

## ***Dynamisches Zwölftafelrecht und statisches ius gentium. Inst. 2.1.41***

### *I. Der Ausschluss Fremder vom römischen Zivilrecht*

Römische Bürger leben nach römischem Zivilrecht, welches Fremden grundsätzlich verschlossen ist<sup>1</sup>. Exklusion ist die Regel, Inklusion die Ausnahme. Was dies für Römer einerseits, für Fremde andererseits bedeuten kann, zeigt folgende Passage aus den Institutionen Justinians.

*Inst. 2.1.41: ... Venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.*

### *II. Die in Inst. 2.1.41 genannten Bestimmungen*

Nach Inst. 2.1.41<sup>2</sup> werden verkaufte und übergebene Sachen nicht anders

\* Das Folgende ist die schriftliche Fassung des vom Verf. am 10. Dezember 2021 im Rahmen des Villa Vigoni-Gesprächs *Das Recht als Mittel der Inklusion oder der Exklusion? – Die Bedeutung des Bürgerrechts für das antike Rechtsleben*, anlässlich der Aufnahme der Constitutio Antoniniana (P. Giss. 40 I) in das UNESCO-Weltdokumentenerbe, in Lovenno di Menaggio gehaltenen Vortrags.

<sup>1</sup> M. Kaser, R. Knütel, S. Lohsse, *Römisches Privatrecht*, München 2021<sup>22</sup>, § 2 Rz. 27 (S. 29).

<sup>2</sup> Die Vorlage für Inst. 2.1.41 bilden offensichtlich die *res cottidianae* des Gaius; daraus schöpfen Inst. 2.1.40 und 42-46, 48 (nämlich aus Gai. 2 *rer. cott. sive aur.* D. 41.1.9.3-8), daraus wird auch Inst. 2.1.41 schöpfen (das Inst. 2.1.41 entsprechende Stück fehlt allerdings in der Digestenüberlieferung); M. Humbert, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome 2018, 389. Damit scheint Gaius sich allerdings mehrfach selbst zu widersprechen, fordert er doch hier Kaufpreiszahlung oder Sicherstellung oder Vertrauen, in Gai. 28 *ad ed. prov.* D. 18.1.53 Kaufpreiszahlung oder Sicherstellung, in Gai 2.19-20 aber nichts dergleichen; s. Humbert, *La loi des XII Tables* 390 («L'incohérence surprend, d'autant plus que le même auteur, Gaius, semble bien avoir partagé trois attitudes différentes»). Doch was Gai 2.19-20 vorträgt, ist lediglich die vereinfachte Version der *res cottidianae*; Gai. 28 *ad ed. prov.* D. 18.1.53 aber gibt die Tradition wieder; Humbert, *La loi des XII Tables* 392 f. («Autant dire, en simplifiant, que la simple livraison suffit à transférer la propriété. C'est ce que Gaius enseigne à ses étudiants dans ses Institutes. Il n'y a donc pas deux Gaius inconciliables, mais chez le même juriste, deux façons différentes d'exprimer le même point de vue», «Mais il restait le courant traditionnel ...»). A.A. F. De Iuliis, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino 2017, 53 f. (Gaius' Institutionen); 56 mit <sup>155</sup> f. (Gai. *ad ed. prov.*). Ohne zu spezifizieren M. Marrone, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *AUPA*. 42, 1992, 181, 195 mit<sup>31</sup> (Gaius).

dem Käufer erworben, als dass dieser dem Verkäufer den Kaufpreis gezahlt hat oder ihn auf andere Weise sichergestellt hat, etwa dadurch, dass er einen Schuldübernehmer oder ein Pfand (das übrigens nicht übergeben zu sein braucht<sup>3</sup>) gestellt hat. Dies werde (so weiter die Institutionen) zwar auch durch das Zwölftafelgesetz bestimmt, doch, wie man zurecht sage, auch durch das *ius gentium*, das heißt durch das Naturrecht. Wenn aber der, der verkaufte, dem Käufer vertraut habe, müsse man sagen, dass die Sache sofort Eigentum des Käufers werde.

Es ist, aus justinianischer Sicht konsequent, nur von der *traditio* die Rede. Doch bestand die Abhängigkeit des Käufererwerbs von der Kaufpreiszahlung auch bei der *mancipatio*<sup>4</sup>. Dies lässt sich etwa aus Varro entnehmen. Nach Varro<sup>5</sup> setzt ein kaufweiser Erwerb von Vieh (*pecus*) nach *ius civile* außer *stipulatio* oder Kaufpreiszahlung noch ‚etwas Weiteres‘ voraus (*necesse est aliquid intercedere*). ‚Etwas Weiteres‘? Das ist in Fällen von *res Mancipi* (Großvieh) die *mancipatio*, in Fällen von *res nec Mancipi* (Kleinvieh) die *traditio*<sup>6</sup>. *Stipulatio* oder Kaufpreiszahlung allein reichen in keinem Falle aus, um den Eigentums-

<sup>3</sup> A.A. De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 51 f., 55, 61 und schon R. Quadrato, *Gaio e la «legum interpretatio»*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a. c. di), *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna VIII*, Napoli 2007, 4557, 4590. S. jedoch D. Schanbacher, *Rez. F. De Iuliis, Studi sul pignus conventum*, in *SZ.* 137, 2020, 461, 463 f.

<sup>4</sup> So (1) Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 185 ff. (weitergehender Bezug der klassischen Vorlage); Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 395 («Aucune sorte de biens n'est exclue de l'innovation décemvirale»). Abw. (1a) D. Liebs, *Römisches Recht*, Göttingen 2004<sup>6</sup>, 32, 169 f. (*mancipatio nummo uno* ausreichend). Sollte etwa die Zwölftafelbestimmung eine gesetzgeberische Reaktion auf die solchermaßen reduzierte *mancipatio* gewesen sein? Vgl. M.H. Crawford, *Roman Statutes II*, London 1996, 573 («The hypothesis is complex and an alternative is to be sought»); Humbert, *La loi des XII Tables* a. O. («De fait, si le verset concerne la *mancipatio*, ce n'est pas pour rendre incontournable l'élément prix»). A.A. (2) L.R. Alvarez, *Note intorno a D 18.1.53*, in *BIDR.* 82, 1979, 119 ff. (nur bei der *traditio*). Auch dass die Abhängigkeit von der Kaufpreiszahlung, umgekehrt, nur bei der *mancipatio* bestand (3), ist schon vertreten worden; vgl. Humbert, *La loi des XII Tables* 395 f. (ablehnend).

<sup>5</sup> Varro *rust.* 2.1.15.

<sup>6</sup> Enger einerseits Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 188<sup>17</sup> (in Fällen von *res Mancipi* die *mancipatio*), andererseits Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 393 f. (in Fällen von *res nec Mancipi* die *traditio*). A.A. (gegen den Text, der *stipulatio* und Kaufpreiszahlung als notwendige, jedoch nicht ausreichende Bedingung erscheinen lässt) G. Pfeifer, *Transkulturelle Universale oder juristischer Synkretismus? Zur Abhängigkeit des Eigentumserwerbs von der Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises in Inst. 2.1.41*, in J. Hallebeek, M. Schermaier, R. Fiori, E. Metzger, J. Coriat (a. c. di), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 585, 594 f.; S. Roncati, *Emere Vendere Tradere. La lunga storia della regola di I. 2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica*, Napoli 2015, 37 f., 51, 52 (Unerheblichkeit von Kaufpreiszahlung oder Sicherstellung zum Käufererwerb). – Varro *rust.* 2.2.6 verlangt zum Käufererwerb von Schafen (Kleinvieh) die Übergabe (*nisi si est adnumeratum*); Marrone, *Trasferimento della proprietà* a.O.; Roncati, *Emere Vendere Tradere* 38 ff.

übergang zu bewirken (*neque in omnibus*<sup>7</sup> etc.). Indirekte Rückschlüsse erlauben klassische Quellen. Julian und Gaius lassen, was den kaufweisen Erwerb eines Sklaven *per mancipationem* durch einen Nießbrauchssklaven anlangt (für den Eigentümer? für den Nießbraucher?) die Entscheidung davon abhängen, woher das Geld stammt<sup>8</sup>. Bezeichnenderweise schweigen Pomp. 31 *ad Quint. Muc.* D 18.1.19, Gai. 28 *ad ed. prov.* D 18.1.53 und Ulp. 29 *ad ed.* D 14.4.5.18 *quia res venditae* etc. von der *traditio*.

Unsere Stelle scheint an einem doppelten, nämlich inneren und äußeren Widerspruch zu leiden. Der kaufweise Eigentumserwerb soll von der Kaufpreiszahlung oder der Sicherstellung des Verkäufers oder vom Verkäufervertrauen und nichts Weiterem abhängen, worüber andere Stellen schweigen<sup>9</sup>. Ist es denn nicht widersprüchlich (innerer Widerspruch), zunächst für den Eigentumserwerb des Käufers Kaufpreiszahlung oder Sicherstellung zu fordern, um dann plötzlich von beidem abzusehen<sup>10</sup>? Ist es nicht widersprüchlich (äußerer Widerspruch), wenn hier Kaufpreiszahlung oder Sicherstellung oder nichts gefordert werden, anderswo dagegen von alledem abgesehen wird<sup>11</sup>?

<sup>7</sup> *Neque in omnibus*: 'in keinem Fall'. So übersetzt auch Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 385 («Pour assurer le transfert de la propriété, il ne suffit pas, dans toutes les ventes, de promettre de payer ou de verser le prix»). Anders Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 188<sup>17</sup> «non in ogni caso». Doch würde mit dieser Deutung der Text unstimmtig. *necesse est aliquid intercedere* («es muss etwas hinzukommen» sc. in allen Fällen) [SaP] und *neque in omnibus satis est* («in einigen Fällen nicht») [SoP] würden einen kontradiktorischen Gegensatz bilden. Aus der Wahrheit der einen Aussage folgte die Falschheit der anderen; s. C. Thiel, *Quadrat, logisches*, in J. Mittelstraß (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie* 3, Stuttgart-Weimar 2004, 423 f.

