moderne Staatsvölkerrecht, frz. *droit de gens*) geltende und auf diese Weise die zivilisierte Menschheit verbindende Recht. Dieses *ius gentium* der klassischen *ratio iuris* (Cic. *part. orat.* 37,130) wird unmittelbar von der „Urversammlung“, der *conventio*, die den Übergang in den Rechtszustand herbeiführt, ausgelöst (Cic., *Topica* 23,90) und heißt darum: „Übereinkommener Teil“ (*pars conveniens*). Als solches ist es, da es die *Civitas* zuallererst hervorruft, Voraussetzung der beiden weiteren klassischen Rechtsquellen (vgl. *Inst.* I 2,1): der Gesetzgebung (*lex publica*) und des Gewohnheitsrechts (*mos maiorum*). Die auf diese Weise geschaffenen Berechtigungen des privaten und des Verfassungsrechts gelten grundsätzlich nur für die Bürger. Zugleich entspricht es seiner Herkunft, dass in den vom ihm ausgehenden Gesetzen – auch dank entsprechender Auslegungen – öfter Regelungen getroffen worden sind, deren Anwendung für alle Menschen als gerecht erscheint. Hierher rührt die Leichtigkeit, mit der das klassische Edikt die Geltung solcher Gesetze für und wider Nichtbürger erstreckt, indem sie ihnen einfach das Bürgerrecht „anfingiert“ (*fictio civitatis*). Vgl. Gaius IV 36.

## 13. Das höchste Gesetz der Stoa

In dem Digestentitel *De legibus* etc. (Über die Gesetze usw.) gibt das zweite Fragment Marcian 1 institutionum D 1,3,2 die Worte wieder, mit denen der stoische Philosoph Chrysipp seine Monographie „Über das Gesetz“ einleitet. Das dort zitierte „Gesetz“ ist „König aller göttlichen und menschlichen Verhältnisse“, d.h. das konkrete Vernunftprinzip schlechthin und damit zugleich spezifisch als „Maßstab des Gerechten und Ungerechten“ – gemäß der von Hercher<sup>WP</sup> vorgeschlagenen, allgemein akzeptierten Korrektur der Wortreihenfolge – „sowohl Herrscher als auch Führer der von Natur aus politischen Wesen“ (*καὶ ἄρχοντα καὶ ἡγεμόνα τῶν φύσει πολιτικῶν ζώων*.) Mit anderen Worten sagt dasselbe, wenn die vier, auf eine richtige Lebensführung zielenden Kardinaltugenden<sup>WP</sup>, beginnend mit der „Klugheit“ (*φρόνησις, prudentia*), als mögliche Eigenschaft des „von Natur aus politischen Lebewesens“ genannt werden (v. Arnim, *Stoicorum Veterum Fragmenta* III 63, 35 Ziff. 262 *φύσει πολιτικοῦ ζώου*). Dieses sich in den vier Gesinnungs- und Verhaltenstugenden konkretisierende Gesetz erteilt dem Menschen, wie er einmal ist, niemals kategorische Befehle. Er ist nämlich – anders als z.B. die „Sterne“, die als Bürger einer himmlischen Polis gedacht werden – außer Stande, das „vollkommen Richtige“ zu tun, das im Fall eines kategorischen Befehls von ihm gefordert werden würde, (v. Arnim *StVF* III S 140,10 Ziff. 520). Das bedeutet aber nicht, dass der Mensch die Anforderungen, die die „Natur“ an ihn stellt, nicht empfinden kann, und sich nicht von ihr geführt fühlen darf, wenn er sich annäherungsweise erfolgreich darum bemüht, dass er und seine Mitmenschen als Bürger einer in republikanischen Stadtstaaten gegliederten Welt möglichst glücklich leben.

## 14. Die Erstgründung der Stoa

Von grundlegender Bedeutung für die Geschichte des den Hellenismus prägenden griechischen Rechtsdenkens ist die Information, dass Antisthenes (ca. 445-365) — ein Zeitgenosse Platons — der geistige Gründer der Stoa war. Er war der Verfasser des für Zeno von Kitition (33/2-262/1), dessen überaus erfolgreiche Lehrtätigkeit in einer durch ihre Malereien berühmten Säulenhalle (gr. *Stoa*) dieser Philosophie ihren Namen gegeben hat, grundlegend gewordenen Werks über den Staat. (Vgl. Diogenes Laërtis VI 14/14 [Übersetzung Otto Apelt] „*Er (Antisthenes) gilt auch als geistiger Urheber der so überaus mannhaften Sekte der Stoiker <...>. Er war auch der Wegweiser <...> zu des Zenon Beharrlichkeit und hat selbst den Grund zu der Staatstheorie gelegt*). Denn durch die letzte

Feststellung, die in ihrem präzisen Wortlaut zu würdigen ist: „er war es, der für die Polis die geistigen Grundlagen legte“ (αὐτὸς ὑποθέμενος τῇ πόλει τὰ θεμέλια = *ipse iecit civitati fundamenta*) und die sich in seinen zahlreichen Schriften bestätigt findet, wird er zum Urheber der in der stoischen mit den Mitteln einer überlegenen Alternative durchgeführten Kritik an der Irrlehre, die die von Platon und Aristoteles vorgelegten Staatslehren belastet, nämlich dass nur die Herrschenden die Fähigkeit besäßen, die Forderung der Gerechtigkeit zu verstehen und zu befolgen. Carneades erneuert, wie Cicero (de re publica III 7,11 ausführt (dank Laktanz bewahrt) diese Kritik an Platon und Aristoteles: Er habe deren Rede widerlegt und ihre Gerechtigkeitsidee, die kein festes Fundament hatte, gestürzt (*iustitiam quae fundamentum stabile non habebat everteret*), nicht weil er beabsichtigt habe, die Gerechtigkeit zu kritisieren, sondern um jene als deren Verteidiger zu erweisen, die über sie nichts Sicheres, nichts Belastbares (*nihil certi, nihil firmi*) vorbringen.

## 15. Der verborgene Schatz im Grundstück

Die Lehre der jüngeren vorklassischen Jurisprudenz, die in einer kaiserzeitlichen Überlieferung dokumentiert ist (vgl. G.75), entzieht mit dem verborgenen Schatz dem eigennützigen Willen das Privileg, dass sein Streben auch dort anerkannt wird, wo er nur generell in dem Sinne vorliegt, dass jeder, der ein Grundstück erwirbt, auch alle in ihm verborgenen Möglichkeiten erwerben will. Diese „höhere Hilfe“ wird ihm dort, wo es um die Begründung von Eigenbesitz geht, entzogen: Der Wille wird vermenschlicht und auf das beschränkt, was er erfasst. Das heutige Sachenrecht kennt das unter der Kategorie des Spezialitätsprinzips. Vgl. G.16.

## 16. Das unmittelbar berechtigende Recht als objektive, dem Rechtswillen vorgegebene *condicio humana*

Die Strenge, mit der die von Q. Mucius Scaevola p.m. vertretene Jurisprudenz der Bestimmung eines Nacherben für den Erstberufenen, dessen Geburt der Testator erwartete, keine Geltung verschaffen will, wenn er wider Erwarten nicht geboren wird, sondern dafür eine ausdrückliche Ersatzerbenberufung verlangt (so nahe die Fälle der Totgeburt und der kurzfristigen Lebendgeburt in der menschlichen Erfahrungswelt auch nebeneinander liegen), hat seine Wurzel ersichtlich in einer höheren Einordnung der in der stoischen Philosophie als „Hinzufügungen“ (προσθήκαι) zur Natur eingeordneten Berechtigung des Ius civile einer Civitas. Vgl. v. Arnim, StVF III Ziff. 323 S.79,37; S.80, 10-14. Das wird deutlich, wenn man bedenkt, dass das griechische Wort „προσθήκη“ (Hinzugefügtes) schon früh mit dem (in der allgemeinen Wendung *condicio humana* fortlebenden Ausdruck „*con-dicio*“ („Hinzugesagtes“) übersetzt worden ist. Denn dann ergibt sich ein sehr aufschlussreiches *argumentum e contrario* aus einer sehr freien, mit dem Namen des Mucius bis heute verbundenen Zweckwillensauslegung im Bereich einer von einem Menschen gesetzten Bedingung. Eine negative Potestativbedingung im Testament: „Wenn Titius nie wieder Wein trinkt, sollen ihm 20.000 HS vermacht sein“, die wörtlich genommen erst mit dem Tode des Titius erfüllt ist, wird von Mucius, um den Willenszweck zu erreichen, Titius tunlichst vom Weintrinken abzubringen, in der Weise umgedeutet, dass das Vermächtnis fällig wird, wenn der Vermächtnisnehmer verspricht, für den Fall des Verstoßes gegen die Bedingung das Geld zurückzahlen. Dieses Versprechen heißt ihm zu Ehren *cautio Muciana*. Die Vorschrift des § 2075 BGB folgt ihm im Ergebnis, indem es eine solche aufschiebende Bedingung in eine auflösende Bedingung umwandelt. Das Ergebnis des Vergleichs ist sehr klar. Auf beiden Ebenen dient die *condicio* allein den formalen Berechtigungen (Gaius III 146), aber mit einer fundamentalen Distinktion. Gelten ihre Formen – wie von primären Regelungen des Ius civile geglaubt – kraft der Providenz, dann ist jede Einmischung menschlicher Zwecke in ihren höheren Primärsinn, der Sicherung menschlicher Freiheit, unzulässig: Er ist fortan streng auf das bezogen, was die Begriffe ermöglichen. Anders liegt es, wenn die Bedingungen als Zusätze von zweiter Ordnung den Primärberechtigungen von Menschen hinzugesetzt werden. Dann gehört die Verfolgung menschlicher Zwecke zu ihrem Wesen.

## 17. Erlaubtes Übervorteilen im Preis

Die Formulierung in den beiden Stellen gewährt vollständige Freiheit in der Preisvereinbarung. Ulpian 11 ad edictum D 4,4,16,4: „Im Preis für Kauf und Verkauf ist es den Kontrahierenden natürlicherweise erlaubt, einander zu übervorteilen“ (*in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*); Paul 34 ad edictum D 19,2,22,3 „Beim Kauf und Verkaufen ist es natürlicherweise gestattet, was mehr wert ist für weniger zu kaufen, und was weniger wert ist teurer zu verkaufen und so einander zu übervorteilen (*in emendo et*

*vendendo naturaliter concessum est quod plaris sit minoris emere, quod minoris sit plaris vendere et ita invicem se circumscribere.*) Nur Minderjährige wurden, wie der Kontext der ersten Stelle ergibt, gegenüber solcherart Übervorteilungen geschützt. In der Konzentration auf die freie Preisbildung liegt gegenüber dem Recht der klassischen Republik eine Einschränkung, denn arglistiges Verschweigen von Eigenschaften der Sache wurde in der Kaiserzeit nicht mehr geduldet.

## 18. Die klassische *bona fides* eine Qualifikation der *fides humana*

Ulpian beginnt den Kommentar zum klassischen Edikt *De pactis conventis* mit der alle vertraglichen Zusagen erfassenden Wertaussage (4 ad edictum D 2,14,1 pr): „Die Gerechtigkeit dieses Edikts ist die natürliche. Denn was entspricht mehr der menschlichen Treue als das, was unter den Menschen vereinbart worden ist, zu gewährleisten? (*Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, qua mea quae inter eos placerunt servare?*) und kann so sprechen, weil er unter dem Allgemeinbegriff der *conventio* alle vom Prätor geschützten Vertragszusagen erfasst hat, gleich (vgl. § 4) ob sie wie Kauf und Stipulation vom *ius* anerkannt sind oder wie der Pfandvertrag (*pignus*) klassisch nur kraft in Pflicht nehmenden Vorverhaltens (*factum*) gewährleistet werden. Da im klassischen Edikt Stipulation und Pfand unter den Ediktstitel *De rebus creditis* Rechtsschutz empfangen, in dem für einfaches *fidem sequi*, dem Vertrauen auf die Vertragstreue, eingestanden wird (vgl. Ulpian 26 ad edictum D 12,1,1,1, vgl. auch derselbe 27 ad edictum D 13,5,1 pr), ist die von Ulpian anfangs genannte *fides humana* wie die *conventio* ein gemeinsamer Nenner aller Verträge. Dass für den Kauf die gesteigerte Einstandspflicht der *bona fides* gilt, erörtert er dann später unter dem Gesichtspunkt der *bonae fidei iudicia* (Ulpian 4 ad edictum D 2,14,7 §§ 5-7). Es ist ein gedanklicher Aufbau, der von dem in der Kaiserzeit vordringenden aktionenrechtlichen Denken geprägt ist (vgl. Ulpian ebda. D 2,14,7 pr), darum aber nicht weniger klar bewahrt, dass die klassische *bona fides* eine Qualifikation der rechtsethischen *fides humana* ist.

Die Ingredienzien, die diese kaiserzeitliche Nivellierung des Vertragsrechts sichtbar macht, sind allesamt die des klassischen Humanismus, beginnend mit der *fides*, die der mythische Redner, der die aus der Wildnis zusammengerufenen Menschen zum Recht überredete (Cic. de inv. I 2 §§ 2/3), als eine sie zur Zivilisation befähigende Möglichkeit in ihren Seelen (*in animis hominum*) fand und zu beachten lehrte (*ut fidem colere et iustitiam retinere discerent*). Als vom Edikt her zu bewahrender Wert (vgl. G.52) erscheint diese *fides* in der Satzetymologie *fides quia „fit“ quod dicitur* (*fides* weil geschieht, was gesagt wird) als Pflicht, im Namen der Wahrhaftigkeit (*veritas*) Zusagen zu gewährleisten (de invent. II 22 §§ 66,67; Cicero de off. I 7,23). Diese Pflicht wird durch ein entsprechendes eine Zusage enthaltendes Vorverhalten (*factum*) ausgelöst, das wieder, da ein Attribut der Person (De invent. I 25,36), in allen Fällen die persönliche, in den Klagformeln durchgesetzte Verantwortlichkeit begründet. Stets ist diese Verantwortlichkeit auf das Zugesagte beschränkt.

## 19. Die vom klassischen Recht verarbeiteten Leitgedanken der Carneades-Reden von 153 v. Chr.

In dem dank Laktanz im wesentlichen bewahrten Text Cicero, de re publica III 12,21 heißt es von Carneades' Leitgedanken (*eius disputationis summa*), der seinen römischen Reden des Jahres 153 v. Chr. Kohärenz gegeben hatte: „Die Rechtsverhältnisse haben die Menschen nach Maßgabe der Nützlichkeit in Kraft gesetzt (*iura sibi homines pro utilitate sanxisse*) <... > Alle Menschen und alle anderen Lebewesen werden unter Anleitung der Natur zur Wahrnehmung ihres eigenen Nutzens geführt“ (*omnes et homines et alias animantes ad utilitates suas natura ducente ferri*). Die doppelte Aussage, dass der Mensch sowohl als Naturwesen wie als Wesen, das Recht hervorbringt, von seinem Nutzen geführt wird, kehrt bei Ulpian 1 institutionum D 1,1,1 §§ 2 und 3 darin wieder, dass dort einerseits (§ 3) ein soziobiologisches *ius naturale* gelehrt wird, das in seinen Ausprägungen in den sozialen Instinkten beim Menschen wie bei anderen Lebewesen auf den Nutzen der Erhaltung ihrer jeweiligen Art gerichtet ist und andererseits (§ 2) für das eingerichtete Recht (vgl. Cicero, Topica 23,90: *institutio aequitatis*) die *utilitas* in der Weise auf den republikanischen Unterschied von *ius publicum* und *ius privatum* überträgt, die das *publice utile* vom *privatim utile* unterscheidet. Dem entspricht wieder, dass Carneades (Cic. de re p. I 15,24) das Streben nach Reichtum und Macht sowohl für Privatmenschen wie für Staatsvölker (*vel privatis vel populis*) lehrt, und zwar vertieft durch die Sentenz „Die Rechtsvernunft ist in beiden die gleiche“ (*eadem est ratio iuris in utroque*), ein Axiom, das umso aussagekräftiger ist als es in seiner Begrifflichkeit auf die *iuris ratio* (Cicero, part. orat. 37, 129) verweist, deren Einteilungen, wie Cicero betont, aus der skeptischen, von Carneades gegründeten Akademie hervorgegangen sind (40,139: *e media illa nostra Academia*) und in der denn auch das Paar *ius*

*publicum / ius privatum* als eine seiner erfolgreichsten Partitiones an prominenter Stelle wiederkehrt. Es sind daher in Form und Wertung durchaus parallele Äußerungen, die uns von Carneades erhalten sind, wenn in ihnen zum einen festgestellt wird (de re p. III 12,20): „Ein jedes Volk hat das für sich in Geltung gesetzt, was es für seine Verhältnisse nützlich hielt.“ (*una quaeque gens id sibi sanxit quod putavit rebus suis utile*), zum anderen von den Einzelnen im Rechtszustand diagnostiziert (III 19, 29-20,31), dass, wenn sie die in diesem Zustand herrschende „bürgerliche Klugheit“ (*civilis sapientia*) und „bürgerliche Gerechtigkeit“ (*civilis iustitia*) führt, sie sich als Verkäufer das Geschäft nicht verderben werden, indem sie den Käufern Mängel der Kaufsache offenbaren.

Gedanklich verwirklicht ist das den Menschen in der Natur und im Recht beherrschende Nutzenprinzip durch den Mythos (Cicero, de inventione I 1 2-2,3) einer „Überredung zum Recht“, in der ein mythischer Redner die Menschen, die bisher den Tieren gleich (*bestiarum modo*) ein auf Gewalt gegründetes Leben geführt hatten, zusammengerufen und davon überzeugt hat, „welch ein Nutzen ein für alle gleiches Recht haben werde“ (*ius aequabile quid utilitatis haberet*), indem er auch denjenigen, der durch Gewalt am meisten vermochte, dazu brachte, dass er duldete, mit den übrigen gleichgestellt zu werden (*cum iis se pateretur aequari*), und dies aus dem einfachen Grund, weil er durch Rechtsfrieden nichts verlor, sondern vielmehr in Form der Rechtssicherheit für seine gewaltsam erworbenen Güter am meisten hinzugewann. Dieser Gründungsmythos, der alsbald zum Gegenstand der allgemeinen Erziehung wurde (vgl. Cic., pro Sestio 42,90; de Oratore I 8,33) und in dem „die Redekunst nichts ist als die redegewaltige Stimme der menschlichen Einsicht“ (Cic., Part. Or. 23,78 *nihil aliud est eloquentia nisi copiose loquens sapientiae*), erklärt auch widerspruchsfrei, dass das einmal durch Anerkennung der zusammen- und übereingekommenen Menschen in Geltung gesetzte und in seinen Strukturen eingerichtete Recht die Redekunst nicht mehr benötigte, sondern fortan nur mehr der Gewährleistung durch das Edikt des Magistrats und der dieses tragenden „Rechtsethik“ bedurfte. Entsprechend gibt Cicero das, was der mythische Redner über das Recht vermittelt hatte, zweimal gleichlautend wieder: einmal unter dem Gesichtspunkt des magistratischen Rechtsschutzes (Cic. de inv. II 22,65-68), dann (de inv. II 53,160-54,162) unter dem der *iustitia*, die an die freie Einsicht appelliert und sich, da sie mit dem positiven Recht übereinstimmt, als die *iustitia civilis* des Carneades zu erkennen gibt.