<sup>8</sup> Jul. 35 dig./Ulp. 18 *ad ed.* D. 7.1.25.1 (*per traditionem* itp.); Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 41.1.43.2 (*traditus* itp.); s. allg. Paul. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.43.10. Die *mancipatio* ist Sklaven zum Erwerb zugänglich; Gai. 2.87; W. Krüger, *Erwerbszurechnung kraft Status*, Berlin 1979, 22; Kaser, Knütel, Lohsse, *Römisches Privatrecht* (o. <sup>1</sup>) § 25 Rz. 9 (S. 148). Das ist erstaunlich; die *in iure cessio* ist es, als *legis actio*, nicht; Gai. 2.96; Krüger, *Erwerbszurechnung kraft Status* a.O.; Kaser, Knütel, Lohsse, *Römisches Privatrecht* a.O.

<sup>9</sup> Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 183 f., 185, 191 f., 194. S. etwa Diokl./Max. C 3.32.12 (a. 293); Marrone, *Trasferimento della proprietà* 184<sup>2</sup>; De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 49<sup>135</sup> mwNw.

<sup>10</sup> Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 388 («La position des Institutes est marquée d'une ambiguïté évidente et non dissimulée. En effet, après avoir affirmé de la manière la plus radicale (*non aliter... quam*) que le versement du prix est la condition du transfert de la propriété (sauf si une sûreté équivalente en fournit la garantie), Justinien admet une exception (*sed si is qui vendidit...*) qui aboutit à vider complètement ce principe de son contenu», «Cette curieuse manière de s'exprimer, consistant à affirmer une règle (lier le transfert au paiement du prix) puis à la contredire (dissocier le transfert et le paiement du prix), surprend»).

<sup>11</sup> Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 390 («Toutes les combinaisons possibles ont été tentées pour harmoniser des témoignages apparemment inconciliables, jusqu'à l'aveu d'impuissance et la solution du renoncement»).

Doch ist es letztlich nicht der Text der Stelle, der Kaufpreiszahlung oder Sicherstellung oder nichts dergleichen fordert (was widersprüchlich wäre); vielmehr ist es der Verkäufer des Einzelfalles, dem dies zu fordern oder nicht zu fordern und stattdessen zu vertrauen, nach dem Text überlassen ist (was kein Widerspruch ist). Jene Erfordernisse sind dispositiv; und das erklärt auch das Schweigen anderer Stellen<sup>12</sup>. Der Text der Stelle zeigt den Verkäufer, was den Kaufpreis angeht, auf dem Rückzug, und zwar auf einem Rückzug, der über mehrere Stationen verläuft (3). Station 1: Das Eigentum geht erst dann auf den Käufer über, wenn der Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis gezahlt hat. Station 2: Das Eigentum geht schon dann auf den Käufer über, wenn der Verkäufer anderweit sichergestellt ist. Station 3: Das Eigentum geht schon dann auf den Käufer über, wenn der Verkäufer dem Käufer vertraut. Es liegt in der Hand des Verkäufers, mit dem Erfordernis der Kaufpreiszahlung Ernst zu machen. Er lässt dieses Erfordernis fallen, wenn er sich anderweit sicherstellen lässt. Er lässt auch das Erfordernis der Sicherstellung fallen, wenn er dem Käufer vertraut.

### III. Die Zuordnung der in Inst. 2.1.41 genannten Bestimmungen

Ein Verkäufer kann, statt sich gänzlich zurückzuziehen und auf den Käufer zu vertrauen (3. Station), sich nur geringfügig zurückziehen und eine anderweitige Sicherstellung fordern, einen Schuldübernehmer oder ein Pfand etwa (2. Station); oder er kann (1. Station) auf der Kaufpreiszahlung bestehen. Auf diesen Hinweis lassen die Institutionen die Bemerkung folgen ‚Dies wird auch durch das Zwölftafelgesetz bestimmt‘ (*quod cavetur quidem etiam lege*

<sup>12</sup> Anders erklärt Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 194 f. den (von ihm bejahten) inneren Widerspruch mit der «formazione ‘alluvionale’» klassischer Texte, den (von ihm verneinten) äußeren Widerspruch 191 ff. mit einer stillschweigenden Voraussetzung der Sicherstellung in den schweigenden Stellen bzw. der Wirkungslosigkeit des Zwölftafelsatzes; gegen die das Gegenteil bezeugenden Stellen (Pomp. 31 *ad Quint. Muc.* D. 18.1.19; Gai. 28 *ad ed. prov.* D. 18.1.53; Paul. 15 *resp.* D. 40.12.38.2) erhebt Marrone verschiedene (fragwürdige) Einwände (189<sup>19</sup>, 191<sup>24</sup>, 193 f., 200 ff.). Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 392 wendet sich gegen eine einheitliche Lösung («un monisme fondamental») und nimmt statt dessen verschiedene Standpunkte an («un ensemble de positions»), nicht zu leugnende Meinungsverschiedenheiten («ces divergences ne sont pas niables»), einen Meinungsstreit und schwerwiegende Konflikte («un débat d'idées et de conflits si puissants») und deutet dabei selbst die durchaus mögliche einheitliche Lösung an («Le vendeur qui fait confiance à l'acheteur et s'en est tenu à la parole de ce dernier est présumé avoir dissocié transfert et paiement, donc avoir implicitement renoncé à l'effet translatif du paiement du prix»). S. schon Humbert, *La loi des XII Tables* 389 («Si le vendeur ne veut pas de la garantie d'une caution ou d'un gage, s'il décide de recourir, avant de recevoir le versement du prix, à la livraison de la chose vendue, il en transfère alors la propriété»).

*duodecim tabularum*)<sup>13</sup>. Die Rückführung auf die Zwölftafeln findet sich nur hier und bei Theophilos<sup>14</sup>. Die Frage ist jedoch: Worauf bezieht sich denn diese Bemerkung? Was von all dem zuvor Gesagten war denn Zwölftafeltext?<sup>15</sup> Etwa (1) alles: von der Kaufpreiszahlung bis zum gestellten Pfand<sup>16</sup>? Oder (2) nur die Kaufpreiszahlung und die anderweitige Sicherstellung<sup>17</sup>? Oder (3) allein die Kaufpreiszahlung? Annahme (1), dass alles, von der Kaufpreiszahlung bis zum gestellten Pfand, Zwölftafeltext gewesen sei, ist auszuschließen. Denn aus Gai. 28 *ad ed. prov.* D 18.1.53 ergibt sich, dass eine Bestimmung über den *fideiussor* (was, wie auch Macrobius<sup>18</sup> zeigt, durch den *sponsor* zu ersetzen

<sup>13</sup> Gängige Zwölftafelrekonstruktionen setzen die in Inst. 2.1.41 erinnerte Bestimmung als Satz 11 in die siebte Tafel (tab. VII 11); s. De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 48 und neuerdings Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 385 ff. Ein Bezug auf die Klage eines unbefriedigten Verkäufers (M. Humbert, *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, in Id. (a. c. di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, 3, 39 f., 49 f.; De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* 57<sup>161</sup>, 58) ist nicht erkennbar. Zweifelnd M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971<sup>2</sup>, 46, 418 und P. Cerami, *Plena interpretatio*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* III, Milano 1983, 109, 139 (für Bezug auf die Auktoritätshaftung); Crawford (Hg.), *Roman Statutes* II (o. <sup>4</sup>), 573 («It is hard to believe that this rule existed at the time of the Twelve Tables»). Weitergehend, die Existenz einer derartigen Zwölftafelbestimmung kategorisch ausschließend, Roncati, *Emere Vendere Tradere* (o. <sup>6</sup>) 21 ff., 52 ff. Der Kauf als Konsensualkontrakt (a.O.) ist jedoch nicht Voraussetzung für die Einrichtung des Kaufpreiszahlungserfordernisses als Voraussetzung des Käufererwerbs, wie schon der Blick auf andere antike Rechte zeigt (s. u. unter III.). S. des Weiteren M.F. Cursi (Hg.), *XII Tabulae. Testo e commento* I, Napoli 2018, 339<sup>2</sup> (Vorwegnahme). Nach Pfeifer, *Transkulturelle etc.* (o. <sup>6</sup>) 596 soll nur auf die Tradition hingewiesen worden sein. – *Lex commissoria* (Auflösungsvorbehalt) und *pactum reservati dominii* (Eigentumsvorbehalt) bleiben daneben sinnvoll; Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 184<sup>2</sup>, 192<sup>25</sup>.

<sup>14</sup> Theophilos, *Paraphr.* 2.1.41 (Ferrini 116.22): τὸντο δὲ καὶ τῶ δωδεκαδέλτω διηγόρευται νόμῳ.

<sup>15</sup> Die Frage ist seit langem umstritten; s. F. Hofmann, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts*, Wien 1870, 45.

<sup>16</sup> Das soll, De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 45, 55 zufolge, der spontane Eindruck sein.

<sup>17</sup> So Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 186 ff. (gewohnheitsrechtliches Erfordernis der Kaufpreiszahlung aus vordezemviraler Zeit, in den Zwölftafeln bestätigt und ergänzt um das Erfordernis von Personalsicherheiten, denen später Realsicherheiten gleichgestellt worden seien). Ähnlich Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 387 f. («L'ensemble de ce dispositif est attribué à la loi des XII Tables»), 393 ff. (Einführung der Sicherungsalternative durch die Dezemviren als «révolution décemvirale»; «Et l'on doit parler d'une rupture révolutionnaire», 395).

<sup>18</sup> Macr. *Sat.* 1.6.29; Anekdote um Cn. Cornelius Scipio Asina (cos. 260 und 254 v. Chr.). Beim Kauf eines Grundstücks oder bei der Mitgiftbestellung für die Tochter wurden feierlich *sponsores* verlangt. Scipio wich auf einen mit Geld beladenen Esel aus, als an die Stelle der *sponsores* tretendes 'gegenwärtiges Pfand' (*praesens pignus*); R. Hanslik, Art. *Cornelius* Nr. 73, Kl.P. 1, München 1979, Sp. 1313; K.-L. Elvers, Art. *Cornelius* (I 74), DNP 3, Stuttgart-Weimar 1997-1999, Sp. 183 (unbefriedigende bzw. erfundene Erklärung des zweiten *Cognomen*). Um ein Pfand im technischen Sinn (De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* [o. <sup>2</sup>] 66 mit<sup>194</sup> f.) wird es sich dabei nicht gehandelt haben, vielmehr um die anstehende Zahlung; so N. Herzen, *Origine de*

ist), ‚in vollere[m] Umfang aufgenommen worden ist‘ (*plenius acceptum est*). Dies meint einen Einsatz der *interpretatio* (der zu Zeiten des Gaius schon lange zurückliegt)<sup>19</sup>. Durch *interpretatio* erhielt eine Bestimmung wie *vel sponsore dato* den weiten Sinn ‚wenn der Verkäufer auf irgendeine Weise wegen des Kaufpreises sichergestellt ist‘ (*qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est*). Dies entspricht der anderweitigen Sicherstellung (Station 2) in Inst. 2.1.41 (*vel alio modo ei satisfecerit*). *Interpretatio* ist aber nicht gleich Gesetzestext<sup>20</sup>. Dabei ist *vel sponsore dato* auch nicht Gesetzestext.

Auch Annahme (2), dass Kaufpreiszahlung und anderweitige Sicherstellung (*sponsore dato* noch nicht erweitert) Zwölf Tafeltext gewesen seien<sup>21</sup>, ist auszuschließen. Denn was durch das Zwölf Tafelgesetz bestimmt wurde, war nach Inst. 2.1.41 zugleich *ius gentium*: Recht, das die natürliche Vernunft unter allen Menschen festgesetzt hat und das bei allen Völkern gleichermaßen beachtet wird<sup>22</sup>. Was sich nun aber in den Rechten anderer Völker findet, ist die Abhängigkeit des kaufweisen Erwerbs von der Kaufpreiszahlung, und (abgesehen von gewissen Formalitäten) nur das<sup>23</sup>. Viele griechische Gesetzgebungen machen, so Theophrast<sup>24</sup>, die ‚Wirksamkeit des Kaufs und Verkaufs zum Erwerb‘ abhängig von der Kaufpreiszahlung<sup>25</sup>. Und

*l'hypothèque romaine*, Paris 1899, 93 f. Ähnlich beruhigend muss die von Anchises dem Achaemenides, einem Gefährten des Odysseus, gereichte Rechte gewirkt haben; Verg. *Aen.* 3.610-611: ... *atque animum praesenti pignore firmat*; s. dazu T. Minardi, *Pignus e la sua storia: variazioni semantiche*, in *Aufidus* 36, 1999, 75, 89.

<sup>19</sup> De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 57. A.A. Cerami, *Plena interpretatio* (o. <sup>13</sup>) 140 (*interpretatio* des Gaius). De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* 58 ff. will auch in Inst. 2.1.41 einen Hinweis auf den Prozess der *interpretatio* finden, indem sie liest *quod cavetur quidem etiam ex lege duodecim tabularum*; 61 (entsprechende Übersetzung ins Italienische) [fragw.].

<sup>20</sup> Pomp. *lb. sg. ench.* D 1.2.2.38 – Unschärf De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 68 f.

<sup>21</sup> Cerami, *Plena interpretatio* (o. <sup>13</sup>) 139 f.

<sup>22</sup> Gai 1.1.

<sup>23</sup> Hofmann, *Beiträge zur Geschichte* (o. <sup>15</sup>) 49.

<sup>24</sup> Theophrast *Stob. Flor.* 44.22.4 = A. Szegedy-Maszak, *The Nomoi of Theophrastus*, New York 1981, fr. 21.4 und 5 (S. 59): *Κυρία ή ώνή και ή πρᾶσις εις μὲν κτησιν, όταν ή τιμή δοθῆ ... σχεδόν γάρ οὕτως οι πολλοί νομοθετοῦσιν*.

<sup>25</sup> Hofmann, *Beiträge zur Geschichte* (o. <sup>15</sup>) 46 f.; K.F. Hermann, Th. Thalheim, *Lehrbuch der griechischen Rechtsaltertümer*, Freiburg-Leipzig 1895<sup>4</sup>, 87; Szegedy-Maszak, *The Nomoi of Theophrastus* (o. <sup>24</sup>) 68 f.; F. Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, 91, 139, 141 f.; H.J. Wolff, *Art. Recht I. Griechisches Recht, Lexikon der Alten Welt*, Augsburg 1994, Sp. 2516, 2526; G. Thür, *Recht im antiken Griechenland*, in U. Manthe (Hg.), *Rechtskulturen der Antike. Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich*, München 2003, 189, 233. Oder sollte man sagen: ‚die Effizienz der Abrede über Kauf und Verkauf für den Erwerb‘; Pringsheim, *The Greek Law of Sale* 91 f., 138 f., 157, 353 f. («The agreement on buying and selling is efficient for the acquisition of ownership»)? Wohingegen es nicht auf die Übergabe ankam; K.F. Hermann, Th. Thalheim, *Lehrbuch* 87; Pringsheim, *The Greek Law of Sale* 91, 142, 219, 369; Szegedy-Maszak, *The Nomoi of Theophrastus* 69 mit<sup>158</sup> (144); des Weiteren H.J. Wolff und G.

dies wird aus römischer Sicht gereicht haben, um zu sagen: Das ist *ius gentium*<sup>26</sup>.

So bleibt nurmehr Annahme (3): Allein die Kaufpreiszahlung war im Zwölfstafelgesetz vorgesehen.

Übrigens findet sich die Abhängigkeit des kaufweisen Erwerbs von der Kaufpreiszahlung schon in den Rechten des Alten Orient<sup>27</sup>. Schon nach altbabylonischem Recht geht mit der Kaufpreiszahlung das Eigentum auf den Käufer über<sup>28</sup>. Nicht die Übergabe der Kaufsache, vielmehr die Kaufpreiszahlung wird, bis in die neubabylonische Zeit hinein, in den Kaufurkunden vermerkt<sup>29</sup>. Meistens ist es die sofortige Zahlung des Kaufpreises, die vermerkt wird. ‚Für den vollen Kaufpreis hat er ... Schekel Silbers dargewogen‘ (Präteritum). Zuweilen lautet die auf die Kaufpreiszahlung bezügliche Klausel allerdings auch: ‚Für den vollen Kaufpreis wird er ... Schekel Silbers darwägen‘ (Futur), und womöglich wird dem noch hinzugefügt ‚Sein (des Verkäufers) Herz ist zufriedengestellt‘<sup>30</sup>. Statt des Kaufpreises erhielt der Verkäufer einen Kreditschuldschein<sup>31</sup>. Dies bedeutet nun aber keineswegs, dass der Käufer aufgrund der Kreditierung des Kaufpreises Eigentum erworben hätte. Dass die Kreditierung die Zahlung des Kaufpreises nicht ersetzte, soweit es um den kaufweisen Erwerb ging, zeigt eine Prozessurkunde aus der Zeit des Königs Ammî-ditana (1683-1647 v. Chr.)<sup>32</sup>. Die Hierodule Iluša-ḫegal vindiziert ein an die Mardukpriesterin Bêlizunu verkauftes Hausgrundstück, indem sie vorgibt, den Kaufpreis nicht erhalten zu haben. Die Kaufpreiszahlung, die dann von der Gegenseite bewiesen wird, hatte in Wirklichkeit aber zum Erwerb durch Bêlizunu geführt; die Vindikation der Iluša-ḫegal musste scheitern<sup>33</sup>. Eine Kreditierung des Kaufpreises hätte diese

Thür a. O. A. A. Hofmann, *Beiträge zur Geschichte* 58, 111. Eine Kreditierung des Kaufpreises genügte dagegen nicht; Pringsheim, *The Greek Law of Sale* 173 f., unter Hinweis auf Hyp. 3 *Athenogenes* 9. Zweifelnd H. J. Wolff, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, in *SZ.* 74, 1957, 26, 39 f., ohne auf die Hypereidesrede überhaupt einzugehen (vgl. G. Thür, *The Statute on Homologeîn in Hyperides' Speech against Athenogenes*, in *Dike* 16, 2013, 1, 4, 9 mit einer Erklärung).

<sup>26</sup> Hofmann, *Beiträge zur Geschichte* (o. <sup>15</sup>) 48 f.

<sup>27</sup> Haase, *Einführung in das Studium keilschriftlicher Rechtsquellen*, Wiesbaden 1965, 90 ff.

<sup>28</sup> Haase, *Einführung in das Studium* (o. <sup>27</sup>) 90 f.

<sup>29</sup> Haase, *Einführung in das Studium keilschriftlicher Rechtsquellen* (o. <sup>27</sup>) 90 f., 94.

<sup>30</sup> M. Schorr, *Urkunden des altbabylonischen Zivil- und Prozessrechts*, Leipzig 1913 (Neudruck 1971), 117 f.

<sup>31</sup> Schorr, *Urkunden des altbabylonischen* (o. <sup>30</sup>) 118.

<sup>32</sup> Schorr, *Urkunden des altbabylonischen* (o. <sup>30</sup>) Nr. 280 (Babylon; Ammî-ditana) 390 ff. Pringsheim, *The Greek Law of Sale* (o. <sup>25</sup>) 173 f., 200.

<sup>33</sup> A.A. Pfeifer, *Transkulturelle* (o. <sup>6</sup>) 589 ff. (Eigentumsübertragung nicht aufgrund der Kaufpreiszahlung, vielmehr infolge Klageverzichts); anders ders. in *Fortschritt auf Umwegen - Umgehung und Fiktion in Rechtsurkunden des Altertums*, München 2013, 95 (Eigentumsübergang

Wirkung nicht gehabt. Denn der Nachweis der Kreditierung des Kaufpreises oblag der Klägerin. Die Erbringung des Nachweises, durch Vorlage eines Kreditschuldscheins, hätte der Vindikation zum Erfolg verholfen. Erfolg der Vindikation aber heißt Scheitern der Übereignung.

Auch nach altägyptischem (pharaonischem) Recht hängt der Käufererwerb von der Kaufpreiszahlung ab<sup>34</sup>. Nicht anders verhält es sich nach ptolemäischem Recht<sup>35</sup>. Es entsteht der Eindruck einer geradezu weltrechtlichen Bedeutung der Regel. Der zugrundeliegende Gedanke mutet erstaunlich modern an. Das Eigentum vermittelt einen Kapitalwert. Dieser muss bei einem Wechsel des Eigentums erhalten bleiben. Das Eigentum kann daher nur wechseln, wenn ein Äquivalent an seine Stelle tritt, das künftig den Kapitalwert verkörpert. Der Eigentümer wird Inhaber des Äquivalents, der Inhaber des Äquivalents wird Eigentümer<sup>36</sup>.