In diesem mit der Rechtsgleichheit (*aequitas*) identifizierten – in einer *iuris ratio* ausgeführten – *ius humanum* (Cic. part. orat. 37,129) haben die dem einzelnen nützlichen, in der Rechtsquellenlehre näher entfalteteten und in ihrer formalen Bestimmtheit den Rechtsfrieden sichernden Berechtigungen die Führung. Sie stehen als *aequitas legis*, der durch differenzierte Rechtsnorm der *propria legis* geregelten „Einrichtung des Rechts“ der *aequitas naturae*, der natürlichen, gleichen Verhaltenswerten verpflichteten Gleichheit gegenüber bzw. im klassischen Edikt als *civilis aequitas* der *naturalis aequitas* (Labeo bei Ulpian 38 ad edictum D 47,4,1,1). Ihre Werte, die Cicero, de invent. II 22,66 und II 53,162 gleichlautend näher beschreibt (vgl. G.32), ermächtigen den Magistrat, zur Verwirklichung, Ergänzung und Berichtigung des berechtigenden Teils des Rechts Verhalten in Pflicht zu nehmen, wenn es Berechtigungen nicht respektiert, den Werten entsprechende Erwartungen nicht erfüllt oder Berechtigungen zu Unrecht verfolgt. Die Führungsrolle der Berechtigungen wird dadurch nicht in Frage gestellt.

## 20. Das vorklassische Edikt

Das vorklassische Edikt, das sich in der jüngeren Form der ersten hellenistischen Jurisprudenz ausgebildet hat, ist immer nur ein (allerdings nicht unwichtiges) Hilfsmittel für die Bewältigung der Aufgabe der magistratischen Rechtswahrung geblieben und hat niemals wie das klassische Edikt die Geltung der gesamten Rechtswissenschaft repräsentieren wollen. Von dem Edikt des Publius Rutilius Rufus, Konsul 105, der als Schüler des Q. Mucius Scaevola diesen im Jahr 94 in dessen Statthalterschaft der Provinz Asia begleitet hat, erfahren wir nähere Einzelheiten. Er beschränkte als Prätor (vgl. Ulpian 42 ad edictum D 48,2,1,1) die Rechte des Freilassers an der Arbeitskraft des Freigelassenen auf die Hälfte. Sie konnten geltend gemacht werden entweder in Form eines vorklassischen, vom Geldprinzip unberührten Arbeitsvertrags (*locatio conductio*) durch Abforderung von Arbeitsleistungen oder in Form einer vorklassischen Gesellschaft, die das Recht auf die Arbeit als Einlage behandeln durfte. In das Vollstreckungsrecht führte er durch sein Edikt ein, dass zur Befriedigung der Gläubiger das Vermögen des Schuldners vom Obmann der Gläubiger en bloc an den Meistbietenden verkauft und der Erlös nach den Konkursquoten verteilt wurde (Gaius IV 35). In seinem Edikt wird auch die berühmte, auf das naturrechtliche Verkehrsrecht verweisende Einrede nicht gefehlt haben, mit denen Mucius in seinem kleinasiatischen Edikt (vgl. Cicero, ad Atticum VI 1,15) als Gouverneur den Wucherdarlehen der römischen

Ritter entgegnetrat, indem er bestimmte, dass ein Darlehensschuldner zu verurteilen sei, „außer wenn das Geschäft in einer Weise abgeschlossen wurde, dass es nach den Prinzipien der Bona Fides bei seinem Bestand nicht bleiben kann“ (*extra quam si ita negotium gestum sit ut eo stari non potest ex bona fide*). Die betroffenen Ritter, die damals im Besitz der Geschworenenstellen waren, rächten sich statt an Mucius an Rutilius Rufus und zwangen ihn durch eine Verurteilung in einem Repetundenprozess (weil er sich auf Kosten der Kleinasiaten bereichert habe), ins Exil, das er dann in Smyrna, am Ort seiner angeblichen Verfehlungen, hochgeehrt bis zu seinem Ende verlebte.

## 21. Spuren des Inkrafttretens des Rechts des klassischen Edikts im Jahre 82

Das anschaulichste Indiz liefert die *lex Plautia de vi* (vgl. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, S.378), die zwischen die Jahre 78 und 63 v. Chr. datiert wird. Sie musste, wie Gaius II 45 überliefert, ein Ersitzungsverbot für gewaltsam in Besitz genommene Sachen (*res vi possessae*) bestimmen, weil für das Recht des klassischen Edikts, das den Tatbestand des Diebstahls auf das heimliche Entwenden der Sache beschränkt (*rem alienam clam amovere*) und für den Raub, die gewaltsame Inbesitznahme einer Sache, ein Sonderedikt geschaffen hatte, ein gewaltsam entzogener Gegenstand nicht mehr als gestohlen galt und daher nicht mehr dem in den Zwölftafeln (XII tab. VIII 17) für solche *res furtivae* bestimmten Ersitzungsverbot unterlag. Dagegen war nach dem vorklassischen Recht der Diebstahl das naturrechtlich verbotene, „verwerfliche Antasten fremden Gebrauchs“ (*contrectatio fraudulosa*), was den Raub, wie in der Kaiserzeit Julian wieder lehren kann, als den „verwerflicheren Diebstahl“ (*furtum improbiorem*) erscheinen lässt. Höchst aufschlussreich ist auch, dass die *lex Cornelia de iniuriis* des Jahres 81 (Rotondi S.359), wie seine Behandlung im Ediktkommentar des Aulus Ofilius, eines Schülers des Servius, zeigt (Ulpian 56 ad edictum D 47,10,5,1), ganz die Handschrift der neuen Jurisprudenz trägt.

## 22. Sullas Ermächtigungsgesetz

Die Worte, die Cicero, de lege agraria III 2,4 über die lex Valeria findet, die für Sulla eine „Diktatur zum Zweck des Gesetzgebung und um der <Neu->Errichtung der Republik willen (*dictatura legibus faciendis et rei publicae constituendae causa*) schuf (vgl. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, S.348), sind unmissverständlich: „Ich meine, dass von allen Gesetzen das ungerechteste und einem Gesetz am unähnlichsten (*omnium legum iniquissimam dissimilimamque legis*) das ist, das der Interrex L. <Valerius> Flaccus über Sulla einbrachte, damit alles, was er täte, rechtsgültig sei“. Das klassische Recht ist denn auch in der Verwerfung eindeutig. In seiner Ordnung fordert der Begriff des Gesetzes, dass es sich als eine allgemeine, von der Volksversammlung beschlossene Regelung an das gesamte Volk wendet. Vgl. Cicero, de inventione II 54,162. Für ein Ermächtigungsgesetz ist in diesem System kein Raum.

## 23. Die Beendigung der Herrschaft der rechtlosen Gewalt

Dass die einer „Zeit“, die eine Epoche entfesselter Gewalt beenden muss, geschuldete „Norm“ eine eigene Rechtfertigung hat, steht für Cicero in der Art, wie er sie einordnet, außer Zweifel: Cic. leg. agr. III 2,5 „Es ist ein gehässiges Gesetz, hat aber gleichwohl eine Entschuldigung; es ist nicht das Gesetz eines Menschen, sondern das einer Zeit“ (*Est enim invidiosa lex <...>, verum tamen habet excusationem; non enim videtur hominis lex esse, sed temporis.*) „Denn durch die lex Valeria und die von Sulla ‚gemachten‘ <=nicht vor die Volksversammlung gebrachten, sondern dekretierten und von der lex Valeria ‚ratifizierten‘> Gesetze wird dem einen Bürger entzogen, was dem anderen gegeben wird. Eine schamlose Beschenkung ist mit bitterem Unrecht verbunden.“ (*Nam Valeria lege Corneliisque legibus eripitur civi, civi [coni. Clark] datur; coniungitur impudens gratificatio cum acerba iniuria.*) Da die willkürliche Umverteilung als Tatsache der Gewalt vom Recht aufgenommen wird, sieht Cicero Hoffnung nur darin, dass manchem Bereicherten das Gewissen schlägt: „Dennoch aber wird durch jene ‚Gesetze‘ dem, dem genommen wurde, eine gewisse Hoffnung eingeflößt, <nämlich> dem, dem gegeben wurde, <den anderen hoffen lassende> Skrupel.“ (*sed tamen imbibit illis legibus spem non nullam, cui ademptum est, scrupulum cui datum est.*)

## 24. Sullas *pacis constituendae ratio*

Cicero hatte schon im Jahr zuvor in einem Privatprozess in einer ebenfalls veröffentlichten Rede (Pro Quinctio) das Wort als Anwalt ergriffen, und zwar vor dem als Geschworenen eingesetzten, aus dem freiwilligen Exil



zurückgekehrten Juristen Aquilius Gallus. Cicero weist gleich zu Beginn der Rede Pro Sex. Roscio Amerino nachdrücklich darauf hin, dass er dort ein Wort zum Gemeinwesen (1,2 *verbum de re publica*) spricht, das in dieser Sache notwendig sei (*quod in hac causa fieri necesse est*). Dessen Inhalt wird dann auch in den folgenden zwei Sätzen in klarster Weise sichtbar. Der erste verlangt vom Kläger, sich mit unrechtmäßig erlangtem Vermögen zu begnügen und nicht denen, die es verloren haben - zur Beruhigung des Gewissens (2,6) - nach dem Leben zu trachten (3,7: *a Chrysogono peto ut pecunia fortunis nostris contentus sit, sanguinem et vitam ne petet*). Der zweite fordert von den Geschworenen bzgl. der Entscheidung, die von ihnen gefordert ist, zu erkennen, was als das für den Rechtsfrieden Grundsätzliche im Interesse aller zurückgewiesen werden müsse (*deinde a vobis <peto> ut <...> in causa Sexti Rosci periculum quod in omnis intenditur propulsetis*). Entscheidendes Gewicht erhält beides dadurch, dass der Redner sich als jemand zu erkennen gibt, der mit Sullas Denken vertraut ist und daher mit Sicherheit zu wissen behauptet, dass Chrysogonus in Unkenntnis Sullas gehandelt hat, als er die Formen der Proskriptionen missachtet habe (8,21 *Haec omnia, iudices, imprudente L. Sulla facta esse certo scio*). Er vermag auch den Grund dieses Übersehens anzugeben. Sulla sei ganz und gar von der Planung der Zukunft in Anspruch genommen, da allein er einen Weg zur Wiederherstellung des Friedens kenne (*ea quae videntur instare praeparet, cum et pacis constituendae rationem <...> solus habeat*). Auf diese Weise wussten die Richter gewissermaßen aus erster Hand, dass sie sich nicht dem Zorn des Diktators aussetzen, sondern im Sinne seiner Restaurationspolitik handeln würden, wenn sie in Anwendung der genannten Differenzierung die Klage des Chrysogonus abwiesen und sich nicht zu seinem Werkzeug machen ließen. Dass Cicero dies *verbum de re publica* in enger, wie auch immer hergestellter Abstimmung mit Sulla gesprochen hat, darf jetzt als sicher gelten, wo die Parallelität erkennbar ist, wie die ausgedehnte verfassungsmäßige, ohne ständige Rechtsberatung nicht denkbare Gesetzgebung Sullas mit der Publikation des klassischen Edikts verbindet. Es ist auch ausgeschlossen, dass Sulla keine Kenntnis von der Entwicklung hatte, die sich auf dem Gebiet des Rechts insbesondere seit Philons Römischen Vorlesungen des Jahres 88 v.Chr. vollzogen hatte. Die Gespräche, die Sulla vor seiner endgültigen Rückkehr nach Rom in Athen mit dem ihn dort ständig begleitenden jungen Atticus geführt hatte (Cornelius Nepos, Atticus 4,1-2), der als engster Freund Ciceros schon seit den gemeinsamen Schultagen bei Mucius Augur (Cic. de legibus I 4 13) mit der Entwicklung auf das Genaueste vertraut war, konnten für ihn insofern mehr als eine Erinnerung nicht bedeuten.

## 25. *Vim volumus exstingui, ius valeat necesse est*

Cicero, pro Sestio 42, 90-92. Cicero erinnert in dieser Rede die Richter an den mittlerweile allbekannten Mythos, dass es der Redner war, der die Menschen zum Recht bekehrt hat („Wer von uns wüsste nicht ...? - *Quis enim nostrum ignorat ...?*“), den er *De inventione* I 1,2-2,3 zum ersten Mal und dann wieder in seinem rhetorischen Hauptwerk *De oratore* I 8,33/34 herausgestellt hatte, weil er damals im Jahr 57 eine Lage vorfand, in der sich diejenigen, die ihn zurückgerufen hatten (darunter der Angeklagte Sestius) sich mit ihren Gegnern offene Straßenkämpfe lieferten.

## 26. Die *auctoritas principis*

Augustus sagt in seinem im ganzen Reich verbreiteten Rechenschaftsbericht der *Res gestae* (47): „Seit dieser Zeit [27 v.Chr] habe ich an „Rechtsautorität“ allen vorangestanden (*Post id tempus auctoritate omnibus praestiti*)“. Es war daher folgerichtig, dass Augustus (Pomponius I 1,2,2 49) als neue grundlegende Norm „verfügte“ (*constituit*), „damit dem Recht eine höhere Autorität erwiesen werde“ (*ut maior iuris auctoritas haberetur*), dass fortan von ihm dazu ermächtigte Juristen „kraft seiner Autorität Gutachten erteilten“ (*ut ex auctoritate eius responderent*). Wenn er in den zitierten Worten der *Res gestae* alsbald hinzufügt, „an Amtsgewalt aber hatte ich nicht mehr als die anderen, die zusammen mit mir in eine Magistratur gewählt wurden“ (*potestatis autem nibilo amplius habui quam ceteri, qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt*), nimmt das nichts zurück, sondern beschreibt mit der aus Magistraturen bestehenden Republik den Gegenstand, auf den sich die überlegene Rechtsautorität bezieht. Von seiner Grundbedeutung bezeichnet *auctoritas* immer ein hinzukommendes „Mehr“ an Geltung: so im Fall der *auctoritas patrum*, das den Abstimmungsentscheidungen des *populus Romanus* einst die augurale Rechtskraft verlieh, so später in der *auctoritas tutoris*, mit der ein Vormund den Rechtsakten des Mündels Rechtsgeltung verlieh. Beide Vorbilder wirken in der *auctoritas principis* unverkennbar fort.

## 27. Der Augustusname

Der kaiserzeitliche Historiker Sueton berichtet (Suet., Augustus 7), dass im Senat von einigen vorgeschlagen worden sei, den Imperator Caesar divi filius als zweiten Gründer Roms „Romulus“ zu nennen. Dann habe sich aber der Vorschlag von L. Munatius Plancus<sup>WP</sup> (Konsul 42) durchgesetzt, ihn „Augustus“ zu nennen, „nicht nur mit einem neuen, sondern auch einem ‚wirkungsvolleren‘ Beinamen“ (*non tantum novo sed etiam ampliore cognomine*). Die Begründung führt aus, dass damit zum ersten Mal einem Menschen diese Eigenschaft zuerkannt worden sei, die bisher nur augural, d.h. an durch Vogelzeichen geweihten Orten, den *loca augusta*, und den dies bewirkenden Zeichen zugesprochen worden sei. Für die auguralen Zeichen wird der bekannte Ennius-Vers angeführt: „Nachdem das ruhmreiche Rom durch himmlische Segenszeichen gegründet worden war [*Augusto augurio postquam incluta condita Roma est*] – es waren nicht weniger als zwölf von Juppiter gesandte Adler gewesen, die Romulus vor Remus den Vorzug gaben. Dass Munatius, der erst spät, im Jahr 32, von Antonius auf die Seite des ein Jahr später erfolgreichen Siegers übergegangen war, vorher dessen Einverständnis gesucht hat, kann angesichts der Bedeutung der Frage als sicher gelten. Das Cognomen verstärkt, was auch im Wort *auctoritas* liegt, dass die neue Herrschaft im Innern nicht militärisch, sondern rechtlich und friedlich definierte.

## 28. Oktavians Erhöhung durch Cicero

Was Plutarch am Ende seiner Cicero-Biographie 39, 3/4 mitteilt, ist bezeichnend für das Verhältnis, das Augustus gegenüber Cicero bewahrt hatte. Augustus habe einen Enkelsohn bei der Lektüre eines Cicero-Werkes angetroffen, es in die Hand genommen, lange darin gelesen und mit den Worten zurückgegeben: „Ein vernünftiger Mann, mein Kind, vernünftig und einer, der sein Land liebt“ (*Λόγιος ἀνὴρ, ὃ παῖ, λόγιος καὶ φιλόπατρις*). Gleich nach dem Sieg über Mark Anton habe der spätere Augustus den gleichnamigen Sohn Ciceros (Marcus Tullius Cicero) zum Mitkonsul des Jahres 30 gemacht und so ermöglicht, dass der Senat unter dessen Vorsitz den Beschluss fassen konnte, alle Denkmäler und Ehreninschriften für Mark Anton zu beseitigen. War jenes von Augustus in die Hand genommene Werk die Schrift *De re publica*, dann wäre Augustus dort auf Scipio getroffen, an dem Cicero demonstriert hatte (VI 12,12-13,13), dass diejenigen, denen bestimmt ist, „das Vaterland zu erhalten“ (*qui patriam conservaverint*) aus der Sphäre der die Welt ordnenden höchsten Gottheit kommen und in sie zurückkehren. In jedem Fall erinnerte er sich daran, dass Cicero ihn schon für das, was er damals im Kampf gegen Antonius bewirken konnte, in diese Kategorie eingeordnet hatte. Vgl. Philipp. III 2,3 „Der Jüngling Cäsar, kaum mehr als ein Knabe, aber von unglaublichem und gleichsam göttlichem Verstand und Fähigkeiten <...>. Wäre er nicht in diesem Gemeinwesen geboren worden, wir hätten angesichts der Verbrechen des [Mark] Anton keine Republik mehr. Oh C. Caesar - ich rufe den Jüngling an - Welch Heil brachtest du der Republik! C. Caesar aufgrund der Wohltat der unsterblichen Götter, von göttlicher Größe des Charakters, der Begabung und des Planens. Welcher Gott hat dem römischen Volk diesen göttlichen Jüngling gebracht? C. Caesar, aufgrund göttlicher Wohltat für diese Zeit geboren.“ (*Caesar adulescens, paene potius puer, incredibili ac divina quadam mente atque virtute <... > (2,5) qui nisi in hac re publica natus esset, rem publicam scelere Antoni nullam haberemus* ; III 11,27 *O C. Caesar – adulescentem appello – quam tu salutem rei publicae attulisti* ; V,8 23 *C. Caesar deorum immortalium beneficio, divina animi, ingeni, consili magnitudine ...* es folgen entsprechende Taten; V 16,43 *quis populo Romano obtulit hunc divinum adulescentem deus*; XII 4,9 *C. Caesarem, deorum beneficio natum ad haec tempora.*) Später (XIII 5,12) versäumt Cicero auch nicht, darauf hinzuweisen, dass er als Augur (vgl. Brutus I,1) zu den *interpretes* des *Juppiter Optimus Maximus* gehört.

## 29. Antiochos von Askalon

Sext. Empiricus, Pyrrhon. Hypothes, I 235 sagt von ihm: „*In der Akademie lehrte er die Stoa (ἐν Ἀκαδημίᾳ φιλοσοφεῖ τὰ Στωϊκὰ)*. Er pflegte nämlich darzutun, dass die Lehren der Stoiker bereits bei Platon vorlägen.“ Cicero hatte bei diesem abtrünnigen Schüler seines Philon von Larissa im Jahr 79 in Athen sechs Monate gehört (Brutus 91,315). In *De legibus* I 13,39 und I 21,54 sowie in *De officiis* III 4,20 macht Cicero deutlich, dass er ihm in seinen späteren Schriften, ohne darum Philons Standpunkt preiszugeben, aus staatspolitischer Verantwortung folgt.

### 30. Der Weise als König

Die Stoa lehrt daher einerseits StVF III S.159,10 Ziff. 618: „Allein der ‚Weise‘ ist Herrscher <...>, allein er ist König <...>, weil den Weisen alles zu eigen ist, was auch die Götter haben“, andererseits, dass ein „Weiser“ bisher unter den Menschen noch nicht gefunden wurde (StVF S.164,33 Ziff. 657). Im übrigen würde auch der „Weise“ als „König“ dadurch an eine Grenze stoßen, weil die Menschen, wie sie sind, nicht fähig sind, die in jedem Handlungs Augenblick das Richtige vorschreibende göttliche Norm, die der „Weise“ stets erkennt und ihnen befehlen könnte, zu verstehen und in Vollkommenheit zu vollziehen. Vgl. StVF III S.140 Ziff. 520 und Ziff. 521. Anders war es nur im Goldenen Zeitalter – wenn man dem stoischen Philosophen Poseidonios (Seneca, epist. morales 90,5) darin folgt, dass in der Zeit, als die noch „kindliche“ Menschheit unmittelbar vom Göttlichen geführt wurde und „Weise“ als Könige herrschten. Das enthält aber einen unaufhebbaren Widerspruch, da in dieser mythischen Epoche menschliche Herrscher und Könige als Vermittler der Anforderung der „Natur“ per definitionem noch unnötig waren.

### 31. Die gemischte Verfassung

Wenn die Stoa lehrt, dass die gemischte Verfassung die „beste“ ist (vgl. v. Arnim, Stoicorum Veterum Fragmenta III S.175,26 Ziff. 700), dann meint das, dass sie die Form ist, in der der Mensch seine Bestimmung, die Welt als ein freier „Bürger“ zu bewohnen, in der seiner „Natur“ gemäßen Form verwirklichen kann. Vgl. Glosse 13: „Das höchste Gesetz der Stoa.“ Im die Menschheit nach republikanischen Civitates ordnenden Ius civile der *maiores*, die den Lehren der Stoa folgten (Cic. de off. III 17,69, Seneca, epist. mor. 110,1), wurde diese Mischung, mit der die römische Republik von Anfang an begann, theoretisch vertieft. Wer das bedenkt, wird nicht mehr glauben, dass Scipio erst von Polybios oder Panaetius über die Vorteile der gemischten Verfassung informiert wurde. In den Worten Ciceros (De re publica I 20,33; 21, 34) liegt das auch nicht. Es ist dort Scipio, der den beiden auseinandersetzt, dass die von „seinen Vorfahren“ (*maiores nostri*) hinterlassene gemischte Verfassung den bei weitem besten Zustand der Bürgergesellschaft darstelle (*optimum longe statum civitatis*).

### 32. Die zu Gemeinden gewordenen, ehemals selbständige Republiken bildenden Civitates

Ulpian 10 ad edictum D 50,16,15 schreibt „Das Vermögen der Stadtgemeinden wird missbräuchlich ‚öffentlich‘ genannt; denn ‚öffentlich‘ ist allein, was dem römischen Volk zusteht.“ (*Bona civitatis abusive ‚publica‘ dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.*). Er erlaubt sich aber diese Terminologie selbst, wenn er die Regelung des Edikts behandelt, derzufolge Gemeinden in Vermögenssachen wie Privatpersonen klagen und verklagt werden und sagt (8 ad edictum D 3,4,2), dass in diesen Fällen ein Prozessvertreter *pro re publica* (für die Gemeinde) bestellt werde.

### 33. Die erhaltenswürdigen Überreste der römischen Republik

Im Jahr 47 schreibt Cicero (ad familiares XV 15) an C. Cassius Longinus – der mit Brutus die Verschwörung anführen sollte, der der im Jahre 45 im Bürgerkrieg siegreiche Caesar im nächsten Jahr an den Iden des März zum Opfer fiel – dass er nicht die Meinung derer teile, die meinten, dass es besser sei, die „Republik ganz und gar zu zerstören, als sie eingeschränkt und geschwächt bestehen zu lassen“ (*melius esse deleri omnino rem publicam quam imminutam et debilitatam manere*); vielmehr setze er auf ihren Untergang keinerlei Hoffnung (*ex interitu eius nullam spem*), auf das, was von ihr übrig bleibe, aber eine große (*ex reliquiis magnam*).“

### 34. Der Mensch als zivilgesellschaftliches Wesen

Die modernen lateinischen Übersetzung des schon wiedergegebenen Originals ( G.13), in dem Chrysipp definiert, was das höchste sinngebende „Gesetz“ für die Menschen bedeutet (Marcian 1 inst D 1,3,2), nämlich „Herrscher und Führer der von Natur aus ‚politischen‘ Wesen“ (*ἄρχοντα καὶ ἡγεμόνα τῶν φύσει πολιτικῶν ζώων*) zu sein, betonen verständlicherweise den zivilgesellschaftlichen Aspekt, so Mommsen in seiner Digestenausgabe: „Führer und Lehrer der Wesen, die die Natur als „bürgerliche“ wollte“ (*ducem et magistrum animalium, quae natura civilia esse voluit*), so auch Bonfante u.a. in der italienischen Edition „Führer und Lehrer der Lebewesen, die von der Natur für ein ‚bürgerliches‘ Leben geschaffen worden sind“. (*ducem magistrumque animalium naturaliter ad civilem vitam effectorum*). Anders, republikanisch pointiert, die neue, von mir mitverantwortete

deutsche Übersetzung Corpus Iuris Civilis II (Heidelberg 1995) S.112: „Herrscher und Führer der Lebewesen <...>, die ihrer Natur nach in Staaten leben“.

### 35. Das Ermächtigungsgesetz des Prinzipats

Die umfassende Ermächtigung der *Lex de imperio*, die in der Fassung überliefert ist, wie sie schon Augustus erteilt worden war, lautet (Corpus Inscriptionum Latinarum VI 167 n. 930 Ziff. 17): „Dass er das Recht und die Befugnis habe zu bewirken und zu tun, was er als dem Nutzen der Republik und dem Heil der göttlichen und menschlichen, der öffentlichen und privaten Verhältnisse dienend erkennen wird.“ (*utique quaecum ex usu rei publicae maiestateque divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse censebit, ei agere facere ius potestasque sit*). Die Juristen ziehen daraus ihre Folgen. Ulpian 1 institutionum D 1,4,1 pr „Was dem Prinzeps gefällt, hat Gesetzeskraft: da mit dem „Königlichen Gesetz“, das über seine Herrschaft ergangen ist, das Volk ihm und auf ihn all seine Herrschaft und Gewalt übertragen hat.“ (*Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*) Gaius I 5 „Eine Setzung des Prinzeps ist, was der Kaiser durch Dekret, Edikt oder Brief bestimmt hat. Und es ist niemals daran gezweifelt worden, dass es die Kraft eines Gesetzes erlangt, da der Kaiser selbst seine Herrschaft durch Gesetz empfangen hat.“ (*Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*)

### 36. Die *ratio tribunatus*

Das „Tribunatsprinzip“ ist ein zentraler, eine rechtspolitische Ermächtigung bezeichnender Begriff. Cicero, de re publica I 19,31 verwendet ihn in einem im Jahr 129 spielenden Dialog und lässt Laelius, den älteren Freund des Scipio sagen, dass „der (vier Jahre zurückliegende gewaltsame) Tod des Tiberius Gracchus und schon dessen gesamte Sinndeutung des Tribunats (*iam ante tota illius ratio tribunatus*) das eine Volk in zwei Parteien zertrennt hat (*divisit populum unum in duas partis*)“. Er gibt sich verzweifelt, weil auch jetzt noch der andere Teil des Senats (*senatus alteram partem*) – u.a. geführt von dem Juristen P. Mucius Scaevola pontifex maximus, Ratgeber des Tiberius und Konsul in dessen Tribunatsjahr -- es nicht zulasse, dass der anwesende Scipio den Verhältnissen zur Hilfe komme, vielmehr getreu jenem Prinzip die Siedlungspolitik des Tiberius fortsetze.

### 37. *Constitutio*

Ein Beispiel aus dem eigennützigem Recht des vorklassischen Systems regelte die Fortdauer der Obligation, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit ihrer Erfüllung schuldhaft herbeigeführt hat. Paulus 18 ad Plautium D 45,1,91 3 <...> *veteres constituerunt (!), quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*. Dahinter steht der eine Obligation vom einem lebendigen Pflichtenverhältnis getragene Satz (Cic. de off. III 32,113): *fraus distringit, non dissolvit*: Eine Obligation, die normalerweise durch Erfüllung erlischt, verstrickt den Schuldner nur um so mehr, wenn er ihre Erfüllungsmöglichkeit schuldhaft beseitigt und z.B. den geschuldeten Gegenstand vorsätzlich oder fahrlässig zerstört. Ein Beispiel aus dem Bereich des von der *bona fides* beherrschten Verkehrsrechts bestimmt, dass derjenige, der von einer Frau ohne deren Vormund ein Grundstück gekauft hat, es solange trotz dieses Mangels (nämlich ohne Einwilligung des Vormunds gekauft worden zu sein) als „gutgläubiger“ Eigenbesitzer ersitzt, wie er ihr den Kaufpreis gezahlt und sie ihn ihm nicht zurückgezahlt hat. Julian entscheidet so (FrVat 1) *propter Rutilianam constitutionem* und folgt damit einer Festsetzung des Rutilius Rufus, Schüler und Freund des Q. Mucius Scaevola p.m. Vgl. G.15. Der Grund ist klar: Solange der Austausch vollzogen ist, unterliegt das Verhältnis allein dem vertrauensvollen Naturrecht, das eine Vormundschaft über Frauen, die den eigennützigem Erbinteressen der männlichen Verwandten dient, nicht kennt.

### 38. Befreiung von den gesetzlichen Nachteilen der Kinderlosigkeit

In dem Kommentar zu den diese Nachteile bestimmenden Gesetzen (Ulpian 13 ad legem Juliam et Papiam D 1,3,1) heißt es: „Der Prinzeps ist von den Gesetzen befreit. Obwohl die Augusta nicht von den Gesetzen befreit ist, haben die Kaiser ihr dennoch die gleichen Privilegien gewährt, die sie haben“ (*Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus solutus non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quam ipsi habent.*)

### 39. Die außerordentlich (*extra ordinem*) gewährleisteten Fideikommisse

Die von Augustus anerkannten (Inst. II 23,1) Fideikommisse, die stets außerhalb der wiederhergestellten Rechtspflege der Republik blieben, sind postmortale (d.h. nach dem Tode des Erblassers auszuführende) Aufträge, die den verpflichten, der testamentarisch etwas vom Erblasser mit einer entsprechenden Auflage entgegengenommen hatte. Sie sind ein „naturrechtliches“ Institut, das nicht nur von den formalen Regeln des Erbrechts befreit ist. So konnte ein Sklave mit dem formlos erteilten Auftrag vermacht werden, ihn freizulassen. Gehorchte der Vermächtnisnehmer nicht, so war der Sklave berechtigt, ihn vor den Konsuln, die von Augustus mit dieser Gerichtsbarkeit betraut worden waren, in Anspruch zu nehmen. Die hier eingesetzte Fides ist die der älteren Vorklassik.

### 40. Die Rückkehr der Klagen der Bona fides der jüngeren Vorklassik

Die historische Genese der zahlreichen im kaiserzeitlichen Edikt bezeugenden Dubletten zeigt sich daran, dass die *in factum* konzipierten, vom Prätor mit einem ausdrücklichen *iudicium dabo* – „ich werde ein Geschworenengericht einsetzen“ – verheißenen Klagen, die der klassischen Rechtsethik folgend für ein *naturali aequitate* bewertetes und als Attribut einer Person behandeltes Verhalten (*factum*) in Anspruch nehmen, als Repräsentanten des ursprünglichen Edikts stets am Anfang stehen, während die auf die verpflichtende *bona fides* des vorklassischen *ius (gentium)* verweisenden und daher *in ius* konzipierten Klagen (vgl. Gaius IV 47) als Rückkehrer regelmäßig den zweiten Platz einnehmen. Die spätantike Quelle Ps.-Paulus 1 sententiarum D 3,5,46,1 bezeugt überdies am Beispiel der Dublette der Geschäftsführungsklage (*actio negotiorum gestorum*), dass die im Edikt unmittelbar verheißene Klage *actio directa* genannt wurde, die aus dem naturrechtlichen Verkehrsrecht *actio utilis*, was auf die *utilitates* („die Nützlichkeit der Verhältnisse“) des vom Vertrauensprinzip bewegten Güter- und Leistungsverkehrs und damit auf einen selbständigen Geltungsgrund verweist. Vgl. Cicero, de officiis I 7,22; III 17,70). Überdies hebt die Quelle hervor, dass die kaiserzeitliche Auslegung die Tendenz hatte, die beiden Klagarten einander inhaltlich anzugleichen.

### 41. Die Gesetzeskraft der Senatsbeschlüsse

Gaius I 4 „Ein Senatsbeschluss ist, was der Senat befiehlt oder bestimmt (*iubet atque constituit*); und das erlangt Gesetzeskraft, obwohl das in Frage gestellt wurde (*idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum*)“. Die rechtswissenschaftlichen Zweifel dürften daher kommen, dass in der Prinzipatsverfassung nur das Volk und der von ihm ermächtigte Prinzeps eine umfassende Gesetzgebungsbefugnis hatten. Die Art, in der die klassische *ratio iuris* (Cic. Part. orat. 37,130) das *senatus consultum* zwischen *lex* (Volksgesetz) und *foedus* (völkerrechtlicher Vertrag) als Quelle des *ius publicum*, d.h. unter den durch magistratisches Handeln ausgelösten Rechtsquellen nennt (vgl. Ulpian 1 inst D 1.1,1,2: *ius publicum <...> in magistratibus consistit*), legt nahe, dass in diesem System dem Senatsbeschluss wie dem völkerrechtlichen Vertrag eine auf ihr jeweiliges Regelungsgebiet beschränkte Rechtskraft zugesprochen wurde.

### 42. Das Denkmal des Servius Sulpicius

In dem Geschichtsabriss des Pomponius (Ib sg enchiridii D 1,2,2,43) heißt es von Servius „Als dieser auf einer Gesandtschaft ums Leben kam, hat ihm das römische Volk ein Standbild vor der Rednertribüne (*pro rostris*) errichtet. Und es steht heute vor der Rednertribüne des Augustus (*pro rostris Augusti*)“. Die Rostren der Republik, genannt nach den sie verzierenden Schiffsschnäbeln erbeuteter Schiffe, standen im Norden des *forum Romanum*, vor dem Senatssitz, der Curia, und dem uralten Ort der Volksversammlung, dem *comitium*. Die des Augustus lag im Westen und hatte einen schon von Caesar begonnenen, von Mark Anton fortgesetzten Bau vollendet. Die Aussagekraft der neuen Aufstellung der Statue war eindeutig. Die das klassische Edikt tragende Jurisprudenz des Servius war damit in die Verfassungsordnung des Prinzipats aufgenommen.

Die Rede, mit der Cicero einst den für die erste Ehrung erforderlichen Senatsbeschluss herbeigeführt hat – es ist die neunte der Philippiken –, ist vollständig erhalten. Sie enthält die Pointe (IX 1,3), dass Cicero die tradierte Norm, die für eine solche Ehrung das *genus mortis* „Tötung des Legaten durch Waffengewalt (*ferro interfectus*)“ verlangte, mit der Methode der strengen Wortlautgeltung, die sein Freund vertrat (vgl. Celsus 19 digestorum D 33,10,7,2), nicht hätte überwinden können, wohl aber mit derjenigen der von ihm angerufenen „*maiores nostri*“,

die auf die Absicht blicken (*consilium*), die mit der Regel gemeint war. Diese Auslegungslehre (Cic. pro Caecina 81: *a maioribus factitatum <...>, id verum, id aequum, id utile omnibus spectari, quo consilio et qua sententia, non quibus quidque verbis esset actum* („was unsere Vorfahren so gemacht haben <...> dass darauf zu achten sei, was vernünftig, was gerecht, was für alle nützlich ist, was mit welchem Ziel und in welcher Absicht geregelt worden sei, aber nicht mit welchen Worten) konnte die Strapazen, die die Gesandtschaft für die Republik unternahm und denen er erlag, als eine der Ehrung werthe Causa mortis ausreichen lassen. Die *maiores* sind im übrigen die des Q. Mucius augur, nicht die des Q. Mucius p.m. Vgl. Cic., pro Caecina 69.

#### 43. Die Pubertät der Seele

Stoicorum Veterum Fragmenta III S.227. 19 Ziff. 835 „<...> *die Einsicht und alle höheren Kräfte der Seele gewährende Vernunft wird, wie die Stoiker sagen, nicht sofort eingepflanzt, sondern ergibt sich aus dem Zusammenwirken der Wahrnehmungen und Vorstellungen um das vierzehnte Jahr* (... περί του νοῦ καὶ παντῶν τῶν κρειπτόνων δυνάμεων τῆς ψυχῆς οἱ μὲν Στωϊκοὶ λέγουσι μὴ εὐθὺς ἐμφύεσθαι τὸν λόγον, ὕστερον δὲ συναθροίζεσθαι ἀπὸ τῶν αἰσθήσεων καὶ φαντασιῶν περί δεκατέσσαρα ἔτη); ebenda S.215, 10 Ziff. 764 „*Um die zweite Hebdomade [Zeitraum von sieben Jahren] entsteht der innere Sinn für das Schöne und Schlechte und die <Empfänglichkeit für die> sie betreffende Unterweisung* (περί δὲ τὴν ἐβδομάδα ἔννοια γίνεται καλοῦ τε καὶ κακοῦ καὶ τῆς διδασκαλίας αὐτῶν). Erst jetzt vermag der Mensch kraft der schlussfolgernden Vernunft (vgl. StVF II S.28,33 Ziff. 84) zu erkennen, dass zu den Göttern – mit denen er, wie die Stoiker sagen, an der Polis Teil hat, wie Kinder mit erwachsenen Männern (vgl. StVF III S.82,9 Ziff. 334: *ὡς παῖδες σὺν ἀνδράσι λέγονται μετέχειν πόλεως*) – auch die Göttin Fides und ihre Steigerung, die Bona fides, gehören, die ihn in vielfältiger Weise verpflichten. Die Menschen bleiben ihr gegenüber der Führung durch die Rechtsordnung bedürftige „Kinder“, weil zur vollen Wahrnehmung ihrer Gebote nur der noch nie nachgewiesene, vom göttlichen Geist geführte „Weise“ fähig ist (StVF III S.147, 9-13 Ziff. 548; S.161, 35 Ziff. 633: *fidem nisi in sapiente non esse*), der denn auch allein in vollgültigem Sinn als ein „Einsicht Habender“ (S.147, 22 *νοῦν ἔχοντα*) bezeichnet wird. Zur belastbaren Reife gelangt nach dieser Lehre der Mensch im übrigen erst mit dem Ablauf der vierten Hebdomade. Vgl. G.44.