Der Gedanke wirkt in römischer Zeit fort. Julian und Gaius lassen in der o. g. Konstellation (des kaufweisen Erwerbs eines Sklaven durch einen Nießbrauchssklaven)<sup>37</sup> die Herkunft des Kaufgeldes den Eigentumserwerb bestimmen.

Der Gedanke wirkt fort bis in unsere Tage. So wird die Frage: An wen denn bei der Erfüllung eines Kaufs, der ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie im Sinne des § 1357 BGB darstellt, das Eigentum an der gekauften Sache falle, bisweilen so beantwortet: Es habe regelmäßig das ‘Gegenleistungsprinzip’ zu gelten, wonach derjenige Eigentümer wird, der die zum Erwerb notwendigen Mittel aufgebracht hat<sup>38</sup>.

aufgrund Kaufpreiszahlung). Doch erstreckt sich der Klageverzicht gewiss nicht auf den Fall, dass der Kaufpreis nicht gezahlt wird. Demgemäß erscheint er in den Urkunden erst nach der erfolgten Kaufpreiszahlung; s. etwa Schorr, *Urkunden des altbabylonischen* (o. <sup>30</sup>) Nr. 95 (Sippar; Zâbium). A.A. wieder Pfeifer, *Fortschritt* 95 (der Klageverzicht erstreckte sich gerade auf diesen Fall).

<sup>34</sup> Sch. Allam, *Recht im pharaonischen Ägypten*, in U. Manthe (Hg.), *Rechtskulturen der Antike. Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich*, München 2003, 15, 39 ff.

<sup>35</sup> E. Seidl, *Ptolemäische Rechtsgeschichte*, Glückstadt-Hamburg-New York u.a.: 1962<sup>2</sup>, 116 ff.

<sup>36</sup> E. Seidl, *Ägyptische Rechtsgeschichte der Saiten- und Perserzeit*, Glückstadt 1968<sup>2</sup>, 45 ff., 63; ders., *Ptolemäische Rechtsgeschichte* (o. <sup>35</sup>) 114, 116 ff.; ders., *Römisches Privatrecht*, Köln 1963, Rz. 103 ff. (sog. Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit). Ohne Ergebnis (Prinzip?) Pfeifer, *Transkulturelle* (o. <sup>6</sup>) 585 ff., 596 f. Einen Widerspruch dieses Gedankens enthalten die Worte, mit denen Perikles die Verwendung der Gelder des Bundesschatzes für seine Bauprojekte vor dem Volk rechtfertigte. Athen schulde den Bundesgenossen über die Verwendung der Gelder keine Rechenschaft, da es Krieg für sie führe und sie vor den Persern schütze. Sie steuerten kein Pferd, kein Schiff, keinen Soldaten, sondern nur Geld bei, das nicht den Gebenden gehöre, sondern den Empfängern, wenn diese leisteten, wofür sie es empfangen hätten, Plut. *Perikles* 12.3 (... ἂ τῶν δίδόντων οὐκ ἔστιν ἀλλὰ τῶν λαμβανόντων, ἂν παρέχωσιν ἀνθ' οὗ λαμβάνουσιν).

<sup>37</sup> Unter II.

<sup>38</sup> NK-BGB/Wellenhofer, § 1357 Rz. 25 (3 Auf. 2014; nicht mehr 4. Aufe 2021).



Man wird sich fragen: Wie kamen denn die Dezemvirn dazu, die Abhängigkeit des kaufweisen Erwerbs von der Kaufpreiszahlung vorzusehen? Nach Dionys von Halikarnass setzte sich das Zwölftafelgesetz aus altrömischem Gewohnheitsrecht und griechischen Übernahmen zusammen<sup>39</sup>. Gehörte also jene Bestimmung zum altrömischen Gewohnheitsrecht<sup>40</sup>, oder war sie eine griechische Übernahme<sup>41</sup>? Es ist schwer zu sagen. Allerdings war Theophrast zufolge das Erfordernis der Kaufpreiszahlung für den kaufweisen Erwerb im griechischen Recht sehr verbreitet<sup>42</sup>, und war das Interesse der römischen Gesandtschaft des Jahres 454 v. Chr. nicht nur auf die solonischen Gesetze gerichtet, aus welchen eine derartige Bestimmung nicht bekannt ist, sondern auch auf die Rechte anderer Städte Griechenlands<sup>43</sup>. Die Bestimmung könnte daher auch aus irgendeinem griechischen Stadtrecht übernommen worden sein.

Die römischen Übereignungsgeschäfte stoßen ihrem Begriff nach das Kaufpreiszahlungserfordernis ab<sup>44</sup>. Man ist daher geneigt, die dahingehende Bestimmung der Zwölftafeln denjenigen Bestimmungen der *maiores* an die Seite zu stellen, die nach Julian<sup>45</sup> als solche nicht begründbar sind<sup>46</sup>.

#### IV. Die Entwicklung der in Inst. 2.1.41 genannten Bestimmungen

Anhand der Quellen lässt sich die Fortentwicklung des Zwölftafelsatzes (tab. VII 11) rekonstruieren, welcher selbst den kaufweisen Erwerb von der

<sup>39</sup> Dion. Hal. 10.55.5; 10.57.5.

<sup>40</sup> So Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 187<sup>14</sup> («principio consuetudinario e predecemvirale») und wohl auch Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 395 («Mais les décemvirs n'ont pas pris le ridicule de proclamer l'effet translatif de la vente au comptant»).

<sup>41</sup> So Hofmann, *Beiträge zur Geschichte* (o. <sup>15</sup>) 43 ff. (griechischer Einfluss); L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 366 (vielleicht). Zweifelnd M. Pennitz, 'Ueber das periculum beim Kaufe'. *Zur Habilitationsschrift von Franz Hofmann*, in *OIR* 4, 1998, 190, 203 (unwahrscheinlich). Den Rezeptionsvorgang modifizierend und zeitlich versetzend P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger, *Römisches Recht*, Berlin u.a. 1949<sup>3</sup> (Reprint 1978), 129 f. (Wiederbelebung des altrömischen Grundgesetzes durch Justinian unter griechischrechtlichem Einfluss). Für zeitliche Versetzung G. v. Beseler, *Juristische Miniaturen*, Leipzig 1929 (Nachdruck Aalen 1987), 103 f. (justinianische Entlehnung).

<sup>42</sup> Bei <sup>24</sup>.

<sup>43</sup> Liv. 3.31.8; D. Schanbacher, *Zum Phänomen der Rechtsrezeption in der Antike*, in *SZ* 137, 2020, 1, 3.

<sup>44</sup> Hofmann, *Beiträge zur Geschichte* (o. <sup>15</sup>) 43 f. («dem römischen Rechtssystem nur äußerlich eingefügt», «den Prinzipien des Rechts widersprechende Singularitäten»); Marrone, *Trasferimento della proprietà* 186 («Nella struttura della *traditio* e della *in iure cessio* non trovava posto però il pagamento del prezzo; e un pagamento effettivo poteva mancare anche nel rito della *mancipatio*»).

<sup>45</sup> Jul. 55 dig. D 1.3.20.

<sup>46</sup> Hofmann, *Beiträge zur Geschichte* (o. <sup>15</sup>) 43 f.

Kaufpreiszahlung abhängen ließ<sup>47</sup>. An der altertümlich anmutenden Stelle Ulp. 29 *ad ed.* D 14.4.5.18<sup>48</sup> lässt sich die schrittweise Fortentwicklung des Zwölftafelsatzes, wie sie sich (so ist anzunehmen) in den *Tripertita* des Sex. Aelius, Teil 2 *interpretatio*, niedergeschlagen hat, ablesen: (a) *aere soluto* (b) *vel [fideiussore] <sponsore> dato* (c) *vel alias satisfacto*. Hinzukommt ein weiterer, letzter Schritt (d), der durch Inst. 2.1.41 und Pomp. 31 *ad Quint. Muc.* D 18.1.19 belegt ist.

a) Tab. VII 11 (*Res venditae non aliter emptori adquiruntur quam aere soluto*)

Ausgangspunkt ist der bezügliche Zwölftafelsatz, der besagte: *Res venditae non aliter emptori adquiruntur quam aere soluto*<sup>49</sup>. Die Bedeutung des Wortes *aes* geht mit der Zeit. Bedeutet es zur Zwölftafelzeit noch das nach Gewicht zu bemessende Rohkupfer (*aes rude*)<sup>50</sup>, so bedeutet es später einfach ‚Geld‘<sup>51</sup>.

b) Interpretatio I vel sponsore dato

Die Bestimmung *aere soluto* wird im Wege der *interpretatio* um den Zusatzsinn der Stellung eines Bürgen (*sponsor*) ergänzt, in der Weise, dass *aere soluto* auch meint *sponsore dato*. Die archaische Jurisprudenz verfügt frei über den Wortsinn<sup>52</sup>. Das deutet sich in Inst. 2.1.41 noch an, wonach, umgekehrt, die *sa-*

<sup>47</sup> S. o. unter III.

<sup>48</sup> M. Talamanca nach De Iulius, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 57<sup>101</sup> (58) [«la frase *aere soluto vel fideiussore dato* ... ha tutta l'apparenza di una formula rituale risalente»]. Gerade der dieses Stück enthaltende Satz *quia res venditae* etc. soll nach V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1954 (ristampa 1990), 289 ff. interpoliert sein. Die Stellung im Kontext (privater Sonderkonkurs des Handelspekuliums) wirft Fragen auf; s. Arangio-Ruiz, *La compravendita*; Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 193<sup>28</sup>; Roncati, *Emere Vendere Tradere* 113 f.