#### 44. Die *in integrum restitutio*

Man muss genau unterscheiden. Die Wiedereinsetzung des verklagten Minderjährigen, die Plautus, Rudens 1381/2 schildert, folgt wie jede *in integrum restitutio* den vorklassischen Werten des *aequum et bonum*, denen des „Rechtmäßigen und Guten“. Sie wäre verletzt, wenn der Magistrat eine Berechtigung, die einen Minderjährigen benachteiligt, gelten lassen und ihm Klagschutz gewähren würde. Wird die Wiedereinsetzung zu Recht gewährt, heißt es daher (Terenz, Phormio 451): „In den vorigen Stand versetzt zu werden, ist rechtmäßig und gut.“ (*restitui in integrum aequomst et bonum*) - Wenn dagegen bei Plautus, Pseudolus 77/8 jemand zu einem Minderjährigen sagt: „Ich fürchte mich, Geld zu verleihen, weil mich ‚das Gesetz der 25 Jahre‘ (*annorum lex <...> quinavicenaria*) bedroht“, dann ist das dem Geschädigten Ausgleich verschaffende Strafverfahren des Gesetzes gemeint (Cic. de nat. deorum III 30,74 *iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria*) und der im Gesetz definierte Straftatbestand (Cic. de off. III 15, 61 *circumscriptio adulescentium lege Plaetoria*). Die magistratische *in integrum restitutio* zugunsten des Minderjährigen ist demgegenüber ein Institut, das prüft, ob Berechtigungen, die in Gestalt formaler eigennütziger „Zusätze zur Natur“ erworben wurden, unter dem Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes der Rechtsschutz versagt bleiben muss. Dagegen wird die Urteilsschwäche der Minorennen im naturrechtlichen Verkehrsrecht, das bereits als solches Rücksicht auf die Minderjährigen verlangt, *ipso iure* berücksichtigt (vgl. Ulpian 11 ad edictum D 4,4,16 §§ 1-3 und G.77) – Die inklusive Zählweise, in der die Eins einen Gegenstand bezeichnet, aber nicht zählt, so dass das letzte Datum einer Frist zugleich das erste der folgenden wird – daher die Folge 7-13-19-25 - die in Rom auch für religiöse Fristen galt, steht unter pythagoreischem Einfluss.

#### 45. Die Hebdomadenregel und die „Weisheitszähne“

Seneca, de beneficiis VII 1,5 „Man darf darüber unwissend sein, warum ein jedes siebte Jahr dem Alter ein Merkmal aufprägt. <...> Die Wahrheit liegt <für die Menschen, wie sie einmal sind> verschleiert in der Tiefe verborgen.“ (*Licet nescias, <...> quare septimus quisque annus aetati signum imprimant <...> Involuta veritas in alto latet*). Dass die Stoa hier eine alte „Beobachtung“ rezipiert, zeigt die berühmte, nach ihren Anfangsworten

benannte Elegie Solons (ca. 640-560 v. Chr.) „Παῖς μὲν ἄνηβος“, deren Motive sowohl bei Kleantes, dem treuen Schüler Zenons, wiederkehren wie bei Ulpian. Solons, den ersten vier Hebdomadagen geltende Verse lauten, in Prosa übersetzt, folgendermaßen (die vielzitierte, dichterische von Wolfgang Schadewaldt ist für heutiges Urteil allzu bemüht „altfränkisch“ und übergeht auf diese Weise auch die für die Rezeption der Lehre bedeutenden Einzelheiten): „Das geschlechtlich unreife Kind, noch der Sprache nicht mächtig [infans], verliert das „Gehege der Zähne“, das zuerst ihm wuchs, im siebten Jahr. Wenn „Gott“ die weiteren sieben Jahre sich vollenden ließ, zeigt es die Zeichen der entstandenen Geschlechtsreife. In der dritten Hebdomade behaart sich das Kinn, während die Glieder noch wachsen, und die Jugendblüte der Haut vergeht. In der vierten Hebdomade ist ein jeder wohlversehen auf seinem Höhepunkt in Bezug auf die Kraft, durch die „Männer“ zeigen können, dass sie die „Fähigkeit zur Selbständigkeit“ (=virtus, „Tugend“) erlangt haben. (Παῖς μὲν ἄνηβος ἑὼν ἔτι νήπιος ἔρκος ὀδόντων / φύσας ἐκβάλλει πρῶτον ἐν ἔπτ’ ἔτεσιν. / τοὺς δ’ ἐτέρους ὅτε δὴ τελέση θεὸς ἔπτ’ ἐνιαυτούς, / ἥβης ἐκφαίνει σήματα γιγνομένης. / τῇ τριτάτῃ δὲ γένειον ἀέξομένων ἔτι γυῖων / λαχνοῦται, χροίης ἄνθος ἀμειβομένης. / τῇ δὲ τετάρτῃ πᾶς τις ἐν ἐβδομάδ’ ἐστὶν ἄριστος / ἰσχύν, ἦν τ’ ἄνδρες σήματ’ ἔχουσ’ ἀρετῆς.) Die Wirkung der letzten Hebdomade, für die Solons Text nur in einer Paraphrase sinngemäß wiedergegeben werden kann, beschreibt Ulpian, wenn er erklärt, warum der Rechtsschutz für Minderjährige, für die im Urteil unsicheren *adulescentes*, mit Vollendung des 25. Lebensjahres, d.h. der vierten Hebdomade inklusiver Zählweise (vgl. Glosse 44) endet (11 ad edictum D 4,4,1,2): *nam post hoc tempus compleri virilem vigorem constat.* („Denn es steht fest, dass nach dieser Zeit sich die „Kraft des Mannes“, <ein eigenverantwortliches Leben zu führen>, vollendet.“) Der *virilis vigor* ist „generisch“ gemeint, da auch Frauen mit Vollendung des 25. Lebensjahres den Schutz vor Übervorteilung verlieren (vgl. G.46).

Was Kleantes beisteuert (v. Arnim, StVF III S.118,9 Ziff. 524) zeigt dann, dass die Rezeption dieser Lehre durch die Stoa die Symbolik der Zähne in die letzte Hebdomade übernommen und mit sprachlich dauerhafter Wirkung vertieft hat: „Vollender (κράντηρες) werden die zuletzt auftretenden Zähne genannt, weil sie <die Zahnung> vollenden (κράνναι) und die Jugendzeit zu Ende bringen (ἀποπληροῦν τὴν ἡλικίαν). <...> Kleantes aber nennt sie „Weisheitszähne“, gelegentlich einfach die Zähne. (Κλεάνθης δὲ σωφρονιστῆρες αὐτοὺς καλεῖ. νῦν ἀπλῶς τοὺς ὀδόντας) „Weisheitszähne“ aber nennt er sie, weil wir gleichzeitig mit ihrem Auftreten die mäßige Kraft der Vernunft ergreifen (σωφρονιστῆρες δὲ διὰ τὸ ἅμα τῷ ἀνέναι αὐτοὺς καὶ τὸ σῶφρον τοῦ νοῦ λαμβάνειν ἡμᾶς). Die übliche Übersetzung „Weisheitszähne“, die einfach auf die σοφία verweist, ist ungenau. Das σῶφρον verweist vielmehr auf eine spezifische, dem Menschen erst jetzt zuwachsende Fähigkeit, nämlich die der σωφροσύνη (*temperantia*; *Mäßigung*), die zur Beherrschung der auftretenden Emotionen fähige Besonnenheit. Kleantes definiert diese „Tugend“ (ἀρετή, *virtus*) (StVF I S.128/129 Ziff. 563) wie alle anderen als „Kraft“ (ἰσχὺς) und „Stärke“ (κράτος) und dann spezifisch als „das gesunde Urteil, das darüber entscheidet, was zu tun oder zu lassen ist“ (περὶ τὰς αἰρέσεις καὶ ἐκκλίσεις σωφροσύνη). Vor ihrem Auftreten – das ist der Grund der *in integrum restitutio* – hat der junge Mensch in dieser Sicht die damit beschriebene Fähigkeit nicht und daher nicht die Kraft, gegenüber dem Begehren eines anderen, ihm einen Vorteil zu verschaffen, in Behauptung seiner Selbständigkeit dem Wunsch zu gefallen zu widerstehen.

#### 46. Die moralische Unmöglichkeit

Papinian 16 quaestionum D 28,7,15: „Von den Handlungen, die unsere Rechtlichkeit, unsere Selbstachtung und unser Schamgefühl verletzen, oder, um es allgemein zu formulieren, gegen die Guten Sitten verstoßen, von denen ist anzunehmen, dass wir zu ihnen außerstande sind.“ <...> (*quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*) Papinians Worte sind ein Echo dessen, was der Kaiser Mark Aurel in einem Reskript formuliert hatte, in dem er dem Adressaten das Verbot der Selbsthilfe einschärfte und ihn auf den Rechtsweg verwies (Callistrat 5 de cognitionibus D 48,7,7): Der Kaiser sagte: <...> Ich glaube nicht, dass es mit deinem Schamgefühl, deiner Würde und deiner Rechtlichkeit übereinstimmt, etwas auf nicht rechtmäßige Weise zu tun (*Caesar dixit: <...> non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere.*) Beide Zitate zusammen zeigen die Lebenskraft des Mythos des Protagoras (in dem nach ihm benannten Dialog Platons 332c-d), dass die Menschen ohne Scham- und Rechtsgefühl (αἰδῶς καὶ δικη) nicht friedlich zusammenleben können. Daher hätten sie beide Empfindungen von Zeus, der das wahrnahm, — von Hermes übersandt — erhalten.

#### 47. Die Zweckverfehlungskondiktion

Die - mit typisch juristischer „Kurzredigkeit“ - so benannte *condictio ob rem re non secuta* („Die Klage wegen der ‚Sache‘, wenn die ‚Sache‘ keine Rechtsfolgen hatte“) ist klassisch und wurde sofort nötig, als mit dem Erfolg der zweiten hellenistischen Jurisprudenz der Tausch die Anerkennung als Prototyp des Kaufes und damit die Klagbarkeit verlor: Wer den Tausch einseitig erfüllt hatte, konnte jetzt, wenn der andere nicht leistete, mit dieser Klage geltend machen, dass die Vorleistung für den Fall des Ausbleibens einer Gegenleistung eine Obligation ausgelöst hatte. Die parallel benannte *condictio causa data causa non secuta* („Die Klage wegen eines gegebenen Rechtsgrundes, dem aber nicht gefolgt wurde“) konnte dasgleiche bewirken, seitdem die Vorleistung infolge der erfolgreichen Lehre Aristos zwar eine - die Klage auf die Gegenleistung rechtfertigende - *causa* auslöste, zugleich aber erlaubte, deren Ausbleiben als *causa non secuta* anzusehen, die zur Rückforderung berechnete. Ursprünglich zielte die Kondiktion darauf ab, Leistungen, die im Rahmen eines Verlöbnisses in Erwartung der künftigen Ehe (*causa data*) erbracht worden waren, dann zurückzufordern, wenn die Eheschließung nicht erfolgt war (*causa non secuta*).

#### 48. Eine letzte Kontroverse

Ulpian 4 ad edictum D 2,4,7,1 berichtet zustimmend, dass Celsus die Vorleistung mit einer fremden Sache genügen ließ, wobei er damit einer Neuerung folgte, die auf Aristo<sup>WP</sup> zurückging und nach der ein Tausch durch Vorleistung klagbar wird. Er stellte sich damit gegen Julian, der dafür einen Tadel von einem sonst nicht weiter bekannten Maurician einstecken musste. Paulus 33 (F. 32) ad edictum D 19,4,1,3 stimmt dagegen mit Julian und dem einflussreichen Autor Pedius überein, dass eine fremde Sache diese Wirkung nicht hat. - Es handelt sich um eine Nachwirkung der Kauf-Tausch-Kontroverse. Der klassische Geldkauf verlangt vom Verkäufer nur die Verschaffung des naturalistischen Besitzes (nur das Geld, das der Käufer schuldete, forderte eine Übereignung), weswegen Aristo auch folgerichtig die Nähe des durch Vorleistung klagbar werdenden Tausches mit dem Geldkauf betont (bei Paulus 5 ad Plautium D 18,4,2: *vicina <...> emptioni*). Julian und die ihm Folgenden verlangten dagegen, dass die Vorleistung eine Vermögensbereicherung bewirke. Denn das Vertrauensprinzip des vorklassischen Kaufes verlangte in der Eigentümergesellschaft grundsätzlich die das Vermögen bereichernde Eigentumsverschaffung, weswegen nach Sabinus der Kauf einer eigenen Sache unmöglich war (Pomponius 9 ad Sabinum D 18,1,16 pr.) und Gaius, insofern noch ganz Sabinianer, dem Käufer eine Klage auf Eigentumsverschaffung gab (Gaius IV 113a).

#### 49. *Caput* als Rechtsstellung

Paulus 15 ad edictum D 48,1,2 sagt von den „Kapitalstrafen“, die in der Republik durchweg, im Prinzipat häufig Verbannung oder Exil (und nicht Todesstrafen) auslösten: „durch diese Strafen wird ein Haupt aus der Bürgerschaft *herausgenommen*“ (*per has enim poenas eximitur caput de civitate*).

#### 50. Die Attributenlehre der Person

Die klassische Lehre (Cic. de inv. I 24,34-25,36) von den „Dingen, die Personen attribuiert sind“ (*res personis adtributae*) gibt als Personenlehre im Rahmen ihrer elf Attribute einem Sklaven nur insofern eine deutliche Vorprägung, als er unter dem vierten Attribut „Glück“ (*fortuna*) als ein Mensch erscheint, der nicht *liber* („frei“), sondern *servus* ist. Wenn nach dem ersten Attribut „Namen“ (*nomen*) dem Sklaven nur ein Vorname zukommt, so gibt es für das zweite Attribut „Natur“ (*natura*), d.h. was diese dem „Verstand und dem Körper“ (*animo et corpori*) gewährt, für ihn nichts Spezifisches. Ähnliches gilt für den „Gang der Biographie“ (*victus*) und die übrigen mit dem fünften folgenden Attribut: die „geistige und körperliche Fähigkeit“ (*habitus*), die „seelische und körperliche Stimmung“ (*affectio*), „das fachwissenschaftliche Studium“ (*studium*), den „Plan“ (*consilium*), die „Handlungen“ (*facta*), „Zufälle“, die den sich verhaltenden Menschen treffen (*casus*) und seine „Reden“ (*orationes*). Daraus, dass das *ius gentium* den Sklaven *contra naturam* fremdem Eigentum und Besitz unterworfen hat, folgt nicht, dass seine jeweilige Individualität unter den Kategorien dieser Attribute nicht genauso spezifisch hervortritt wie bei allen anderen Menschen. Vgl. G.51.



## 51. Der Sklave als Person im Rechtswesen

Paulus 17 ad edictum D 5.1.12.2 „Aufgrund Gewohnheitsrechts können Sklaven nicht als Geschworene eingesetzt werden, nicht weil sie kein Urteilsvermögen hätten, sondern weil es der Tradition folgend anerkannt ist, dass sie nicht die Rollen eines Bürgers wahrnehmen können.“ (*moribus <non possunt dari iudices> servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non funguntur.*) Zugleich hieß es im klassischen Ediktkommentar (Ulpian 29 ad edictum D 15,1,9,7) „Es ist auch [!] dem Sklaven von Natur aus erlaubt, gegen seinen Körper zu wüten“ (*licet enim etiam [!] servis naturaliter in corpus suum saevire*), um zu erklären, dass der Sklave, der als Person ein Sondervermögen verwaltet, nicht selbst Teil des Vermögens ist und daher, was er seinem Körper entwertend antut, nicht vom Sondervermögen abgezogen werden kann. Seine Handlungs- und Urteilsfähigkeit befähigen den Sklaven nach Servius, wirksam eine Stipulationsobligation zu übernehmen (Gaius III 178) und erklären, dass Klagansprüche nach dem klassischen Edikt aus seiner Sondervermögensverwaltung *ex persona <...> servi* begründet sind (Paulus 4 quaestionum D 15,1,52 pr) und nach Proculus und Pegasus die Obligation durch Klagerhebung zu Recht geltend gemacht wird (Ulpian 29 ad edictum D 15,1,30 pr: *intenditur <...> recte*), selbst wenn das Sondervermögen auf Null steht und der „Herr“ nicht verurteilt werden kann. Wenn der Sklave alle Vermögensrechte und allen Besitz für seinen Eigentümer und Besitzer erwirbt, sind diese Wirkungen gleichwohl Folge seines Handelns. Wenn Gaius I 9 den Gegensatz *frei – unfrei* als „oberste Einteilung des Personenrechts“ einordnet (*summa divisio de iure personarum*), ist damit der Sklave nicht aus dem Personenrecht ausgeschieden, sondern in klassischer Tradition in es integriert. Vgl. G.50.

## 52. Die fünf Werte der klassischen Rechtsethik

Sie finden sich übereinstimmend in den beiden gleichlautenden Rechtsquellenlehren, die Cicero in *De inventione* gibt, die eine (II 22,65-68) unter dem Gesichtspunkt des vom Edikt her in Geltung gesetzten positiven Rechts, die andere (II 53,160-54,162) unter der Rechtsethik, die freiwillige Beachtung des Rechts fordert. Sie enthalten in ausdifferenzierter Fassung das, was die *naturalis aequitas* zur Unterstützung, Ergänzung und Berichtigung der formalen Berechtigungen der *institutio aequitatis* fordert. Der neben sie tretende Wert der *religio naturalis* macht dabei deutlich, wie dies auch in der *ratio iuris* Cicero, Part. orat. 37, 129 betont wird, dass es sich um die Werte eines vom *ius divinum* kategorial geschiedenen, der Beobachtung menschlichen, als normativ empfundenen Sozialverhaltens abgenommenen *ius humanum* handelt. Der Wert der *observantia* hat den klassischen Prätor gleich in den Anfangsteilen des Edikts dazu bestimmt, die Ladung eines Freilassers durch den Freigelassenen unter Erlaubnisvorbehalt zu stellen und die Verletzung dieser Regelung mit einer auf die verletzende Handlung (*factum*) konzipierten Klage zu sanktionieren. Vgl. Gaius IV 48. Der *pietas* folgend gibt der Magistrat „von der natürlichen Gerechtigkeit bewegt“ (*naturali aequitate motus*), den durch Klagegewährungen gewährleisteten Nachlassbesitz an die (vom gesetzlichen Zivilrecht) ausgeschlossenen Blutsverwandten. Vgl. Gaius 16 ad ed prov D 38,8,2. Die *veritas* (Wahrhaftigkeit) ist der Kern des Wertes der *fides humana*, der magistratischen Rechtsschutz fordert. Vgl. G.21. Die *gratia* moderiert den Rechtsschutz im „Wechselverhältnis der zu gewährenden Vergeltung“ (*vicissitudo referendae gratiae*) und bestimmt die Feststellung dessen, was als „Gegenleistung“ im vertraglichen und deliktischen Verkehr geschuldet wird. Vgl. Cicero, Part. part. orat. 37,129 mit Isidor, Etym. V 27,24. Die *vindicatio* (soziale Selbstbehauptung) ist schließlich das Prinzip, unter dem der Bürger und Mensch grundsätzlich für alles, was im Naturzustand der existentiell notwendigen Selbsthilfe überlassen war, vom Recht des Edikts Rechtsschutz erwarten konnte.