<sup>49</sup> Der Versuch einer regelrechten Rekonstruktion erscheint als gewagt; s. Hofmann, *Beiträge zur Geschichte* (o. <sup>15</sup>) 45<sup>7</sup> (müßig). Vgl. jedoch die Rekonstruktion Humberts, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 393 ff.: *Quod venum dat non aliter emptoris fit, nisi aes solverit aut satisfecerit*. Über eine Sicherstellung des Verkäufers stand im Gesetz nichts (s. o. unter III.). Doch wird der Zwölftafelsatz mit den Worten *aere soluto* geschlossen haben, an welche sowohl die *interpretatio I vel sponsore dato* und II *vel alias satisfacto* als auch die Relativierung *vel etiam fide habita sine ulla satisfactio* (s. im Folgenden) nahtlos anschließen konnten. Der abl.abs. (oder ablativus cum participio) begegnet schon im Altlatein. Frühestes Zeugnis ist ein bei Festus ed. Lindsay 248. 3-6 s.v. *Pelices* überliefertes Gesetz des Numa Pompilius *crinibus demissis*; J.B. Hofmann, A. Szantyr, *Lateinische Syntax und Stilistik*, München 1965, 137.

<sup>50</sup> Liebs, *Römisches Recht* (o. <sup>4</sup>) 32, 247.

<sup>51</sup> Ulp. 1 *ad Sab.* D. 50.16.159; H. Heumann, E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907<sup>9</sup>, s.v. *Aes* 3)23.

<sup>52</sup> D. Schanbacher, *Weinstöcke sind keine Bäume – die 'lautlose interpretatio der pontifices'*, in *IVRA* 61, 2013, 197 ff. So beantwortet Scipio bei Macr. *Sat.* 1.6.29 (s.o. unter III.) die feierliche Einforderung von *sponsores* feinsinnig mit der prompten Kaufpreiszahlung.

*tisfactio* die Kaufpreiszahlung einschließt (*vel alio modo ei satisfecerit*). Später wird die Erweiterung (so ist anzunehmen) in den *Tripertita* des Sex. Aelius, Teil 2 *interpretatio*, expliziert: durch *vel sponsore dato*<sup>53</sup>.

### c) Interpretatio II vel alias satisfacto

Die *interpretatio vel sponsore dato* wird dann im Weiteren durch fernere *interpretatio* ins Umfassende gesteigert, in der Weise, dass *sponsore dato* jegliche Sicherstellung meint<sup>54</sup>, was (wie anzunehmen ist) ebenfalls in den *Tripertita* des Sex. Aelius, Teil 2 *interpretatio*, expliziert wird: durch *vel alias satisfacto*<sup>55</sup>. Neben dieser sekundären *interpretatio* (c) *vel alias satisfacto* musste jene primäre (b) *vel sponsore dato* im Grunde als überflüssig erscheinen. So verwundert es nicht, dass Quintus Mucius und Pomponius primäre und sekundäre *interpretatio* zusammenführen<sup>56</sup>; auch andere Juristen verfahren so<sup>57</sup>. Ob der Text von Pomp. 31 *ad Quint. Muc. D. 18.1.19*, so wie er ist, Quintus Mucius selbst gehört oder Pomponius, ist unsicher<sup>58</sup>. Zumindest inhaltlich wird er mucianisch sein<sup>59</sup>. Denn dass es für den kaufweisen Erwerb auf die Kaufpreiszahlung ankam, wusste Quintus Mucius. Er selbst erwähnt in seinen *libri iuris civilis* den Fall eines Verkaufs stehender Bäume, für welche der Verkäufer den Kaufpreis erhalten hatte, welche er aber nicht übergeben wollte. Infrage stand der Käufererwerb.

<sup>53</sup> Ulp. 29 *ad ed. D. 14.4.5.18: vel fideiussore dato*.

<sup>54</sup> Cerami, *Plena interpretatio* (o. <sup>13</sup>) 139 f. denkt hingegen an eine 'hermeneutische Operation' des Gaius selbst, *plena interpretatio*, wie die Juristen des 2. und 3. Jh. n. Chr. diese 'vollständige Analyse einer autoritativen Maßnahme' bezeichnet hätten ('«l'analisi 'totale' o 'globale' delle disposizioni di un atto autoritativo», 137, 151; s. schon 115 f.). De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 57 folgt dem, obwohl sie annimmt, dass die bezügliche *interpretatio* einer fernen Vergangenheit angehört (s. o. <sup>19</sup>). Cerami, *Plena interpretatio* 115 f., 139 meint auch, diese (angebliche) *plena interpretatio* beziehe sich auf das Zwölfstafelgesetz selbst, was jedoch ausgeschlossen ist (s.o. unter III.).

<sup>55</sup> Ulp. 29 *ad ed. D. 14.4.5.18: vel alias satisfacto*.

<sup>56</sup> Pomp. 31 *ad Quint. Muc. D. 18.1.19: aut satis eo nomine factum*.

<sup>57</sup> Jul. 35 dig./Ulp. 18 *ad Sab. D. 7.1.25.1: sed tantummodo pro eo fecit satis*; Paul. 15 resp. D. 40.12.38.2: *si ei pro pretio satisfactum est*.

<sup>58</sup> De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 61 f. F.P. Bremer, *Iurisprudentia antehadriana* I, Leipzig 1896 (Nachdruck 1985), 94 will ausgerechnet den Schluss *vel etiam fidem* etc. Quintus Mucius absprechen. Ebenso A. Watson, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, Oxford 1965 (Reprint 1984) 64 (arg. «inelegancies» im Text: Übergang vom Passiv zum Aktiv, Plural *habuerimus* nach Singular *vendidi*, *vel* nach *aut*, überflüssiges *etiam*). Doch scheint der Schluss eher, gerade umgekehrt, wie er gefasst ist, Quintus Mucius selbst zu gehören, während das Vorangehende, wie es gefasst ist, Pomponius zuzuschreiben sein wird.

<sup>59</sup> De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 63 (zum Text bis ... *aut satis eo nomine factum*; s. o. 58). A.A. Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 195 (pomponisch); J.-L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2019, 308<sup>641</sup> (unsicher).

Der Kaufpreis war zwar gezahlt; die Bäume aber waren noch nicht übergeben<sup>60</sup>.

Der letzte Stand der *interpretatio* (Sicherstellung) wird von Gaius exemplifiziert<sup>61</sup>; *interpretatio*<sup>62</sup> ist das nicht mehr. Der Verkäufer wird auf irgendeine Weise wegen des Kaufpreises sichergestellt, etwa durch die Stellung eines Schuldübernehmers oder eines Pfandes (*veluti expromissore aut pignore dato*), was sich genauso in Inst. 2.1.41 wiederfindet (*veluti expromissore aut pignore dato*)<sup>63</sup>. Die Aufzählung ist beispielhaft (*veluti*). Es mag auch die Bekräftigung der Kaufpreisschuld durch *stipulatio* seitens des Käufers genügt haben<sup>64</sup>. Gaius sieht sich seinerseits veranlasst, die Interpretationen mittels einer Fiktion an die Zwölftafelbestimmung<sup>65</sup> anzuschließen, «es sei so, als wäre der Kaufpreis gezahlt worden» (*proinde sit, ac si pretium solutum esset*). Die Fiktion stützt die Interpretationen<sup>66</sup>. Nunmehr treten die verschiedenen Rückzugsstationen des Verkäufers<sup>67</sup> in ein etwas schärferes Licht. Indem der Verkäufer auf der Kaufpreiszahlung besteht (Station 1), stützt er sich auf den Zwölftafelsatz selbst (tab. VII 11). Indem er sich mit der Stellung eines Bürgen (*sponsor, fideiussor*) oder einer anderweitigen Sicherstellung begnügt (Station 2), stützt er sich auf die Interpretationen zu tab. VII 11.

#### d) *Relativierung* vel etiam fide habita sine ulla satisfactioe

Der Verkäufer kann nun aber auch dem Käufer schlichtweg vertrauen (Station 3). Diese Möglichkeit wird von Gaius<sup>68</sup>, auch von Julian<sup>69</sup> und Paulus<sup>70</sup> übergangen, jedoch von Pomponius erwähnt<sup>71</sup>: «Oder wir dem Käufer vertraut haben, ohne jegliche Sicherstellung» (*vel etiam fidem habuerimus emptori sine*

<sup>60</sup> Pomp. 31 *ad Quint. Muc. D.* 19.1.40; Bremer, *Iurisprudencia antehadriana* I (o. <sup>58</sup>) 67 f., 93 f.; Watson, *The Law of Obligations* (o. <sup>58</sup>) 61; De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 63<sup>182</sup> f. A.A. (gegen den Text, der Kaufpreiszahlung und Käufererwerb zusammenführt) Roncati, *Emere Vendere Tradere* (o. <sup>6</sup>) 30 ff. (Unerheblichkeit der Kaufpreiszahlung für den Käufererwerb).

<sup>61</sup> Gai. 28 *ad ed. prov. D.* 18.1.53.

<sup>62</sup> De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 55<sup>150</sup> f., 61 («rigogliosa fioritura ermeneutica»), 69<sup>203</sup>.

<sup>63</sup> Quadrato, *Gaio e la «legum interpretatio»* (o. <sup>3</sup>) 4591 f.; De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* (o. <sup>2</sup>) 56.

<sup>64</sup> Varro *rust.* 2.1.15; Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 188 mit<sup>17</sup>.

<sup>65</sup> Anders Quadrato, *Gaio e la «legum interpretatio»* (o. <sup>3</sup>) 4592 (an ein Rechtsgeschäft).

<sup>66</sup> Dass sie 'formularen' Charakter habe (De Iuliis, *Studi sul pignus conventum* [o. <sup>2</sup>] 57 mit<sup>161</sup> [58]), ist nicht einzusehen. – Die gewundene Ausdrucksweise (Quadrato, *Gaio e la «legum interpretatio»* [o. <sup>3</sup>] 4592) spiegelt die komplexe Entwicklung wider.

<sup>67</sup> S. o. unter II.

<sup>68</sup> Gai. 28 *ad ed. prov. D.* 18.1.53.

<sup>69</sup> Jul. 35 *dig./Ulp.* 18 *ad Sab. D.* 7.1.25.1.

<sup>70</sup> Paul. 15 *resp. D.* 40.12.38.2.

<sup>71</sup> Pomp. 31 *ad Quint. Muc. D.* 18.1.19.

*ulla satisfactione*)<sup>72</sup>. Sie wird auch erwähnt von den Institutionen Justinians: ‚Wenn aber der Verkäufer dem Käufer vertraut‘ (*sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit*)<sup>73</sup>.