## 53. Die stoische, allein vom Mann vermittelte „Blutsverwandtschaft“

Die dem Mann einen spirituellen Vorrang sichernde Deutung des Zeugungsvorgangs wurde früh von der Zwölftafelauslegung rezipiert. Vgl. zu deren näherer Begründung G.60.

## 54. Die Sklaverei in der vorklassischen Vermögensrationalität

Die stoische Forderung, dass auch Sklaven philosophieren sollen (StVF III S.59 Ziff. 253: *et servis <...> philosophandum*) bedeutete nicht zuletzt, dass sie ihre Stellung in dem als Zusatz zur Natur gedachten Vermögensrecht erfassen und nicht nur begreifen, dass sie sich stehlen, wenn sie fliehen – so der Sabinianer African (7 quaestionum D 47,1,61): „Eine flüchtige Sklavin begeht, wie man annimmt, an sich selbst einen

Diebstahl“ (*Ancilla fugitiva* <...> *sui furtum facere intellegitur*; vgl. G.55 –, sondern auch verstehen, dass ein *bonus vir* (d.h. der schlechthin vorbildliche Mensch) in einer Teuerung die Ernährung seiner Sklaven einstellt oder in Seegefahr nicht das wertvolle Pferd, sondern ihn, der wertlos geworden war, opfert. Cicero, der das mitteilt (Cicero, de off. III 23,89), registriert treffend, dass hier das *officium*, das das Richtige vorschreibt, vom Vermögen (*res familiaris*; vgl. Cic. de off. III 17,63), nicht von der Mitmenschlichkeit (*humanitas*) geführt wird. – Die Gebote der Mitmenschlichkeit beginnen in der stoischen Anthropologie erst in den Näheverhältnissen des Verkehrsrechts der menschlichen Gesellschaft (Cic. de off. I 7,22; III 17,69), nicht schon im eigennützigen Bereich.

## 55. Die Faktizität des klassischen Besitzes und ihre Anwendung auf die Sklaverei

Die klassische *naturalis possessio* (vgl. Servius bei Julian 44 digestorum D 41,5,2,2), die der Denkform nach in der Aufrechterhaltung einer tatsächlichen Aneignung besteht, endet, wenn der Sklave flieht und seine naturhafte Freiheit ergreift, sowohl an ihm selbst wie an den von ihm mitgeführten Sachen. Es gilt (Pomponius 31 ad Quintum Mucium D 41,1,54,4) „Durch einen Geflohenen, den er nicht besitzt“ (*per fugitivum ... quem non possidet*), kann Besitz nicht bewahrt werden. Denn der Satz (ibid.), „erkennbar besitzt nicht, wer besessen wird“ (*nec possidere intellegitur, qui ipse possideretur*) verliert mit der Flucht seine Grundlage. Während aber beim wilden Tier die durch erfolgreiche Flucht gewonnene *naturalis libertas* das Eigentum erlöschen lässt (Inst. II 1,12), hält den Sklaven das ihm bekannte Rechtsinstitut der *servitus* als denkenden Menschen auch in der „natürlichen“ Freiheit unweigerlich in der Sklaverei fest. Vgl. Florentinus 9 institutionum D 1,5,4 pr u. § 1.

Das vorklassische Recht hält dagegen den Sklaven in der gesamten dualistischen, von ihm erlebten providentiellen Rechtsordnung fest, im Eigenbesitz des Eigentümers wie dem naturrechtlichen Besitz eines Nießbrauchers. Im ersten Fall begeht er, wenn er flieht, einen Diebstahl seiner selbst, im zweiten einen Diebstahl seines Nutzens (*furtum usus*). Daher sagt Julian bei Ulpian 16 ad Sabinum FrVat 89 von dem Grund, der den Eigenbesitz des Inhabers des nackten (des Nießbrauchs entkleideten) Eigentums fortbestehen lässt, obgleich der Sklave entflohen ist (*qua ratione, inquit (sc. Julianus), retinetur a proprietatis domino possessio, etiamsi in fuga sit*), dass er nach dem vorklassisch in einer naturrechtlichen *naturalis possessio* bestehenden (vgl. Ulpian 70 ad edictum D 41,2,12 pr) Nießbrauch gilt (*pari ratione etiam usus fructus non amittitur*). Den allgemeinen Grund nennt Gaius 26 ad edictum D 41,2,15, wenn er den Fortbestand des Besitzes am *fugitivus* mit den Worten erklärt: „so wie er den Besitz an anderen Sachen nicht vernichten kann, so auch nicht den eigenen <an ihm bestehenden> (*quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest*). Die nähere Differenzierung enthält der naturrechtlich definierte Diebstahlstatbestand (Paulus 39 ad edictum D 47,2,1,3), der in der verwerflichen Antastung (*contrectatio fraudulosa*) entweder der Sache selbst oder ihres vom Nutzbesitz zugeordneten Gebrauchswertes besteht (*vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*). Beides kann der Sklave begehen, und zwar mit der Folge, dass sich nach dieser Lehre besitzrechtlich nichts ändert. Die Wirkungslosigkeit des „Eigendiebstahls“ wird in dem vorklassischen, für Eigen- wie für abgeleiteten Besitz geltenden Satz zusammengefasst: „Niemand kann sich selbst den Grund des Besitzes ändern“ (*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*), dessen dualistischen vorklassischen Geltungsbereich Julian 44 digestorum D 41,5,2,2 bestätigt und der von Marcellus 17 digestorum D 41,2,19,1 ausdrücklich auf das Schrifttum der Vorklassiker, der *veteres*, zurückgeführt wird.

## 56. Vorklassische Herkunft der Terrornorm des SC. Silanianum

Die Hinweise auf die *maiores* in Tacitus' Bericht (Ann. XIV,42-45) sind zahlreich. Die Praxis stamme (42) „aus altem Brauch (*vetere e more*)“, sei (45) „alte Gewohnheit“ (*mos antiquus*), weswegen Cassius in der von Tacitus für ihn sachkundig komponierten Rede sich auch dagegen verwahrt, aus (43) „übergroßer Liebe zu alten Sitten“ (*nimio amore antiqui moris*) zu sprechen. Den Vorfahren seien (44) „die Gesinnungen der Sklaven verdächtig gewesen“ (*suspecta maioribus nostris fuerunt ingenia servorum*), auch wenn sie in Stadt und Land an gleichen Wohnorten geboren wurden und sofort die Liebe der Eigentümer empfangen (*etiam cum in agris aut domibus isdem nascerentur caritatemque dominorum statim acciperent*). Wenn Cassius kurz zuvor gesagt hatte, es sei bedenklich, Argumente in einer Sache zusammenzusuchen, die von Erwägungen „Weiserer“ entschieden worden sei (*argumenta conquirere sin eo quod sapientioribus deliberatum est*), dann entspricht der ehrerbietige Komparativ nicht ohne Grund dem des auszeichnenden „*prudentioribus*“, mit dem sich Papinian (27 quaestionum D 17,1,54

pr.) auf die vorklassischen Juristen bezieht. Die evidente Inhumanität der Regelung, in der „Unschuldige notwendig den Tod finden“ (*insontes peribunt*) wird nicht geleugnet, sondern durch den Zweck gerechtfertigt. So wie die zur Erneuerung der militärischen Disziplinierung eingesetzte „Dezimierung“ nach ihrem „jeden Zehnten“ erfassenden Zufallsprinzip auch tapfere Soldaten (*strenui*) hinrichtet, enthalte eine jede beispielhaft abschreckende Maßnahme, die im Interesse des Gemeinwohls gegen Einzelne eingesetzt werde, etwas Ungerechtes (*habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum quod contra singulos utilitate publica rependitur*). Das Gemeinwohl, die *utilitas publica*, der nach Papinian (1 definitionum D 1,1,7,1) auch alle vom Prätor verantworteten Regelungen dienen, ist hier die „Sicherheit der Häuser“, die nach allgemeiner Meinung ohne diese Terrornorm nicht gegeben sei (Ulpian 50 ad edictum D 49,5,1 pr *aliter nulla domus tuta esse possit*). Die Parallele zur Lehre, dass bei hohen Kornpreisen oder in Seegefahr den Vermögensinteressen der Vorrang vor dem Wohl der Sklaven gebührt, zeigt sich denn auch in der entsprechenden Begründung: Wer das lehrt, bestimmt die Richtigkeit der Handlung nach der Zweckmäßigkeit, nicht nach der Menschlichkeit (Cic. de off. III 23,89): *utilitate ... officium dirigit magis quam humanitate*. Einer gesetzlichen Grundlage bedurfte weder die eine noch die andere Inhumanität. Der Senatsbeschluss des Jahres 10 war danach eine kaiserzeitliche Bestätigung einer Praxis, die als positives Recht nötig geworden war, weil diese Inhumanität der älteren vorklassischen Rechtslehre weder von der jüngeren Vorklassik noch von der klassischen Jurisprudenz gebilligt worden sein kann.

### 57. Die *Coemptio*

Isidor, Etym. V 24,26, berichtet: „Es gab einen alten Ritus der Eheschließung, in dem sich Ehemann und Ehefrau wechselseitig „kauften“, damit die Ehefrau nicht als Magd erschien“ (*antiquus erat nuptiarum ritus quo se maritus et uxor invicem „emebant“, ne videretur uxor ancilla*). Dieser Ritus, der schon deswegen kein „Kauf“ sein kann, weil es keinen Preis gibt und ein wechselseitiger Kauf sich ohnehin aufhebt, trägt den Namen „Kauf“, weil für ihn, wie Gaius I 113 schildert, mit den fünf Zeugen und dem Waagehalter der gesamte äußere Apparat der Manzipation herangezogen wurde, aber, wie er betont, als „imaginärer Kauf“ (*imaginaria[m] venditio[nem]*), da sie sich auch bei Gaius, wie die allgemein akzeptierte, evident zutreffende Emendation ergibt, beide „kauften“: „Es ‚kauft‘ ihn die Ehefrau und er, in dessen Gewalt sie tritt, die Ehefrau“ (*emit eum <mulier et is> mulierem, cuius in manum convenit*). Sinn der Manzipationsform ist einzig und allein dem, was die beiden sagen, der Wirkung des Satzes: „Wie die Zunge es in Worte fasst, so soll es Recht sein“ (*uti lingua nuncupasset, ita ius esto*) Rechtskraft zu verleihen. Boethius überliefert in einer Notiz, die aus Ulpian's Institutionen schöpft (vgl. den Text Lenel, Palingenesia Iuris Civilis II Sp. 928 Ziff.1918), dass die beiden einander wechselseitig fragten, ob sie füreinander statt *uxor* und *vir* fortan *materfamilias* bzw. *paterfamilias* sein wollten und das jeweils bejahten. Der Sinn des Rechtsakts ist damit getroffen. Fragen können aber nicht in Recht verwandelt werden. Es ist denn auch überliefert, dass die Rechtskraft an die symbolischen Namen Gaius und Gaia gebunden war. Quintilian, Inst. 1,7,28 berichtet aus ihm bekannt gewordenen Ehezeremonien (*ex nuptialibus sacris*), dass eben diese Namen für Mann und Frau benutzt wurden, und zwar, wie er ergänzt, in der Weise, dass die für Gaius verwendete Abkürzung C für Gaia in umgedrehter Form (*inversa littera*):  $\ominus$  verwendet wurde: beide Siglen schlossen sich damit zu einem beide vereinigenden Ring zusammen. Cicero konnte daher in der Rede pro Murena 12,27, in der er Servius Sulpicius zum Gegner hatte, spotten, dass dessen Bücher den Eindruck erweckten, dass in der *coemptio* jede Frau Gaia heiße: Plutarch, Quaestiones Romanae 30, schließlich, will von einer Sitte wissen, dass jede Braut bei der Heimführung genötigt wurde zu sagen: *Ubi tu Gaius, ego Gaia* sagte, überliefert damit aber, wie man allgemein annimmt, die Formel der *coemptio*, für dessen männliches Pendant sich dann in voller Symmetrie ergibt: *Ubi tu Gaia, ego Gaius*. Nimmt man hinzu, was Boethius von Ulpian überliefert, dann waren *Gaius* und *Gaia* Kurzformeln für den von beiden begehrten Status *paterfamilias* und *materfamilias*. Dass damit die Nunkupationen der *Coemptio* eine poetische Gestalt annehmen, steht mit dem, was wir mittlerweile von der vorklassischen Jurisprudenz der römischen Republik wissen, durchaus im Einklang.

### 58. Die Treuhandpflichten des Ehemannes gegenüber der *res uxoria*

Cicero nennt den vom Ehemann geforderten Pflichtenmaßstab der *actio rei uxoriae*, der auf ein *aequius melius* („gerechter und besser“) lautet und eine Annäherung des Rechts der Frau an das *aequum et bonum* fordert, dreimal pointiert zusammen mit dem Maßstab der Treuhandklage, der fordert „wie unter Guten gut gehandelt werden muss und ohne Schädigung“ (*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*), und zwar in einer Weise,

die sie auf gleiche Höhe stellt. Vgl. Cicero, *Topica* 17,66; *de officiis* III 15, 61; III 17,66. Da der Ehemann an dem Frauenvermögen formell alle Rechtszuständigkeiten innehat, diese aber im Interesse der gemeinsamen Ehe und der Ehefrau ausüben muss, entspricht seine Lage auch in der Tat der eines Treuhänders, der per definitionem seine Berechtigung im Interesse des Treugebers innehat. So erklärt sich auch, dass Cicero in den genannten Stellen nicht die *actio pro socio* nennt, die ebenfalls auf *aequius melius* lautet (Cicero, *pro Roscio comoedo* 4,12); denn die Gesellschaft, die erst von Fides, dann von der Bona fides geordnet wurde (Cic. *de off.* I 7,22/23; III 17,69/70), verschafft dem Gesellschafter keine Zuständigkeiten am Vermögen des jeweils anderen. Die aus den Treuhandvergleichen hervorgehende Tatsache, dass die *actio rei uxoriae* trotz ihres Wortlautes zu den *bonae fidei iudicia* gehört, wird von Gaius IV 62 bestätigt.

## 59. Die vorklassische Nutzungsgemeinschaft unter Ehegatten

Paulus 7 ad Sabinum D 25,2,1 teilt in seinem Kommentar zunächst die Lehre mit, dass eine Ehefrau einen Diebstahl an den Sachen des Partners nicht begehen könne, weil „die Lebensgemeinschaft sie in gewisser Weise zur Eigentümerin gemacht habe“ (*quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret*). Gemeint ist damit, dass in dem vorklassischen Ehebild, das die Ehe als eine vollkommene Rechtsgemeinschaft ansieht (Modestin 1 regularum D 23,2,1: „Die Ehe ist <...> eine das gesamte Leben erfassende Gesellschaft, eine Vergemeinschaftung des göttlichen und menschlichen Rechts“ (*Nuptiae sunt <...> consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*)) beide Ehegatten nicht mehr, wenn sie eine Sache des anderen ohne ihn zu fragen nutzen, damit den Tatbestand des vorklassischen, naturrechtlichen Diebstahls verwirklichen, der ein Antasten (*contrectatio*) fremden Gebrauchsrechts (*usus*) genügen lässt (Paulus 39 ad edictum D 47,2.1.3). Genauso ist eine Schenkung unmöglich, da sie nach vorklassischer Lehre eine Bereicherung eben durch dieses naturrechtliche Gebrauchsrecht verlangt und die Übertragung bloß formalen Eigentums nicht ausreichen lässt. So noch Julian gegen Servius, dem die Verschaffung formalen Eigentums hinreicht. Vgl. Julian 18 dig D 12,1,20; Marcellus 13 dig D 46,3,67; Hermogenian 6 iur epit D 39,5,33,1.

Die von Paulus 7 ad Sabinum D 25,2,1 an zweiter Stelle genannte klassische Lehre, der auch Julian zustimmt, vertrat dagegen die Ansicht, dass Ehegatten einander sehr wohl bestehen könnten, dass aber der Prätor aus Achtung vor der Ehe dem geschädigten Ehepartner statt einer Diebstahlsklage, die rechtsethisch begründete, *in factum* konzipierte Klage fortgeschaffter Sachen (*actio rerum amotarum*)) gewähre.

In der Sache ist evident, dass Paulus hier erst die vorklassisch-sabinianische Lehre mitteilt, die er in dem kommentierten Werk fand, um erst danach die durch Julian auch in der sabinianischen Schule dominant gewordene Lösung darzustellen. Dass der überlieferte Text für die erste Ansicht „*Nerva Cassio*“, für die zweite „*Sabino et Proculo*“ nennt, bedarf als (vermutlich auf eine verfehlte Auflösung von Abkürzungen, sogenannten Siglen, zurückgehende) Textstörung der Emendation: *Sabino et Cassio; Nerva et Proculo*.

Auch das vorklassische Recht ließ den Ehegatten gegenüber ihm entwendeten Sachen nicht schutzlos, sondern gab ihm nach der Ehe eine im naturrechtlichen *ius gentium* begründete *condictio ex iniusta causa*, eine Kondiktion aufgrund der Unrechtmäßigkeit des Erwerbsgrundes. Vgl. Marcian 3 regularum D 25,2,25; Gaius 4 ad edictum provinciale D 25,2,26. Dass beide Rechtsmittel konkurrierten, ist für die Kaiserzeit typisch.