Indem der Verkäufer dem Käufer vertraut<sup>74</sup> (d) und sich damit auf die letzte Rückzugsstation (3) zurückzieht, lässt er die Erfordernisse *aere soluto* (a) sowie *vel sponsore dato* (b) und *vel alias satisfacto* (c) fallen. Pomponius hebt dies noch besonders hervor ‚ohne jegliche Sicherstellung‘ (*sine ulla satisfactione*)<sup>75</sup>.

Sollte der Einbruch des Verkäufervertrauens etwa gerade auf Quintus Mucius zurückgehen? Dann wäre die Entwicklung dieser Bestimmung schon um die Wende des 2./1. Jh. v. Chr. anzusetzen<sup>76</sup>. In ihrer pomponischen Fassung fügt sie sich nahtlos an die Reihe der Interpretationen. Ausgehend vom Zwölftafelsatz

<sup>72</sup> Pomp. 31 *ad Quint. Muc.* D. 18.1.19 (o. <sup>71</sup>). *Fides* ist ‚Vertrauen‘; Heumann, Seckel, *Handlexikon zu den Quellen* s.v. *Fides* 1) 213. Früher wurde das Stück vielfach für unecht angesehen; s. M. Kaser, *Römisches Privatrecht* II, München 1975<sup>2</sup>, 284<sup>82</sup>; anders M. Kaser, *Römisches Privatrecht* I, München 1971<sup>2</sup>, 418<sup>46</sup> (der Sache nach klassisch). Konservativ Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 388, 391 f.

<sup>73</sup> Inst. 2.1.41. *Fides* ist ‚Vertrauen‘; Heumann, Seckel, *Handlexikon zu den Quellen* (o. <sup>51</sup>) s.v. *Fides* 1) 213. *Fidem emptoris sequi* ist ‚dem (eigenen) Vertrauen auf den Käufer nachgeben‘; *emptoris* ist *genetivus obiectivus*. ‚Der Verlässlichkeit des Käufers folgen‘ mit *emptoris* als *genetivus subiectivus* würde die subjektive Note (Verlässlichkeit wird nur angenommen) unterschlagen. Als ‚Vertrauen‘ kann *fides* in Gegensatz zum *ius naturale* treten (wie in Inst. 2.1.41). Als ‚Verlässlichkeit‘ (o.ä.) wie in Cic. *off.* 1.7.23 oder Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 pr. (Heumann, Seckel, *Handlexikon zu den Quellen* s.v. *Fides* 2) b) 213) wäre dies nicht möglich; s. W. Waldstein, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in ANRW. 15, Berlin, New York 1976, 3, 72 ff. (Zusammenhang von *fides* im Sinne von Redlichkeit und *ius naturale*). Übersetzungen wie «suivi la foi de l’acheteur» (R. Feenstra, *Fidem emptoris sequi*, in *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze 1956, 273) oder «was following the faith of the buyer» (Watson, *The Law of Obligations* [o. <sup>58</sup>] 61 f.) oder «s’en est tenu à l’acheteur» (Humbert, *La loi des XII Tables* [o. <sup>2</sup>] 385, 388) legen sich insofern nicht fest. «affidarsi all’onestà e probità altrui» (Roncati, *Emere Vendere Tradere* [o. <sup>6</sup>] 94) weist in die verkehrte Richtung.

<sup>74</sup> Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 191 («bastava che il venditore, pago dell’*actio venditi*, avesse avuto specificamente fiducia nella persona del compratore»); Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 388 («c’est-à-dire tout simplement lui a fait crédit en livrant la chose sans recevoir le prix, sans faire de réserves expresses et sans exiger l’une des garanties prévues»). Die Forderung einer Kreditierung lag darin nicht; Marrone, *Trasferimento della proprietà* 191<sup>22</sup>. Doch scheint man später im Verkäufervertrauen tatsächlich eine Kreditierung erblickt zu haben; Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.4.5.18.

<sup>75</sup> Indem das Verkäufervertrauen derart von der anderweitigen Sicherstellung abgesetzt wird, erscheint es als wenig wahrscheinlich, dass (Marrone, *Trasferimento della proprietà* [o. <sup>2</sup>] 1990, 192<sup>25</sup>, 194, 202 f.) es interpretativ gerade über diese entwickelt wurde (Marrone sieht das Bedenkliche dieser Annahme selbst, 190<sup>21 a.E.</sup>, 193<sup>26</sup>, 203).

<sup>76</sup> Marrone, *Trasferimento della proprietà* (o. <sup>2</sup>) 191 meint hingegen, dieser Schritt habe selbst der frühklassischen Jurisprudenz als zu gewagt erscheinen müssen; erst die fortgeschrittene klassische Jurisprudenz habe sich dazu verstanden. Ähnlich Humbert, *La loi des XII Tables* (o. <sup>2</sup>) 392 («Résumons: à la origine de la réflexion classique etc.»). Dieser letzte Schritt stellte den inzwischen durch die *actio venditi* geschützten Verkäufer (sogl.) nicht schutzlos.

*aere soluto* (a) lautet *interpretatio I vel sponsore dato* (b), *interpretatio II vel alias satisfacto* (c), worauf jetzt der Gedanke folgt (d) *vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfatione*. Die Konjunktion *vel* betont die Wahl des Verkäufers<sup>77</sup>. Mit *interpretatio I vel sponsore dato* (b) wandelt sich der Zwölftafelsatz *aere soluto* (a) von zwingendem zu nachgiebigem Recht. Diese Linie setzt sich fort. Mit *interpretatio II vel alias satisfacto* wandeln sich nunmehr Zwölftafelsatz *aere soluto* (a) und *interpretatio I vel sponsore dato* (b) von zwingendem zu nachgiebigem Recht.

Quintus Mucius war ohnehin ein schöpferischer Jurist. Man denke nur an die *cautio Muciana*<sup>78</sup> oder die *praesumptio Muciana*<sup>79</sup> oder seine zukunftsweisende Haltung in der *causa Curiana* 93 v. Chr.<sup>80</sup>; zumal die *bona fides* war Quintus Mucius besonders wichtig<sup>81</sup>. Mit dem Verkäufervertrauen relativierte Quintus Mucius die hergebrachten Erfordernisse des kaufweisen Erwerbs. Was Quintus Mucius vor sich hatte, waren die *Tripertita* des Sex. Aelius, der Zwölftafelsatz ... *aere soluto* (a), *interpretatio I vel sponsore dato* (b) und *interpretatio II vel alias satisfacto* (c). Dem fügte Quintus Mucius nun das Verkäufervertrauen hinzu, vielleicht in der Form<sup>82</sup> *vel etiam fide habita sine ulla satisfatione* (d). Quintus Mucius muss das Erfordernis der Kaufpreiszahlung mitsamt seiner interpretativen Fortentwicklung als unstimmg empfunden haben. Lag ihm doch an der Stimmigkeit des Zivilrechts. Quintus Mucius habe als erster das Zivilrecht nach Begriffen geordnet, berichtet Pomponius (*ius civile primus constituit generatim*)<sup>83</sup>. Die Begriffe des Quintus Mucius spiegeln den inneren

<sup>77</sup> S. o. unter II.

<sup>78</sup> S. neuerdings Chr. Lehne-Gstreithaler, *Iurisperiti et oratores. Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik*, Wien u.a. 2019, 129 f.

<sup>79</sup> Lehne-Gstreithaler, *Iurisperiti et oratores* (o. <sup>78</sup>) 130.

<sup>80</sup> Lehne-Gstreithaler, *Iurisperiti et oratores* (o. <sup>78</sup>) 126.

<sup>81</sup> F. Bona, *Cicerone e i «libri iuris civilis» di Quinto Mucio Scevola*, in G.G. Archi (a. c. di), *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti di un seminario. Firenze 27-28 maggio 1983*, Milano 1985, 205, 252 («Questo della *bona fides* dovette essere o diventare un *topos* particolarmente caro a Quinto Mucio»).

<sup>82</sup> Nachklang (?) in Ulp. 60 *ad ed.* D. 40.5.4.8: ... *sed si ei fides habita fuerit promittenti sine satisfatione, idonee cautum videbitur*; Heumann, Seckel, *Handlexikon zu den Quellen* (o. <sup>51</sup>) s.v. *Fides* 1) 213.

<sup>83</sup> Pomp. *lb. sg. ench.* D. 1.2.2.41. Quintus Mucius verfuhr im Sinne der platonischen Dialektik. Diese umfasste zwei sich ergänzende Verfahrensweisen: die vom Einzelnen aufsteigende Zusammenführung (*συναγωγή*) und das vom Allgemeinen zum Einzelnen absteigende Trennen (*διαίρεσις*); M. Erler, *Platon*, in *Grundriss der Geschichte der Philosophie* (begr. von Fr. Ueberweg), *Die Philosophie der Antike*, hrsg. von H. Flashar, Band 2/2, Basel 2007, 368 f. F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 73 ff. betont die zweite Verfahrensweise (*διαίρεσις*); O. Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*, Göttingen 1976, 285 ff., indem er von einer ‚Steigerung der Sinneseindrücke zu Begriffen‘ spricht,

Zusammenhang des Rechts wider<sup>84</sup>. So trennt Quintus Mucius (unausgesprochen) schuldrechtliches und dingliches Rechtsgeschäft, indem er, gegen M'. Manilius, die *mancipatio* aus dem Begriff des *nexum* löst<sup>85</sup>. Veräußerungen (*alienationes*) haben über das gesamte Zivilrecht hinweg nach Quintus Mucius gemeinsam, dass sie das Eigentum grundsätzlich in seiner jeweiligen Lage übertragen<sup>86</sup>. Schuldrechtliche Abmachungen, in welchen (unausgesprochenen) Begriff Quintus Mucius die Erscheinungen des *pacisci*, *legem dicere* und *stipulari* zusammenführt, haben gemeinsam, dass mit ihnen zugunsten Dritter Vorsorge zu treffen (*alteri caveri*) nicht möglich ist<sup>87</sup>. Im (unausgesprochenen) Begriff der schuldrechtlichen Abmachung spiegelt sich das, was jene drei Erscheinungen verbindet: eine Drittwirkung lässt sich damit nicht erzielen.

Einem von Cicero überlieferten Diktum des Quintus Mucius zufolge ist vielen Rechtsverhältnissen gemeinsam der Rückbezug auf die *bona fides*. Quintus Mucius, der *pontifex maximus*, pflegte zu sagen (*dicebat*), so berichtet Cicero<sup>88</sup>,

im Grunde die erste. Quintus Mucius übte die Diarese (Bsp. Cic. *top.* 6.29). Doch scheint die Synagoge für ihn im Vordergrund gestanden zu haben.

<sup>84</sup> Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 292 f.

<sup>85</sup> Varro *ling.* 7.105; Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 291 mit<sup>115</sup> (wahrscheinlich aus den *libri iuris civilis* des Quintus Mucius). S. des Weiteren O. Lenel, *Pal. iur. civ.* I, Leipzig 1889 (Nachdruck 2006) Sp. 764 (Quintus Mucius frgm. 56: *Praeterea Q. Mucius laudatur*); Bremer, *Iurisprudentia antehadriana* I (o. <sup>58</sup>) 71, 91 (aus den *libri iuris civilis* Buch 1, 12 oder 13); Ferrary, Schiavone, Stolfi, *Quintus Mucius Scaevola* (o. <sup>59</sup>) 140, 148, 302 ff. (Fr. 59; aus den *libri iuris civilis* Büchern 3-13).

<sup>86</sup> Pomp. 39 *ad Quint. Muc.* D. 18.1.67; Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 292 mit<sup>119</sup> (aus den *libri iuris civilis* des Quintus Mucius). A.A. O. Lenel, *Pal. iur. civ.* II, Leipzig 1889 (Nachdruck 2006) Sp. 78 (Pomponius frgm. 323). Die Stelle wird von Ferrary, Schiavone, Stolfi, *Quintus Mucius Scaevola* (o. <sup>59</sup>) überhaupt nicht berücksichtigt; s. ebd. 465.

<sup>87</sup> Quint. Muc. *lb. sg.* ὄρων D. 50.17.73.4; Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* o. <sup>83</sup>) 293<sup>124</sup>. S. des Weiteren Lenel, *Pal. iur. civ.* I (o. <sup>85</sup>) Sp. 763 (Quintus Mucius frgm. 50) [Urheberschaft des Quintus Mucius unsicher; Sp. 762<sup>7</sup> f.]; Bremer, *Iurisprudentia antehadriana* I (o. <sup>58</sup>) 103 f. (verändert). Ferrary, Schiavone, Stolfi, *Quintus Mucius Scaevola* (o. <sup>59</sup>) 166 f. (Fr. 85). Auch hier, in den ὄpot, geht es (wie in den *libri iuris civilis*) um die Zusammenführung von Erscheinungen in Begriffe. Anders B. Schmidlin, *Horoï, pithana und regulae – zum Einfluß der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung*, in *ANRW*. 15, Berlin-New York 1976, 101, 106 ff. (Vordringen in das Eigentliche juristischer Fragestellungen).

<sup>88</sup> Cic. *off.* 3.17.70. Wie anzunehmen ist, gestützt auf mündliche Überlieferung; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1988, 643<sup>20</sup>; A.R. Dyck, *A Commentary on Cicero, De Officiis*, Ann Arbor 1996, 584 («surely communicated orally to Cicero»). A.A. Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 294 (nahezu authentische Wiedergabe der *libri iuris civilis*); Bona, *Cicerone e i «libri iuris civilis»* (o. <sup>81</sup>) 253 (aus den *libri iuris civilis*), trotz *dicebat* (ebd. 253<sup>135</sup> f.); vgl. G. Falcone, *Il rapporto ius gentium – ius civile e la societas vitae in Cic. off.* 3.69-70, in *AUPA*. 56, 2013, 259, 262<sup>5</sup>, 270<sup>41</sup>. Offen Lenel, *Pal. iur. civ.* I (o. <sup>85</sup>) Sp. 763 f. (Quintus Mucius frgm. 54) [Zitat]; Bremer, *Iurisprudentia antehadriana* I (o. <sup>58</sup>) 102 (Fragment unbekannter Herkunft).

die größte Kraft (*summa vis*) [nämlich<sup>89</sup> der Annäherung an ‚das wahre Recht und die wahre Gerechtigkeit, wovon wir über keine feste und ausgeprägte Erscheinung verfügen, vielmehr nur über Schatten und Abbilder‘<sup>90</sup>] liege in denjenigen Klagen, in denen hinzugefügt werde ‚aus guter Treue‘ (*ex fide bona*); und er war der Meinung (*existimabat*), der Ausdruck<sup>91</sup> ‚gute Treue‘ (*fidei bonae nomen*) reiche äußerst weit und halte sich auf in ... (es folgt eine Reihe von Schuldverhältnissen, darunter ‚Kauf und Verkauf‘, ‚Miete und Vermietung‘). Dort sei es Sache eines großen Richters, ... zu bestimmen, was jeder jedem leisten müsse<sup>92</sup>. Der Richter verfährt nach den Geboten der zuteilenden und ausgleichenden Gerechtigkeit<sup>93</sup>. Dies wirft Licht auf den Begriff der *bona fides*.

Das *bonae fidei iudicium* (die *actio venditi*) liegt bereits im Blickfeld der Jurisprudenz des 3./2. Jh. v. Chr. Celsus berichtet von einer Entscheidung des Sex. Aelius und des C. Livius Drusus, wonach der im Annahmeverzug befindliche Käufer eines *mancipium* den Verkäufer aufgrund eines *arbitrium* wegen des zwischenzeitlichen Verpflegungsaufwandes schadlos halten müsse<sup>94</sup>. Celsus folgt dieser, wie er sagt, ‚sehr gerechten Entscheidung‘<sup>95</sup>. Ein Schlaglicht auf den Inhalt der *bona fides* wirft eine Entscheidung Javolens, worin dieser eine an die Stundung des Kaufpreises anknüpfende Pachtabrede modifiziert, indem er aus der *bona fides* zum einen das Gebot der Einhaltung der Abrede ableitet, zum anderen den dort bestimmten Pachtzins proportional, nach dem Verhältnis der ohne Kaufpreiszahlung verstrichenen Zeit, kürzt<sup>96</sup>.

Freilich lässt sich von der *bona fides* aus keine einfache Verbindung herstellen zum Verkäufervertrauen aus Pomp. 31 *ad Quint. Muc.* D 18.1.19 und Inst. 2.1.41<sup>97</sup>.

<sup>89</sup> A.A. Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 299 (der *bona fides*); M. Kaser, *Ius gentium*, Köln u.a. 1993, 16 (der *fides*). Doch steht *summa vis* ohne ein Agens bezeichnenden genetivus subiectivus.

<sup>90</sup> Cic. *off.* 3.17.69.

<sup>91</sup> Anders Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 293; Falcone, *Il rapporto ius gentium - ius civile* (o. <sup>88</sup>) 262 (der Begriff). Skepsis (O. Behrends 294) liegt darin nicht.

<sup>92</sup> Reminiszenz an Aristot. *NE* V 7 1132a. 6-29; dt. Übersetzung bei F. Dirlmeier, *Aristoteles. Nikomachische Ethik*, Berlin 1991<sup>9</sup>, 103 f.

<sup>93</sup> Aristot. *NE* V 7 1132a. 6-29.

<sup>94</sup> Cels. 8 *dig.* D. 19.1.38.1; s. Lehne-Gstreinthaler, *Iurisperiti et oratores* (o. <sup>78</sup>) 72 f., 145 f. Die Tragung des Verpflegungsaufwandes ist in dieser Situation dem Käufer zugewiesen.

<sup>95</sup> Cels. 8 *dig.* D. 19.1.38.1 (o. <sup>94</sup>). Ihr folgt übrigens auch das BGB (§ 304).

<sup>96</sup> Iav. 11 *epist.* D. 19.2.21.

<sup>97</sup> *Fides* ist nicht gleich *bona fides*; s. F. Gallo, *Bona fides e ius gentium*, in L. Garofalo (a c. di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. Padova-Venezia-Treviso 14-15-16 giugno 2001*, Padova 2003, 115, 129 («In tale studio si devono inoltre evitare confusioni



Keines der römischen Übereignungsgeschäfte, nicht die *traditio*, nicht die *in iure cessio* und auch nicht die *mancipatio*, lässt seinem Begriff nach Raum für das Kaufpreiszahlungserfordernis oder auch das Erfordernis einer anderweitigen Sicherstellung des Verkäufers<sup>98</sup>. Indem Quintus Mucius nun den Zwölfstafelsatz und die Interpretationen ergänzt um *vel etiam fide habita sine ulla satisfactione* und so die dort bestimmten Erfordernisse relativiert, rückt er die Übereignungsgeschäfte in die Nähe ihres Begriffs.

Das Verkäufervertrauen durfte nach Meinung des Quintus Mucius sogar soweit gehen, vom Käufer nicht nur den vereinbarten Kaufpreis zu erhalten, sondern einen diesen übersteigenden Kaufpreis, der angesichts des Wertes der Kaufsache als angemessen erschien. Darauf deutet das Verhalten des Quintus Mucius selbst hin, als er (gleichsam in Erfüllung des kategorischen Imperativs) bei einem Grundstückskauf dem vom Verkäufer geforderten Kaufpreis noch 100.000 HS hinzufügte, weil er den Wert des Grundstücks um soviel höher einschätzte<sup>99</sup>.

Was das Zwölfstafelgesetz bestimmt (die Abhängigkeit des Käufererwerbs von der Kaufpreiszahlung) entspricht (so Inst. 2.1.41) dem *ius gentium*, und dieses wird dem *ius naturale* gleichgestellt (*id est iure naturali*). Das überrascht kaum. Ist doch schon für Gaius das *ius gentium* das Recht, das die natürliche Vernunft unter allen Menschen festgesetzt hat, und das bei allen Völkern gleichermaßen beachtet wird<sup>100</sup>.

tra la *fides* e la *bona fides*»). *Fides* in Pomp. und Inst. citt. ist Vertrauen (o. <sup>72,73</sup>). Dagegen baut *bona fides* auf *fides* im Sinne von Verlässlichkeit (Cic. *off.* 1.7.23; Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 pr.; o. <sup>73</sup>) auf; s. Gallo, *Bona fides e ius gentium* 137 f. («Si spiega, in questo modo, il rafforzamento della *fides*, il suo svolgimento nella *fides bona*; in luogo del rispetto della parola data, si richiese cioè il rispetto della parola data da parte di una persona dabbene»). In die Nähe des Verkäufervertrauens führt allerdings Quintus Mucius bei Paul. 50 *ad ed.* D. 40.12.23 pr. (Vertrauen auf das Eigentum als Voraussetzung des Eigentumserwerbs); s. Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 296<sup>141</sup> f. Charondas und Platon verlangen den sofortigen Austausch von Sache und Geld; wer vertraue, verliere sein Recht; Theophrast, *Stob. Flor.* 44.22.4 = Szegedy-Maszak, *The Nomoi of Theophrastus* (o. <sup>24</sup>) fr. 21.7 (S. 60). Nach Quintus Mucius beschränkt sich der Rechtsverlust im Fall des Verkäufervertrauens auf das Eigentum.