## 60. Der männliche Samen als das „Blut“ der Blutsverwandtschaft

Die pseudo-biologischen Gründe der Zurücksetzung der uterinen gegenüber den consanguinen Geschwistern (Inst. 3,2,4; 3,9,3), die Justinian weitgehend abschafft (vgl. aber CJ 3,28,27), werden am klarsten von Isidor, *Etymologiae* VI, 4 und 7 herausgestellt und plausibel zu machen versucht: „Blutsverwandte werden sie genannt, weil sie aus einem einzigen Blut, d.h. aus ein und demselben Vatersamen hervorgegangen sind. Denn der Same des Mannes ist ein Schaum des Blutes, ähnlich dem gegen Klippen schlagenden Wasser, das weißen Schaum erzeugt, oder wie dunkler Wein, der in einem Becher geschüttelt, weißen Schaum hervorbringt.“ (*Consanginei vocati, eo quod ex uno sanguine, id est ex uno patris semine sati sunt. Nam semen viri spuma est sanguinis ad instar aquae in scopulos conlisa, quae spumam candidam facit, vel sicut vinum nigrum quod in calice agitatum spumam albentem reddit*) „Uterin werden sie genannt, weil sie von verschiedenen Vätern und ein und demselben Uterus herrühren“. (*Uterini vocati, quod sint ex diversis patribus, et uno utero editi.*) Die Hauptwirkung der Lehre war, dass eine Frau gesetzlich, d.h. nach den Zwölf Tafeln nur noch erbberechtigt wurde, soweit sie „vaterblütig“, d.h. wie ihre Brüder als Geschöpfe des Samens ihres verstorbenen Vaters angesehen werden konnte (PS 4,8,20): *Feminae ad hereditates*

*legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur*. Entsprechend formuliert der Sabinianer Cassius Ulpian 12 ad Sabinum D 38,16,1,10 *Consanguineos Cassius autem definit qui sanguine inter se conexi sunt*. Die Tendenz des Rechts wird in Parallele zur *lex Voconia* des Jahres 169 v.Chr. gesehen, das in der ersten Zensusklasse die Möglichkeit, Frauen testamentarisch als Erbinnen einzusetzen, einschränkte. Daher heißt es PS 4,8,20 weiter: „Das wurde ersichtlich vom Zivilrecht dem Zweck der *lex Voconia* folgend bewirkt“ (*idque iure civili Voconia ratione videtur effectum*). Die gesamte Lehre wurde in Rom als Teil der stoischen Weltanschauung rezipiert. Ihr zufolge ist das „Sperma“ der Frau nicht keimkräftig (StVF I S.36, 29 Ziff. 129; 141, 22 Ziff. 626): *ἄγονον*, im Unterschied zu dem „Schaum“ des Mannes, der sich im Uterus der Frau festsetzt (StVF II S.212,15 Ziff. 745). Dadurch wiederholt sich in der Zeugung in gewisser Weise die Entstehung des Menschengeschlechts, die in der Stoa auf die Aussaat göttlicher Samenkeime in die selbst keimlose Erde zurückgeführt wird. StVF II S.210 f. Ziff. 738-740. Zugleich ergibt sich eine das männliche Geschlecht in der Ehe an die erste Stelle tretende Analogie zu dem Verhältnis des Schöpfergottes Juppiter (Zeus) und seiner Frau Juno (Hera). Danach (StVF II S.313,6 Ziff. 1066) ist Juppiter in der Theologie der Stoa das vornehmste Element, das schöpferische Feuer, Juno das zweitvornehmste, die belebende Luft. Da beide Elemente an Feinheit (*tenuitate*) gleich seien, gelten sie als „Geschwister“. Die stoische „Theologie“ bestimmt ihr Verhältnis in folgender Weise (vgl. StVF II S. 313,6 Ziff. 1066). Beide sind einerseits durch die Nähe der Elemente, in denen sie sich verkörpern, „Geschwister“ – Juppiter im vornehmsten Element, dem schöpferischen Feuer, Juno im zweitvornehmsten, der belebenden Luft – wobei beide gegenüber den passiven Elementen Wasser und Erde einander an Feinheit (*tenuitate*) gleich sind. Sie bilden andererseits, da zwischen den beiden aktiven Elemente eine fruchtbare Wechselbeziehung angenommen wird, auch ein „Ehepaar“. Auf dieser Ebene einer die Welt erklärenden Bildersprache sind Geschwisterehen erlaubt. Juppiter trägt den Namen des Ehemannes (*nomen mariti*) aufgrund der Rangfolge der Elemente.

#### 61. *Furtum uxoris*

Gaius III 199 teilt mit, dass auch freie Menschen gestohlen werden können und nennt als Beispiele „Kinder“ in der väterlichen Gewalt und die Ehefrau in der ehemännlichen *Manus* (*uxor quae in manu nostra sit*). Das ist eine restriktive Auslegung, die nur entweder den Vater kraft *patria potestas* oder den Ehemann kraft seiner *manus* klagberechtigt sehen wollten. Nach dem naturrechtlichen Diebstahlsbegriff war auch der *Usus* geschützt. Vgl. Paulus 39 ad edictum D 47,2,1,3. Das von Q. Mucius Scaevola p.m. für eine *actio furti* geforderte ehrenhafte Interesse (*honesta ex causa interesse*; vgl. Pomponius 38 ad Quintum Mucium D 47,2,77,1) fehlte dem Ehemann in der *Usus*-Ehe nicht. – Der Diebstahlsbegriff des klassischen Edikts *rem alienam clam amovere* (Ulpian 56 ad edictum D 47,8,2,24) kennt keinen Diebstahl eines freien Menschen, sondern nur von Vermögensgegenständen. Servius lässt in der zitierten Stelle, wenn kein Eigentümer als Eigenbesitzer auftrat, auch den bestohlenen Dieb als Eigenbesitzer zur Klage zu, was Pomponius Mucius folgend ablehnt. Das Recht, das den Diebstahl freier Menschen für möglich hält und für die Diebstahlsbuße dessen Nutzen in Geld veranschlagen musste, ist aus vorklassischer Zeit zurückgekehrt. Vgl. auch Paulus 9 ad Sabinum D 47,2,38,1.

#### 62. Das universale Recht (*ius commune*) und das je besondere Bürgerliche Recht (*ius proprium civile*)

Ulpian 1 institutionum D 1,1,6 pr „Bürgerliches Recht <i.e.S.>“ ist, was weder in Gänze von dem Recht der Natur oder dem der menschlichen Zivilisation abweicht noch in allen Stücken ihm entspricht; wenn wir daher dem Allgemeinen Recht etwas hinzufügen oder hinwegnehmen, bringen wir besonderes Recht hervor, d.h. Bürgerliches Recht <i.e.S.>. (*Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit; itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur.*)

#### 63. Die klassische Missbilligung der Frauenvormundschaft

Die Institutionen des Gaius, die ihren freiheitlichen Geist ihrer auf Servius Sulpicius Rufus zurückgehenden Tradition verdanken, sind hier unmissverständlich. Nachdem sie die mit der Pubertät endende Vormundschaft als der natürlichen Vernunft entsprechend (*naturali ratione conveniens*) eingeordnet hatten, fährt der Text fort (I 90): „Dass aber Frauen erwachsenen Alters [*mulieres perfectae aetatis*] in Vormundschaft stehen, wird ersichtlich von so gut wie keinem gewichtigen Grund [*fere nulla pretiosa ratio*] angeraten. Denn was man gemeinhin annimmt, dass sie durch ihren Leichtsinn häufig betrogen werden, ist ersichtlich mehr auf Eindruck berechnet [*speciosa*] als

wahr. Denn Frauen im erwachsenen Alter führen ihre Geschäfte selbst, und nur in einigen Fällen gibt der Vormund um des formellen Rechts willen [*dicis gratia*] seine Einwilligung. Oft wird er dazu auch gegen seinen Willen vom Prätor gezwungen. Die *perfecta aetas* meint das Alter nach Vollendung des 25. Lebensjahres, in dem der Prätor niemanden mehr von nachteiligen Geschäften befreit, weil dann der Mensch, wie Ulpian (11 ad ed D 4,4,1), sich generisch ausdrückend, sagt, den ihm möglichen „*virilis*“ *vigor* erreicht hat. Vgl. G.45.

#### 64. Unmöglichkeit des formal berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter

Der im Text zitierte Satz steht in der Mitte einer dreigliedrigen Feststellung, die Q. Mucius Scaevola p.m. in seine Monographie "Opoi (Definitionen) trifft (D 50,1,73,4): „Weder durch ein Pactum noch durch förmliche Nebenbestimmung noch durch eine Stipulation kann ein anderer begünstigt werden.“ (*Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*). Für die in den Zwölftafeln geregelte Stipulation (Gaius IV 17a) wird das näher begründet (Ulpian 49 ad Sabinum D 45,1,38,17): „Für einen anderen kann niemand sich etwas versprechen lassen. (*Alteri nemo stipulari potest*) <...> Denn diese Art Obligationen sind erfunden worden, damit ein jeder erwirbt, was ihn selbst „interessiert“ (*quod sua interest*), grundsätzlich habe ich kein Interesse daran, dass einem anderen etwas gegeben wird (*ceterum ut alii detur, nihil interest mea*).“ Es ist dies die Gesinnung des eigennützigen Teils des vorklassischen Rechts, zu dem auch die beiden anderen Beispiele gehören, das Prozessabwenden, das magistratischer Bestätigung bedürftige Pactum der Zwölftafeln, durch das ein Gläubiger sich z.B. vom Schuldner zusagen lassen kann, wie dieser ihm gegenüber die Restschuld abarbeiten wird (XII tab. I 6), und die sogenannte *lex suae rei dicta* (etwa: eine dem Gegenstand vor Übereignung auferlegte zugunsten des Veräußerers dinglich wirkende Regelung) die zur Manzipation gehört und mit der sich der Übereignende am veräußerten Grundstück z.B. eine Dienstbarkeit zurückbehalten kann (XII tab. VI 1). Beides sind eigennützige Rechtsgeschäfte. – Das vorklassische providentiell-gesellschaftliche, vom Treuhandprinzip geprägte Verkehrsrecht ist dagegen fremdnützig, auch schon unter der Fides (Cic. de off. I 7,22) und verstärkt unter der Bona fides (loc. cit. III 17,70). Das jüngere Verkehrsrecht wird daher lehren, dass man Käufern die Mängel einer Kaufsache nicht verschweigen darf, da die Käufer zu denen gehören, die ein rechtliches Interesse an der Kenntnis haben (Cic., de off. III 13,57 *his quorum intersit id scire*) und man in Näheverhältnissen auf die Interessen des jeweiligen Partners bedacht sein muss. In diesem Recht war es Sache der Auslegung, ob in einer *pactio*, wie sie die vorklassischen Juristen z.B. in einer *emptio venditio* und der *locatio conductio* ihres treuhänderischen Verkehrsrechts fanden (vgl. Papinian 5 quaestionum D 2,14,39) kraft des Vertrauensprinzips die Begünstigung eines Dritten enthalten ist. Ulpian 10 ad edictum D 3,5,5,3 überliefert einen solchen Fall: Wer es übernimmt, einem Dritten einen Brief oder Geld zu überbringen – das ist ein Auftrag (*mandatum*) –, verschafft zugleich dem Empfänger einen Anspruch aus der von der vorklassischen *bona fides* geordneten *negotiorum gestio*.

#### 65. Die Besitzdienerschaft (*ministerium possessionis*)

Celsus vertritt nicht nur (23 digestorum D 41,2,18 pr) die Möglichkeit, dass ein Eigenbesitzer, indem er sich zielgerichtet zum Besitzdiener macht, einen anderen ohne jede Bewegung der Sache zum Eigenbesitzer machen kann (Marcellus 17 digestorum D 41,2,19,1), sondern auch, dass die juristische Interpretation jemanden gegen seinen offenkundigen Willen in die Rolle eines Besitzdieners versetzen darf. So lehrt er bei Ulpian 32 ad Sabinum D 24,1,3,12, dass ein *falsus procurator*, der für einen Gläubiger, so als sei er ermächtigt, bei dessen Schuldner Geld einzieht, mit Entgegennahme des Geldes dessen Besitzdiener wird und ihn zum Besitzer und Eigentümer macht, um ihm dann eine juristische Sekunde später das Geld durch Besitzentziehung zu stehlen. Hier zeigt sich die Besitzdienerschaft als ein Mittel der juristischen Interpretation, die, ohne auf einen wirklichen Willen des Besitzdieners angewiesen zu sein, rein gedankliche Zahlungsvorgänge zu konstruieren vermag. Das geschieht auch in dem Fall, dass der Schuldner des Ehemannes, der dessen Ehefrau beschenken will, weisungsgemäß unmittelbar an diese zahlt: Damit die Schenkung als direkt durch den Ehemann erfolgt angesehen werden kann, macht die Ehefrau ihn in der juristischen Deutung des Vorgangs gleich nach Entgegennahme des Geldes für einen gedanklichen Moment zu dem sie beschenkenden Eigenbesitzer. Julian stimmt dem, wie Paulus im § 13 mitteilt, in der Sache zu. In entsprechender Weise wird in dem praktisch wichtigen Fall der Auszahlung eines Darlehens durch einen Dritten, etwa durch eine Bank, sichergestellt, dass die Auszahlung als durch den Darlehensgeber erfolgt angesehen werden kann. Wieder macht der Empfänger des Geldes den Darlehensgeber für einen gedachten

Augenblick zum Besitzer und Eigentümer. Vgl. Ulpian 31 ad edictum D 12,1,15. Auf diese Weise konnte Ulpian ebenda auch das eng verwandte Vereinbarungsdarlehen rechtfertigen, das abgeschlossen wird, wenn das Darlehensgeld bereits beim Darlehensnehmer ist, und zwar mit Hilfe des Besitzkonstituts, durch das der Schuldner den Darlehensgeber für einen Augenblick zum Besitzer und Eigentümer des Geldes macht. Das ging Julian zu weit, wie sein Schüler African (8 quaestionum D 17,1,34) berichtet, weil dann ein Darlehen allein aufgrund formlosen Vertrags begründet werden könne. Die Zahlungsakte, die der kraft Besitzkonstituts gedanklich zu Eigentümer und Besitzer gewordenen Schenker oder Darlehensgeber vornimmt, erfolgen nach ihrer körperlichen Seite durch die sogenannte „Übergabe kurzer Hand“ (*brevi manu traditio*, Ulpian 3 disp D 23,3,43,1), die immer dann eintritt, wenn, wie in diesen Fällen, die zu übergebende Sache, hier das Geld, bereits im Besitz dessen ist, dem sie zur Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen übergeben werden muss. Kaiserzeitlich ist an dem Besitzkonstitut durch Besitzdienerschaft die Souveränität, mit der die Jurisprudenz kraft ihrer über das, was der Mensch im Besitzrecht will und wollen soll, interpretierend verfügt.

#### 66. Die *regula Catoniana*

Celsus 35 digestorum D 34,5,7,1 teilt mit: „Catos Regel bestimmt folgendes. Das Vermächtnis, das unwirksam wäre, wenn der Errichter des Testaments zur Zeit der Testamenterrichtung stürbe, ist ungültig, wann immer er sterben möge.“ (*Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere.*) Ein Beispiel gibt Gaius 2,244 in Gestalt eines Vermächtnisses an einen Gewaltunterworfenen, der in diesem Status eine eigene Berechtigung nicht erwerben kann. Er konfrontiert dabei die Standpunkte der beiden Traditionen und teilt zunächst mit, wie Servius die Frage vom Standpunkt seines nüchternen *ius humanum* sieht. Servius hält das Vermächtnis für gültig. Es werde erst ungültig, wenn der Bedachte zum Zeitpunkt des Erbfalls immer noch *in potestate*, d.h. gewaltunterworfen und damit erwerbsunfähig sei. Sabinus und Cassius widersprechen und wenden Catos Regel an: „Man müsse gleichwohl <auch dann> das Vermächtnis für unwirksam ansehen; denn dass das, was keine Geltung haben würde, wenn der Testator gleich nach Errichtung des Testaments stürbe, deswegen gelten sollte, weil er sein Leben noch etwas länger fristet, sei abwegig“ (*ideo tamen inutile legatum intellegi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testor, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset.*) Das heißt voreingenommen zu argumentieren: Nur im Rahmen der Regel kann bloßes Weiterleben nicht helfen. Umso deutlicher ist, dass der Gegensatz zwischen Servius einerseits und Cato und den Sabinianern andererseits auf eine fundamental verschiedene Sichtweise weist.

Servius sieht in einem Testament eine menschliche, dem Verstand des Testierenden entspringende Regelung (daher seine Etymologie *testamentum - a mentis contestatione*), die als solche auch dann gültig ist, wenn ihr im Zeitpunkt der Testamenterrichtung Unwirksamkeitsgründe entgegenstehen. Dass sie ihre erbrechtliche Wirkung nicht entfaltet, wenn diese Gründe im Zeitpunkt des Erbfalls nicht weggefallen sind, ist von der Regelung selbst zu unterscheiden.

Cato unterstellt die Errichtung seines die Vermächtnisse umfassenden Testaments einem höheren Formprinzip, das verlangt, dass die den Vermächtnisnehmern Berechtigungen verschaffende Rechtswirkung sofort eintreten könnte. Die aus ihrer Definition folgende, für ihre Genesis entscheidende Konzentration der Regel auf Vermächtnisse betont Papinian 15 quaestionum D 34,7,3: „Catos Regel bezieht sich nicht auf Erbschaften“ (*Catoniana regula non pertinet ad hereditates*).

#### 67. Das vorklassische Eigentum in seiner gesellschaftlichen Einbettung

Die vorklassische Lehre lehrt, dass von Natur nichts „privat“ ist (*natura nulla privata*), dass das Privateigentum mit der Gründung von Stadtgemeinden als deren Bodeneigentum beginnt, im gleichen Zug gefolgt vom Bodeneigentum der Bürger, dass aber, da die Dinge für alle Menschen und die Menschen für einander da sind, die Eigentümer darin der Natur folgen sollen, dass sie *duce naturae* die von Natur aus gemeinschaftspflichtigen Güter in den Verkehr bringen sollen (*communes utilitates in medium adferre*), und zwar unter der Herrschaft der Fides. Cicero informiert über diese Lehre an der Stelle de officiis I 7,20-23 als Schüler des Mucius augur (Cic., Laelius I 1) aus erster Hand und betont das in der parallelen Stelle Cic. de off. III 17,69-70 durch einen Blick auf die die Verkehrspflichten noch vertiefende Bona-Fides-Gesellschaft seines zweiten Lehrers im Recht Q. Mucius Scaevola p.m.

Seneca, dem wir ja auch die klare Feststellung verdanken, dass die „gläubigen *maiores*“ dies als Stoiker waren (ep. mor. 111,1: *maiores nostros qui crediderunt Stoicos fuisse*), beleuchtet mit seiner Darstellung der Verhältnisse des Goldenen Zeitalters (ep. mor. 90,3-5; 35-46), in dem die Menschen „die Naturwelt gemeinschaftlich genossen“ (§ 38 *in commune rerum natura fruebantur*) und einen „sicheren Nutzbesitz an ihren ihnen offenstehenden Gütern“ (*publicarum opum secreta possessio*) hatten, durch die Formulierung „glückselige Zeiten, in denen die Wohltaten der Natur zum gemeinsamen Gebrauch mitten unter den Menschen lagen“ (§ 36 *fortunata tempora, cum in medio iacerent beneficia naturae promiscue utenda*), die fortwirkende Kraft des Mythos. Denn der Vergleich von „*in medio iacere*“ mit „*in medium adferre*“ macht deutlich, was das Verkehrsrecht der Eigentümergesellschaft nach dem Willen der Natur leisten soll: eine Erneuerung des Prinzips der Gemeinschaftlichkeit der Güter. Es ist nicht mehr die „Natur“ selbst, die sie verwirklicht, sondern die in ihrem Dienst die Güter in den rechtlich geordneten Verkehr bringenden Menschen. Es sind auch nicht mehr nur die unmittelbar der Natur entstammenden Güter, sondern in wachsendem Maße die Ermöglichung von Eigentum, das in diesem Rechtsmythos das Recht auf die „Substanz“ der Dinge darstellt und dem Eigentümer alle damit verbundenen Gestaltungsmöglichkeiten zuordnet. Vgl. G.68.

## 68. Der naturrechtliche Nießbrauch und das nackte Eigentum, von dem er abgelöst ist und zu dem er zurückkehrt

„Wie Celsus und Julian treffend sagen, wird der Nießbrauch täglich begründet und vermacht, nicht, wie das Eigentum, allein zu dem Zeitpunkt, wo es <aufgrund des Vindikationslegats, vgl. Paulus 2 manualium FVat 47> erworben wird“ (*ut Celsus et Julianus eleganter aiunt, ususfructus cotidie constituitur et legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore quo vindicatur*). Es ist ein Satz, bei dem im Klima der Adoptivkaiser<sup>WP</sup> die damaligen Leiter der beiden Schulen übereinstimmen können, wie Ulpian, der ihn referiert (17 ad Sabinum D 7,2,1,30=FrVat 77) mitteilt, ja nahezu erfreut konstatiert. Der Satz spiegelt präzise den Dualismus des vorklassischen Rechts, in dessen Sicht alle Berechtigungen, wie sie eine gegründete Civitas verleiht und in ihr möglich werden, „Zusätze zur Natur“ (*προσθήκαι*) sind, die mit Anfang und Ende in die menschlich geordnete Zeitlichkeit gehören, während der *recta ratio*, dem *ὀρθὸς λόγος* der göttlichen Natur, zu der sie Zusätze sind, (vgl. StVF III S.39,37 Ziff. 323), eine lebendige, die Menschen bedenkende Gegenwärtigkeit zugesprochen wird. Der Erbe ist in dem obigen Fall als *dominus proprietatis* oder *nudus proprietarius* in dem Augenblick, in dem das Testament wirksam wird und den Übergang des Nießbrauchs auslöst, auf den eigennützigen „Zusatz zur Natur“ reduziert, während der Vermächtnisnehmer, dem der Nießbrauch zufiel, jeden Tag Destinatär der Nutzbarkeit der Sache zuweisenden Providenz ist. Daraus folgt, was in der Stelle zu entscheiden war, dass wenn der Nießbrauch gleichzeitig einem anderen gewährt war, mit dessen Wegfall der Nießbrauch sich unverändert erneuert und nun allein dem Verbleibenden zugutekommt. Denn die Nützlichkeiten, die kraft der Providenz den Gegenständen anhaften, sind nicht teilbar und bleiben sich gleich, ob von mehreren oder von einem genutzt. - Fällt der Nießbrauch an den Eigentümer zurück, hört dieses auf, nacktes Eigentum zu sein und ist wiederum mit allen dem Eigentümer privilegiert zustehenden Nutzungen versehen.

Wenn der Prinzeps den Bewohnern der kaiserlichen Provinzen, deren Boden ihm als Eigentum zustand, an diesem Boden einen Nießbrauch bestellt (Gaius II 7 u. 21), handelt der Kaiser, der sich damit auf das nackte Eigentum beschränkt, in dieser Sicht im Einklang mit dem Willen der Providenz.

## 69. Das Sklavenkind im Sachenrecht

Iunius Brutus, einer der drei „Gründer“ (*fundatores*) der jüngeren Form der vorklassische Jurisprudenz (Pomponius lb sg enchiridii D 1,2,2, 39) hat sich durch das Werk des Q. Mucius mit der Lehre durchgesetzt, dass (Gaius 2 *rerum cottidianarum sive aureorum* D 22,1,28,1) das Kind einer Sklavin nicht als Frucht im Sinne des Nießbrauchs angesehen werden könne: „Denn es war widersinnig erschienen, dass ein Mensch eine Frucht ist, da die Natur alle Früchte um der Menschen willen geschaffen hat“ (*absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum causa comparaverit*). Vgl. auch Cicero, de finibus I 4,12 und Ulpian 17 ad Sabinum D 7,1,68 pr. Blickt man auf den Doppeltitel des Werkes von Gaius, dann gehört die Lehre des Brutus zu den Aurea (den goldenen Prinzipien, die im Goldenen Zeitalter allein galten), während das Eigentum, das das Sklavenkind erfasst, zu den Verhältnissen (*Res cottidianae*) gehört, die seit den Staatsgründungen wie das Eigentum „alltäglich“ geworden sind.



## 70. Der Besitzer als geeigneter Beklagter der Vindikation

Wenn Ulpian 16 ad edictum D 6,1,9 auch Verwahrer, Entleiher und Pächter für geeignete Vindikationsbeklagte hält, entspricht das deren Einordnung als „naturrechtlicher Besitzer“ der vorklassischen Tradition. Vgl. Julian 44 digestorum D 41,5,2,1. Der von Ulpian zitierte Prokulianer Pegasus, der das ablehnt und nur den Besitz des *interdictum uti possidetis* ausreichen lässt, das nach der Ordnung des klassischen Edikts darüber entscheidet, wer im Vindikationsstreit die Besitzerrolle übernehmen muss (Gaius IV 148), lässt dagegen in Übereinstimmung mit der naturalistischen *naturalis possessio* des Servius, die Julian im § 2 des zitierten Fragments anführt, nur den Eigenbesitzer zu.

## 71. Das sachenrechtliche Eigentum des klassischen Rechts im System des klassischen Edikts

Von der *formula petitoria* der gegen den Eigenbesitzer gerichteten (vgl. G.70) Vindikation des klassischen Edikts (Lenel, *Edictum perpetuum*, 1927<sup>3</sup>, S.185) heißt es im Kommentar (Ulpian 16 ad edictum D 6,1,1,2) ausdrücklich: „Mit dieser Klage (*Per hanc <formulam> [actionem]*) werden Personen, die unserem Recht unterworfen sind (*liberae personae quae sunt iuris nostri*), z.B. Kinder, die in väterlicher Gewalt stehen (*ut puta liberi, quae in potestate sunt*), nicht eingeklagt (*non petuntur*). Die Art und Weise, wie diese Vindikationsformel in das Ediktsystem eingeordnet wird, ist kennzeichnend. Die Einteilungen, die das leisten und gewiss bereits auf dessen Urheber Servius zurückgehen, stellen die Formel für das Einklagen von je einzelnen Sachen (*singularum rerum petitionis*) der im Edikt vorher proponierten Formel (Lenel S.176) über eine Sachgesamtheit (*de universitate*) gegenüber, d.h. über die klassisch eine *res incorporales* bildende Erbschaft (Gaius II 14) und bestimmen sie im § 1 durch eine erschöpfend gemeinte Einteilung körperlicher Gegenstände näher: Sie fände statt sowohl bei allen beweglichen Sachen, belebten wie unbelebten, als auch bei solchen, die auf dem Boden beruhen (*in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus quam his quae anima carent, et in his quae solo continentur*). Die Kategorie *res se moventes* bezeugt der von Ulpian 1 ad edictum aedilium curulium D 21,1,1 zitierte Labeo als Teil dieser Einteilung.

Diese auf diese Sacheinteilung bezogene im Edikt proponierte Formel beanspruchte universale, nicht auf Bürger beschränkte Geltung und verwies daher auf das Eigentum mit einem einfachen (Gaius IV 92) *rem suam esse*, konnte aber, wie Ulpian § 2 ausführt, gegebenenfalls den Zusatz *ex iure Quiritium* („nach quiritischem Recht“) aufnehmen. Dass der überlieferte Text den Zusatz *ex lege Quiritium* nennt, ist eine längst erkannte justinianische Änderung, die nötig war, weil der Kaiser die Kategorie des *ius Quiritium* als „leeres und überflüssiges Wort“ (*vacuum et superfluum verbum*) gleich zu Beginn der Kodifikation abgeschafft hatte. Vgl. CI 7,25 (530-531).

Auf diese Weise stand, wie Paulus 21 ad edictum D 6,1,23 betont, die ediktale *formula petitoria* für beide Eigentumsarten zur Verfügung — die aller Menschen und die den Römern vorbehaltenen: „Die Klage auf die Sache steht dem zu, der entweder nach dem <zivilisatorischen> Völkergemeinrecht oder nach dem <den Römern vorbehaltenen, quiritischem> Bürgerlichen Recht Eigentum erworben hat.“ (*In rem actio competit ei qui aut iure gentium aut iure civili [Paulus : iure Quiritium] dominium adquisiit.*) Überall, wo das (Gaius II 65) *ius proprium civium Romanorum* über die Rechtsstellung entschied, nahm daher die Formel den Zusatz *ex iure Quiritium* auf. Vgl. Gaius II 24; IV 36. Für das den Römern vorbehaltene Bodeneigentum galt das durchweg, mit Ausnahme des Schulfalls der im Meer aufgetauchten Insel (Gaius 2 rer cott sive aur D 41,1,7,3), deren Okkupationserwerb nur nach *ius gentium* zu rechtfertigen war. – Die Vindikationsform, die weit früher den Eigentumsstreit dem Formularverfahren geöffnet hatte - in ihr wurde der Form nach ein kleiner Geldbetrag eingeklagt, den der Beklagte mittels der den Römern vorbehaltenen Sponsion (Gaius III 93) unter der Bedingung versprochen hatte, dass der Kläger Eigentümer *ex iure Quiritium* sei, so dass dessen Sieg sein Eigentum feststellte (Gaius IV 93-95) – war auch das für *suum* („das Eigene“) an gewaltunterworfenen Freien zuständig. Daher konnte der von Ulpian im § 2 des eingangs genannten Fragments zustimmend zitierte Pomponius dies auch für die *formula petitoria* lehren, wenn sie mit dem Zusatz *ex iure Quiritium* eingesetzt wurde.

Die oben notierte Ersetzung von *formula* durch *actio* ist eine bekannte schematische Interpolation der Redaktoren der Digesten, da das Formelwesen längst nicht mehr praktiziert wurde, vielmehr schon im Jahr 342 n. Chr. durch Kaisergesetz formell abgeschafft worden war. Vgl. CJ 2,57,1.

## 72. Das die Sachen vom menschlichen Standpunkt klassifizierende System des klassischen Edikts

Otto Lenel hat dem Ediktsystem ein eigenes Kapitel gewidmet (S.31-48) und als sein leitendes Prinzip erkannt (a.a.O. S.16), dass der Magistrat sich mit ihm gegenüber dem Publikum an seine Pflicht (*officium*) bindet, umfassend Rechtsschutz zu gewähren. Nach eingehender Prüfung hat Lenel darüber hinaus die Entdeckung Rudorffs, der ihm in der Restitution des klassischen Edikts vorangegangen war, bestätigt, dass es der (S.38) „ökonomische Gesichtspunkt der Wertschätzung des Klagobjekts“ ist, auf das sich die „Klassifikation“ der Klagen gründet, d.h. (in Rudorffs Worten) „auf die Wichtigkeit und den Geldwert der materiellen Gegenstände, dergestalt, dass die Erbschaft als Vermögensganzes dem Grundstück, das Grundstück als sicherstes und unbewegliches einzelnes Vermögensstück dem Sklaven, der Sklave als vernunftbegabtes Wesen dem Tier und dieses als Organismus der leblosen beweglichen Sache vorausgeht“.

Das ist der Blickpunkt des klassischen *ius humanum* (Cic. part. orat. 37,129), was um so deutlicher wird, als dessen spezifisch dialektische Klassifikationen (Cic., Brutus 41, 151-152) schon in dem enthalten sind, was Rudorff formuliert hat, oder zwanglos in sie integriert werden können, wie etwa diejenigen, die Gegenstände in *res corporales* und *res incorporales* (darunter die Erbschaft) unterteilen. Vgl. G.70.

## 73. Die Mehrheit von Eigentümern in der Kontroverse zwischen Mucius und Servius

Die konzise Mitteilung der Kontroverse lautet (Paulus 21 ad edictum D 50,16,25,1): „Quintus Mucius sagt, dass der Ausdruck ‚Teil‘ die Sache als ungeteilte bezeichne; denn das, was uns als Geteiltes gehört, sei kein Teil, sondern ein Ganzes. Servius sagt sehr treffend, dass der Ausdruck ‚Teil‘ beides bezeichne.“ (*Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari*). Servius' Denkweise, deren Erfolg bei Paulus vermutlich auf Julian zurückgeht, erläutert Ulpian zweimal zusammenfassend mit der Klarstellung, dass das gedankliche Teileigentum an dem tatsächlich ungeteilten Körper besteht, einmal im Kommentar zu dem anders denkenden Sabinus (Ulpian 48 ad Sabinum D 45,3,5) „Ein gemeinschaftlicher Sklave steht allen, nicht gewissermaßen jedem Einzelnen, als Ganzer zu, und zwar ganz und gar ungeteilt, so dass die Eigentümer nur gedanklich, aber nicht körperlich Teileigentum besitzen (*ut intellectu magis partes habeant quam corpore*)“. Daher trete, wenn der Sklave sich etwas versprechen lässt, die Erwerbswirkung bei ihnen „zu dem <gedanklichen> Teil ein, zu dem sie Eigentum an ihm haben“ (*pro parte qua dominium in eo habent*). In der anderen Äußerung (28 ad edictum D 13,6,5,25) zitiert Ulpian Celsus, der als hochklassischer Prokulianer in der Regel Servius folgt, in übereinstimmender Weise: „Celsus sagt, dass zwar Eigentum oder Besitz an dem ungeteilten Ganzen nicht zweien zustehen kann und auch nicht jemand an einem Körperteil Eigentum haben könne, ein jeder aber ein <gedanklich> geteiltes Eigentumsteil an dem gesamten ungeteilten Körper habe (*ait [sc. Celsus] duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse; nec quemquam partis corporis dominium esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*).

Die von Celsus grundsätzlich oder jedenfalls für diesen Fall abgelehnten Vorstellungen gewinnen Profil, wenn man sieht, dass sie beide vertreten wurden. Die Möglichkeit von Eigentum und Besitz mehrerer am Ganzen lehrte die ältere vorklassische Jurisprudenz (vgl. G.75), Teileigentum am Körper selbst, wo das eine auf dem Körper sichtbare Linie erlaubte, die klassische Jurisprudenz (vgl. G.74).

## 74. Körperlich geteiltes Eigentum an einer einheitlichen Sache nach klassischem Recht

Paulus 6 ad Sabinum D 10,3,19 trägt die Lehre vor, die er auch in dem kommentierten Werk fand: Ein auf einer Grundstücksgrenze gewachsener Baum oder ein Stein, der durch seine Grenzlage auf beiden Grundstücken liegt, steht beiden Grundstückseigentümern gemäß dem Grenzverlauf je in einem körperlich geteilten Eigentum zu. Wird aber der Baum gefällt oder der Stein ausgegraben, „entsteht gemeinschaftliches Eigentum an einem ungeteilten Gegenstand (*communis pro indiviso fiet*)“. „Denn das, was zu ‚definierten Teilen‘ zustand, fließt zusammen“ (*nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur*). „Das Eigentumsrecht verfließt“ (*confundit ius domini*). Zur Veranschaulichung nennt Paulus zwei zusammengeschweißte Metallstücke: Auch wenn die Teile noch erkennbar seien (*etiamsi aliquid ex prima specie separatum maneat*), ist Miteigentum an der gesamten Menge entstanden (*tota massa communis est*). Für Baum und Stein, die aus der Grenzlage gelöst worden sind, müsse das Gleiche erst recht gelten. In einem vermutlich späteren Werk führt Paulus zwar die vorklassische Lehre

an, bekennt sich aber dann zu der klassischen Lösung (1 manualium D 17,2,38): „Aber es entspricht der natürlichen <Menschen->Vernunft (*naturali rationi*), dass ein jeder beiden auch nachher (*et postea*) einen so großen Teil sowohl am Stein wie am Baum hat, wie er ihn auch in der Erde hatte.“ – Der Vergleichsfall erlaubt eine Bestätigung der rechtswissenschaftlichen Zuordnung. Denn Pomponius berichtet in seinem Sabinus-Kommentar (30 ad Sabinum D 41,1,27,2) für den Fall zusammengeschweißter Teile, dass der Schulmitgründer Cassius lehrte, dass Miteigentum an der Gesamtmenge proportional zur Größe eines jeden Teils oder dessen Werts entstehe (*pro portione rei aestimandum vel pro pretio cuius partis*), während der andere Schulgründer Proculus und dessen Nachfolger Pegasus lehrten, dass das Eigentum an den körperlichen durch die Schweißnaht verbundenen Teilen fortbestehe (*existimant suam cuiusque rem manere*). Der Unterschied der Denkweise tritt deutlich hervor. Nach vorklassischer Lehre erfasst das Eigentum den inneren Substanzwert, der (nicht anders als bei der Verarbeitung) von der äußeren Gestalt unabhängig ist. Nach klassischer Lehre besteht das Eigentum an der äußeren Erscheinung, weswegen die Verarbeitung als Spezifikation eine neue Sache schafft.

## 75. Der Schatz in dem in Besitz genommenen Grundstück

Paulus 54 ad edictum D 41,2,3,3 berichtet, dass „Brutus und Manilius glauben, dass derjenige der ein Grundstück ersessen hat, auch einen Schatz ersessen hat, obwohl er nicht weiß, dass er sich in dem Grundstück befindet“. Paulus kommentiert das mit den knappen Worten „Das ist nicht wahr“ (*non est verum*). Er stimmt dann mit anderen der Ansicht des Sabinus zu, dass der Ersitzungsbesitz erst beginnt, wenn der Schatz entdeckt, bewegt und in Obhut genommen ist (*sub custodia nostra*). P. Mucius p.m., der neben Brutus und Manilius der Profilierteste unter den drei „Gründern“ (Pomponius lb sg enchiridii 1,2,2,39) der jüngeren Vorklassik war, die sein Sohn Q. Mucius p.m. mit seinem Werk *De iure civili* (loc. cit. § 41) vollendete, das Ius civile des Sabinus ermöglichte, blieb in dem überlieferten Text ungenannt. Dies hindert aber den Exegeten, der ja weiß, dass des Q. Mucius Werk *De iure civili* (loc. cit. § 41), der ein treuer Vertreter der Lehren seines Vaters war (Cicero, de oratore I 57,244), das Ius civile des Sabinus ermöglicht hat, nicht daran, die vielsagende Lücke zu füllen und auf diese Weise zu erkennen, dass die Meinung des Sabinus über Q. Mucius auf dessen Vater P. Mucius zurückgeht.

Der wahrscheinlich von Julian beratene Hadrian (Inst 2,1,39) folgt für den Schatzfund auf eigenem Grund unter Anrufung der *naturalis aequitas* dem klassischen Recht, das einen Schatz als eine Sache definiert, deren Eigentümer nicht mehr feststellbar ist und daher, da er damit einer herrenlosen Sache gleichstehe (Paulus 31 a edictum D 41,1,31,1), der Aneignung durch den Finder überlässt. Wird der Schatz auf fremdem Grundstück zufällig gefunden, gibt er dem Finder die Hälfte und vermittelt damit zwischen dem älteren vorklassischen Recht, in dem der verborgene Schatz regelmäßig immer schon ersessen war, und dem klassischen Recht, das ihn ungeteilt dem Finder zugesprochen hätte.

## 76. Das solidarische Miteigentum und der solidarische Besitz der älteren vorklassischen

### Jurisprudenz

Der Okkupationsbesitz der Mitbürger an Territorium, mit dem das Privateigentum beginnt (Cic. de off. I 7,20), ist Besitz und Eigentum aller am Ganzen (*in solidum*), also etwas, was schon die jüngere vorklassische Jurisprudenz grundsätzlich ablehnte und für den Besitz höchst ausnahmsweise anerkannte. Vgl. G.75. Daher muss Gaius von der jurisprudentiell genau durchdachten Brudergesellschaft sagen (III 154a): „Sie gab es einst.“ (*olim <...> erat*). Ihrem Wesen nach ist sie als eine „zugleich gesetzliche wie naturrechtliche Gesellschaft“ (*legitima simul et naturalis societas*) ein typisches Produkt der philosophisch inspirierten, vom Dualismus zwischen Eigen- und Fremdnützigkeit geprägten Zwölftafelauslegung, wie sie Cicero bei Mucius augur kennengelernt hatte (Cicero, de oratore I 43,193-45,200). Gesetzlich ist Brudergesellschaft in der Art, wie sie an das Erbrecht der Brüder (XII tab V 4) anknüpft und zugleich daran, dass sie als Vormünder über die Schwestern (XII tab. V 1 und 2) deren Erbteil für sie verwalteten, solange es nicht als Mitgift für sie eingesetzt werden musste. Naturrechtlich ist sie durch das Prinzip der „Brüderlichkeit“, das der von Ulpian zitierte Sabinus (Ulpian 31 ad edictum D 17,2,63 pr) als „Brudergesellschaftsrecht“ (*ius quodammodo fraternitatis*) bezeugt. Es war auf die von der *bona fides* geprägte *societas* des Q. Mucius Scaevola p.m. (Cic. de off. II 17,69) als gesteigertes Rücksichtsprinzip übergegangen, während es im älteren vorklassischen Verkehrsrecht die Gesellschafter hinsichtlich ihrer gesellschaftlichen Pflichten der Fides unterstellte (Cic. de off. I 7,22/23).

Gaius hebt in seinem Bericht mit den Worten „Das war das Eigentümliche“ (*illud proprium erat*) das später nicht mehr vertretbar erscheinende Besondere hervor. Er illustriert es mit zwei Beispielen, die bezeugen, dass alle „Brudergesellschafter“ als Einzelne über jeden Gegenstand der Gesellschaft frei und mit Wirkung für alle verfügen konnten: Er konnte einen Sklaven freilassen und dadurch allen Patronatsrechte an dem Freigelassenen verschaffen. Entsprechendes galt für Veräußerungen. Eine sie bezweckende Manzipation war daher, wie der unvollständig überlieferte Satz Gaius III 154b zu ergänzen ist, nicht nur dahingehend wirksam, dass sie dem Erwerber Eigentum verschaffen konnte, sondern sie verpflichtete auch alle solidarisch für den Fall, dass ein Dritter als wahrer Eigentümer auftrat, zur Gewährung wegen Rechtsmängeln (XII tab. XII VI, 2 und 3). Es war eine jeweils auf das Gesamte (*in solidum*) gerichtete Allzuständigkeit der Gesellschafter, die ohne ihre Treuhandpflichten, die aus der Fides stammten, nicht erträglich gewesen wäre

#### 77. Der Bürgerliche Besitz (*civilis possessio*) der jüngeren vorklassischen Jurisprudenz

Die typisch vorklassische Begrifflichkeit, die bürgerlichen Besitzes (*civilis possessio*) und naturrechtlichen Besitz (*naturalis possessio*) unterscheidet, bewahrt uns Julian, wenn er von dem vorklassischen Satz (vgl. Marcellus 17 digestorum D 41,2,19,1), dass niemand sich den Grund seines Besitzes selbständig ändern kann, mitteilt (44 dig D 41,5,2,1), dass er sowohl für die *civilis possessio* wie für die *naturalis possessio* gilt. Diese *civilis possessio* ist gemeint, wenn der von Pomponius kommentierte Q. Mucius Scaevola p.m. mit dessen Beifall sagt (23 ad Quintum Mucium D 41,2,25,2), dass der Besitz an einem Hausgrundstück gegenüber einem Eindringling, der den Besitz ergriffen hat, nicht sofort an dessen *corporalis possessio* verloren gehe, sondern erst dann, wenn der Rückkehrende zurückgestoßen werde oder sich davon überzeuge, dass das unweigerlich geschehen werde; dann verliere er den Besitz *animo*, d.h. durch Wegfall des Besitzwillens. Ulpian 69 ad edictum D 43,17,3 pr erläutert das Prinzip in der Ichform: Es besitzen zwei *in solidum* („auf das Ganze“), wenn das Zusammentreffen von rechtmäßigem und unrechtmäßigem Besitz vorgetragen wird (*si quis proponeret possessionem iustam et iniustam*), d.h. wenn ich rechtmäßig besitze (*ego possideo ex iusta causa*), du gewaltsam oder heimlich (*tu vi aut clam*). Denn dann besitzen wir beide (*nam et tu possides et ego*). Sabinus steuert bei Paulus 54 ad edictum D 41,2,3,5 mit dem Bittbesitz einen weiteren Fall bei und sagt, dass sowohl der Gewährende wie der Bedachte besitze. Damit sind die drei Fälle zusammen, in denen das den Besitzfrieden schützende „Dass Gewalt geschieht, verbiete ich“ (*Vim fieri veto*) des Interdikts „Wie ihr besitzt“ (*Uti possidetis*) durch die Klausel (Ulpian 69 ad edictum D 43,17,1,5) „Wenn du nicht von jenem aus gesehen gewaltsam, heimlich oder bittweise besitzt“ (*quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides*) zugunsten der Selbsthilfe und zulasten des unrechtmäßig oder nur bittweise Besitzenden ausgeschlossen ist. Gemeint ist hier das Interdikt in seiner vorklassischen Anwendung, in der es auch gegen Besitzstörung eingesetzt wird, etwa wenn (Ulpian 69 ad edictum D 43,17,3 §§ 3-5) ein Eigenbesitzer gehindert wird, sein Haus zu reparieren oder sein Landgut zu bewirtschaften.

Die von Pomponius eingangs angeführte und von ihm abgelehnte Lehre, die der *corporalis possessio* des Eindringlings sofort besitzentziehende Wirkung beilegt, die von Labeo mit scharfen Worten als die einzig richtige verteidigt wird (vgl. Paulus 54 ad edictum D 41,2,3,5: „für das Prinzip des Besitzes komme nicht viel darauf an, ob jemand rechtmäßig oder unrechtmäßig besitzt“) und von Paulus eine nicht weniger eindringliche Unterstützung erfährt („derselbe Besitz kann ebensowenig bei zweien sein, wie du an dem Ort stehend erscheinen kannst, an dem ich stehe, oder ich dort sitze, wo du als Sitzender erscheinst“), folgt in ihrem Naturalismus der *naturalis possessio* des Servius, die das Julian-Fragment 44 dig D 41,5,2,2 infolge der Inskription des Digestentitels als *possessio pro possessore*, d.h. als Besitz eines Besitzers, der sich nur auf seinen naturalistischen Besitz berufen kann („Besitz eines – nichts als – Besitzers“) zu erkennen gibt.

Die Lehre des Quintus Mucius – dass sich in dem *quasi magis* des Fragments infolge falscher Siglenauflösung sein Name versteckt hatte, war eine schöne Entdeckung des niederländischen Romanisten van den Water – hat für die Konstellationen der in seinem Denken berechtigten Selbsthilfe die ältere Zulässigkeit mehrerer Besitzlagen *in solidum* (vgl. G.73) bewahrt. Dass die konsequent naturalistische Lehre des Servius die Wirkung hatte, die Selbsthilfe zurückzudrängen, stimmt mit dem Grundpathos seiner Jurisprudenz überein.

#### 78. Der naturrechtliche Nutzbesitz der jüngeren vorklassischen Jurisprudenz

Der Nießbrauch ist in der vorklassischen Tradition durch die umfassende Art seiner Berechtigung der Grundfall des naturrechtlichen Besitzes (Ulpian 70 ad edictum D 41,2,12 pr „Auf naturrechtliche Weise besitzt ersichtlich,

wer einen Nießbrauch hat [*Naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet*]). Die anderen „naturrechtlichen Besitzer“ der vorklassischen Tradition (Julian 44 dig D 41,5,2,1 nennt beispielhaft Pächter, Verwahrer und Entleiher) sind in ihrer Beziehung zur Sache eingeschränkter, aber wie der Nießbraucher Inhaber eines naturrechtlichen Nutzungsrechts, das vorher beim Eigentümer war und mit der Sache auf sie überging (dass der „Besitz“ des Verwahrers rein fremdnützig ist, nimmt ihm nicht die naturrechtliche *utilitas*; vgl. Cicero, de off. I 7,22). Für den Pächter spricht der Sabinianer Javolen, der Lehrer Julians, den entscheidenden Unterschied aus (4 epistularum D 50,16,115): „Der Besitz unterscheidet sich vom Feld oder Acker durch das <bei ihnen hinzutretende> Eigentum des Rechts <->. Der Besitz ist daher die Nutzung, Feld oder Acker das Eigentum am Grundstück“ (*possessio ab agro iuris proprietas distat <...> possessio ergo usus, ager proprietas loci est.*) Diese knappe Notiz wird durch den unmittelbar aus der vorklassischen Jurisprudenz schöpfenden Text des augusteischen Lexikographen Gallus Aelius beleuchtet, der erst dasselbe sagt (Festus, ed. Lindsey S.260): „Der Besitz ist der Gebrauch des Ackers oder des Gebäudes, nicht das Grundstück oder der Acker selbst“ (*Possessio est <...> usus quidem agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager*), dann aber in der Begründung dieser Differenzierung Entscheidendes beisteuert: „Denn der Besitz gehört nicht zu den Dingen, die berührt werden können“ (*Non enim possessio est ...* [eine geringfügige Textlücke; es fehlt etwas wie: *de talibus*] *...rebus quae tangi possunt.* „Deswegen wage niemand in den dem Zwölftafelgesetz folgenden Klagen <nach dem Recht der Quiriten> den Besitz sein Eigen zu nennen (*Itaque in legitimis actionibus nemo <ex iure Quiritium, so Husche für sinnloses his qui > possessionem suam vocare audeat*).“ Vielmehr wendet er sich dem Interdikt zu, auf dass der Prätor folgende Worte gebrauche (*sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur*): „Wie ihr jetzt das Grundstück besitzt, um das es geht, das ihr weder gewaltsam noch heimlich noch bittweise der eine vom anderen besitzt, dass ihr es so besitzt, dagegen verbiete ich, Gewalt zu üben“ (*adversus ea vim fieri veto*). Das ist nicht das Interdikt des Edikts, das die Parteirollen der *rei vindicatio* bestimmte (Gaius IV 148), sondern das gleiche Interdikt in vorklassischer Auslegung, das über ein komplexes, vom Prätor gesichertes Nachverfahren (Gaius IV 170) gerichtlich zu überprüfen erlaubte, ob ein Besitzer in seiner Grundstücksnutzung beeinträchtigt worden war (Ulpian 69 ad edictum D 43,17,3 §§ 3-5).

Die oben genannte Scheu, etwas Besseres als Eigenes zu bezeichnen, ist religiöser Art. Um etwas ihr „Eigenes“ nennen zu können, müssen die Menschen die Dinge nach ihrer stofflichen Seite ergreifen, wie es das Vindikationsritual für das *suum ex iure Quiritium* vorführt (Gaius IV 16-17). Alles Qualitative, das die Dinge nützlich macht, ist demgegenüber das Göttliche, das als ein auf den Menschen zielendes providentielles *Pneuma* (eig. u.a. „Hauch; Seele, Geist“) durch die qualitätslose Stofflichkeit hindurchgeht (StVF II S.111,15 Ziff. 301; S.307,8 Ziff. 1033), und zwar von der Stoa wie alles Nützliche und Gute überall als „Körper“ gedacht (III S.306,35 Ziff. 1029; III S.20,29 Ziff. 84; S.22,3 Ziff. 87), darum aber nicht stofflich greifbar wird, sondern eine kreative Kraft bleibt, die der Mensch seelisch und in der Bearbeitung der Welt in Annäherungen erfahren kann, aber nicht fassen kann. Eine solche Kraft sein Eigen zu nennen, wäre vermessen.

Dass nun der providentielle Usus, der im Goldenen Zeitalter potentiell allen zustand, und zwar auch in der Form, in der er für andere bereitgehalten wurde (Seneca, ep. mor. 90,40: „die Sorge für den anderen und für sich war gleich“, *par erat alterius et sui cura*), und so dieser Usus überall, wo dies sinnvoll war, auch von mehreren ausgeübt werden konnte, ist evident. So sind bei einem Großgut mehrere Pächter sinnvoll, nicht zuletzt in der vorklassischen, gesellschaftlich gedachten Halbpacht, wo dem Pächter durch seine Arbeit die Hälfte der Ernte gebührt (Gaius 10 ed prov D 19,2,24,6). Die Schiffspacht durch eine größere Zahl von Passagieren, die eine Anwendung der „entgeltlichen, nützlichen Überlassung“ (*locatio conductio*) ist, gibt ein unmittelbares Beispiel und zugleich eine eindrucksvolle Anschauung der sich aus dem Dualismus des vorklassischen Rechts ergebenden Rangordnung. Der Schiffseigner darf, wie es drastisch heißt, die Passagiere nicht kraft seines Eigentums über Bord werfen. „Denn (Cic. de off. III 23,89) bis das Schiff dorthin gelangt ist, wohin es gechartert wurde, „gehört“ das Schiff nicht dem Eigentümer, sondern den Passagieren.“ (*quoad enim perventumst eo, quo sumpta navis est, non domini navis est, sed navigantium.*) Das ist ein Gehören, *quoad usum* (nach der Nutzung), das, weil es unmittelbar der providentiellen Natur entstammt, dem Gehören *quoad substantiam* (nach der Substanz), das als ein Zusatz zur Natur gedacht wird, überlegen ist.

Was den Nießbrauch betrifft, so gibt es für die oft belegte Mehrzahl von Nießbrauchern eine schöne Veranschaulichung in Gestalt des erfolgreichen Vorschlags Julians, in dieses naturrechtliche Verhältnis zur Verhinderung von Streitereien formale Berechtigungen hineinzubringen. Ulpian 18 ad Sabinum D 7,1,13,3 „Für den Fall, dass zwischen zwei Nießbrauchern Streit besteht, schreibt Julian im 38sten Buch seiner Digesten, dass es

höchst angemessen (*aequissimum*) sei, eine analoge Gemeinschaftsteilungsklage anzustrengen, oder durch Stipulationen unter ihnen zu regeln, wie sie den Nießbrauch ausüben sollen. Warum soll, sagt Julian, der Prätor es zulassen, dass die streitenden Parteien zu einem bewaffneten Streit übergehen (*ad arma et rixam procedere*), wenn er sie durch seine Jurisdiktion befrieden kann? Diese Meinung billigt auch Celsus im 20sten Buch seiner [offenbar nach Julian abgeschlossenen] Digesten. „Und auch ich halte sie für zutreffend.“ Es ist ein Vorschlag ganz im Geist des Prinzipats.

## 79. Die kreditierende Übereignung

Das Fragment des Servius-Schülers Alfenus (5 digestorum a Paulo epitomatorum D 19,2,31) enthält mitsamt seiner systematischen Begründung ein Responsum seines Lehrers Servius zu einem Frachtvertrag über Getreide, kraft dessen am Bestimmungshafen nur die gleiche Menge aus einer größeren Frachtmenge erwartet wurde und der insofern, wie man heute sagt, „unregelmäßig“ war. Die Einordnung des Vertrags folgt der für Servius kennzeichnenden dialektischen Methode (Cicero, Brutus 41,152). Die *locatio conductio rerum* wird von ihm als Hingabe von Sachen zum Zweck ihrer Wertsteigerung gefasst, so dass Beförderung von Sachen in eine voraussichtlich höherpreisige Region und deren Bearbeitung gleichgestellt werden. Servius lehrt entsprechend zwei rechtliche Arten (*duo genera*) dieses allgemein gefassten Vertrages, je nachdem, ob die Getreidemenge getrennt oder als Sammelfracht befördert, oder ob Kleider zur Reinigung oder Rohsilber hingegeben wird, damit aus ihm Ringe gefertigt werden. Unterscheidendes Kriterium ist das *in creditum ire*, das dort, wo Getreide aus der Gesamtfracht oder die Ringe erwartet werden, sofort mit Übergabe an die Stelle des Eigentums eine schuldrechtliche Forderung treten lässt, nicht erst mit Vermischung des Getreides im Schiffsbauch oder mit der Verarbeitung des Silbers zu Ringen. Servius unterstreicht das durch den Hinweis, dass sich das bei einer Geld anvertrauenden Verwahrung genauso verhalte, je nachdem, ob die gleichen Stücke oder die gleiche Summe zurückerwartet würden. Auch hier entscheidet die Hingabe des Geldes, nicht die Ingebrauchnahme der konkreten Stücke. Kennzeichnend ist der konzentrierte Blick auf die berechtigende Rechtsordnung und auf die stilisiert herausgearbeiteten Tatbestandselemente des (mit einer *traditio credendi causa* identischen) *in creditum ire*, die in ihr die Rechtsfolge auslösen. Was nach der Übergabe mit dem Weizen, dem Silber und dem Geld vereinbarungsgemäß geschieht und das Kreditieren notwendig macht, wird von der Rechtsform vorweggenommen.

## 80. Der Baumschneiderfall

Paulus 10 ad Sabinum D 9,2,31. Wer auf seinem eigenen Grund einen Baum ausschneidet, haftet, wenn ein Sklave durch einen herabfallenden Ast zu Tode kommt, nach Q. Mucius wegen Verschuldens (*de culpa*), wenn er die Vorkehrungen, die ein Sorgfältiger hätte treffen können, nicht getroffen hat (*quod cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum*). Verwandt ist die in den Digesten voraufgehende Entscheidung Paulus 22 ad edictum D 9,2,30,3, dass derjenige, der ein abgeerntetes Feld abfackelt und so durch Feuer von den Stoppeln befreit, haftbar wird, wenn er keine Vorkehrungen dagegen trifft, dass das Feuer benachbarte Saaten oder Weingärten erfasst. Diese der vorklassischen Auslegung entstammende Klage hieß *actio utilis* (im Gegensatz zur *actio directa* der klassischen Auslegung; vgl. Ulpian 18 ad edictum D 9,2,13 pr). Die gemeinte *utilitas* ist wie bei der entsprechenden Paarbildung, die für die Klagen aus Geschäftsführung ohne Auftrag überliefert ist (Paulus 1 sententiarum D 3,5,47 pr), die solidarische Nützlichkeit des gesellschaftlichen Menschen des Antipater von Tarsos (Cic, de off. III 12,52), die aus Näheverhältnissen Pflichten entstehen lässt.

## 81. Der Fall der trächtigen Stute

Pomponius 17 ad Quintum Mucium D 9,2,39 pr. Wer eine trächtige Stute auf seinem Acker weiden sieht und sie in einer Weise hetzt, dass sie ihr Fohlen verwirft, macht sich für den Schaden haftbar. Pomponius erläutert die von ihm wörtlich mitgeteilte Entscheidung des Mucius: Da der Grundstückseigentümer Schadensersatz für die Überweidungsschäden beanspruchen kann (Ulpian 41 ad Sabinum D 19,5,14,3), muss er das Pferd schonend wie ein eigenes behandeln (*quasi suum*).