<sup>98</sup> S. o. unter III a. E.

<sup>99</sup> Cic. *off.* 3.15.62; s. Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 284.

<sup>100</sup> Gai 1.1 = Gai. 1 *inst.* D. 1.1.9 = Inst. 2.1.1; H.L.W. Nelson, U. Manthe, *Gai Institutiones* III 88-181. *Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, 322 f. (Konzept stoischer Herkunft). Zurückhaltend Hofmann, *Beiträge zur Geschichte* (o. <sup>15</sup>) 47 f. («Compilatorenweisheit», «Irlicht»). Die Gleichstellung erscheint als vorbereitet bei Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.6 pr.

V. *Entwicklung vs. Stillstand*

Während fremde Rechte und das *ius gentium*, statisch, die Kaufvertragsbeteiligten für den Käufererwerb an der Kaufpreiszahlung festhalten, entwickelt sich das römische Zivilrecht (Zwölftafelrecht) mittels der *interpretatio*, und darüberhinausgehend, diese überschreitend, dynamisch fort, den Kaufvertragsparteien einigen Spielraum eröffnend. Was diese Dynamik trägt, die *interpretatio* und die Relativierung der gesetzlichen und interpretativen Erfordernisse durch das Verkäufervertrauen, all dies ist das Werk der römischen Rechtswissenschaft als einer die Rechtsfortbildung einschließenden professionellen Beschäftigung mit dem Recht<sup>101</sup>. Derartiges fehlt in Griechenland. Griechenland kennt keine Rechtswissenschaft, keine Berufsjuristen<sup>102</sup>. Der ‚Aberglaube an die Allmacht des Gesetzes‘<sup>103</sup> verhindert jede Rechtsfortbildung durch Interpretation<sup>104</sup>. Derartiges, eine Rechtswissenschaft, fehlt auch im Alten Orient<sup>105</sup>, und im pharaonischen und ptolemäischen Ägypten<sup>106</sup>.

Der Vorsprung, den das römische Zivilrecht auf diese Weise vor den fremden Rechten gewinnt, wird augenscheinlich, wenn man etwa die Ausführungen Varros<sup>107</sup> mit dem Inhalt jener altbabylonischen Prozessurkunde aus der Zeit des Königs Ammî-ditana<sup>108</sup> vergleicht. Varro hakt ein bei der sekundären *interpretatio* (c) *vel alias satisfacto*, indem er für den Käufererwerb die Käuferstipulation genügen lässt. Aus jener Prozessurkunde geht hingegen hervor, dass die bloße Kreditierung des Kaufpreises einen Erwerb der Käuferin nicht vermittelt hätte<sup>109</sup>. Es sind allerdings die römischen Bürger, die von dieser, rechtswissenschaftlich getragenen, Entwicklung berührt werden. Fremde grundsätzlich nicht; sie bleiben im Allgemeinen auf ihr Herkunftsrecht und das *ius gentium* verwiesen<sup>110</sup>, das sich statisch verhält. Vielleicht steckt diese Beobachtung hinter der ansonsten nicht recht einsehbaren Polemik Ciceros gegen alles nichtrömische Zivilrecht<sup>111</sup>.

<sup>101</sup> Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (o. <sup>83</sup>) 1 ff.

<sup>102</sup> J. Triantaphyllopoulos, *Das Rechtsdenken der Griechen*, München 1985, 31 ff.; U. Manthe, *Rez. Triantaphyllopoulos, Das Rechtsdenken der Griechen*, in *Gnomon* 62, 1990, 289, 297 f.

<sup>103</sup> Triantaphyllopoulos, *Das Rechtsdenken der Griechen* (o. <sup>102</sup>) 33 f.

<sup>104</sup> Manthe, *Rez. Triantaphyllopoulos, Das Rechtsdenken der Griechen* (o. <sup>102</sup>) 298.

<sup>105</sup> Haase, *Einführung in das Studium* (o. <sup>27</sup>) 5 f.; H. Schmökel, *Kulturgeschichte des Alten Orient*, Augsburg 1995, 131 f.

<sup>106</sup> Allam, *Recht im pharaonischen Ägypten* (o. <sup>34</sup>) 23 f.; Seidl, *Ptolemäische Rechtsgeschichte* (o. <sup>35</sup>) 184 f.

<sup>107</sup> Varro *rust.* 2.1.15 (o. <sup>64</sup>).

<sup>108</sup> Schorr, *Urkunden des altbabylonischen* (o. <sup>30</sup>) Nr. 280, 390 ff. (o. <sup>32</sup>).

<sup>109</sup> S. o. unter III.

<sup>110</sup> Kaser, Knütel, Lohsse, *Römisches Privatrecht* (o. <sup>1</sup>) § 2 Rz. 29, 32 (S. 29 f.).

<sup>111</sup> Cic. *de orat.* 1.197.

## VI. Römer und Fremde vor dem Gericht des Fremdenprätor

Stellen wir uns vor: Es treten vor dem römischen Fremdenprätor auf zwei Kaufvertragsbeteiligte. Der Verkäufer verlangt vom Käufer Herausgabe der Kaufsache (wie damals in Babylon die Hierodule Iluša-ḫegal<sup>112</sup>).

Begründung (wie damals): Der Kaufpreis wurde nicht gezahlt. Allerdings hat sich der Verkäufer auf das Wort des Käufers verlassen. Bei den Kaufvertragsbeteiligten handelt es sich (a) um zwei Griechen, (b) um einen Griechen (Verkäufer) und einen Römer (Käufer), (c) um einen Römer (Verkäufer) und einen Griechen (Käufer).

Der Herausgabeprozess unter den beiden Griechen (a) wird etwa nach den Regeln der δίκη ἐξούλης („Klage wegen Austreibung“)<sup>113</sup> abgelaufen sein, in den übrigen Fällen zwischen einem Griechen und einem Römer (b) (c) auf der Grundlage einer *actio in factum*<sup>114</sup>.

Unter den Griechen (a) wird griechisches Recht angewandt<sup>115</sup>. Nach griechischem Recht setzt kaufweiser Erwerb die Zahlung des Kaufpreises voraus<sup>116</sup>. Da es daran fehlt, ist der Verkäufer Eigentümer geblieben, und seine Klage wird Erfolg haben.

In den anderen Fällen (b) (c) gilt *ius gentium*<sup>117</sup>. Nach *ius gentium* setzt kauf-

<sup>112</sup> S. o. unter III. Vgl. auch die altägyptischen Fallkonstellationen bei Allam, *Recht im pharaonischen Ägypten* (o. <sup>34</sup>) 42.

<sup>113</sup> Wolff, *Art. Recht I.* (o. <sup>25</sup>) Sp. 2516, 2521, 2525; Thür, *Recht im antiken Griechenland* (o. <sup>25</sup>) 191, 215 f., 234.

<sup>114</sup> Kaser, *Ius gentium* (o. <sup>89</sup>) 7 f. (*actiones in factum* als Hervorbringungen der Fremdengerichtsbarkeit). Eine *rei vindicatio* mit Zivitätsfiktion (wie bei der *actio furti* oder der *actio legis Aquiliae* mit Fremden, Gai 4.37; Kaser, *Ius gentium* 127 ff.) würde aus dem *ius gentium* hinaus und in das römische Zivilrecht hineinführen.

<sup>115</sup> Kaser, Knütel, Lohsse, *Römisches Privatrecht* (o. <sup>1</sup>) § 2 Rz. 29 (S. 29 f.); L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches*, Leipzig 1891 (Nachdruck 1984) 124 ff. A.A. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (o. <sup>101</sup>) 88 (römisches Recht). Dass der Fremdenprätor durchaus auch fremdes Recht angewandt hat, wird unter anderem erwiesen durch das *Fragmentum ps. - Dositheanum de manumissionibus* § 12 (FIRA II 617); C. Cascione, *Zur Anwendung von fremdem Privatrecht durch den römischen Prätor*, in M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl, C. Möller (eds.), *Ars iuris. Fs. f. O. Behrends zum 70. Geburtstag*, Göttingen 2009, 61, 67 ff. – Cicero sah, dem Beispiel des Edikts von Quintus Mucius für die Provinz Asia (94 v. Chr.) folgend, in seinem Edikt für die Provinz Kilikien (51 v. Chr.) für Prozesse unter Griechen die Anwendung griechischen Rechts vor; Cic. *Att.* 6.1.15 (20. Febr. 50 v. Chr.); s. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* 125; Lehne-Gstreithaler, *Iurisperiti et oratores* (o. <sup>78</sup>) 125.

<sup>116</sup> S. o. unter III.

<sup>117</sup> Kaser, Knütel, Lohsse, *Römisches Privatrecht* (o. <sup>1</sup>) § 2 Rz. 32 (S. 30); Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* (o. <sup>115</sup>) 122 ff. A.A. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (o. <sup>101</sup>) 88 (römisches Recht).

weiser Erwerb die Zahlung des Kaufpreises voraus<sup>118</sup>. Da es daran fehlt, ist der Verkäufer Eigentümer geblieben. Seine Klage wird Erfolg haben.

In einem Rechtsstreit unter Römern, der vor dem Stadtprätor abläuft, gilt hingegen römisches Zivilrecht. Es gilt das Zwölfafelrecht mitsamt seiner *interpretatio* sowie der mucianischen Relativierung. Danach genügt es, wenn der Verkäufer sich auf das Wort des Käufers verlassen hat. Der Käufer ist Eigentümer geworden. Die Klage des Verkäufers wird scheitern.

## VII. Die Darstellung des Verhältnisses von *ius civile* und *ius gentium* im Bild

In *de officiis* spricht Cicero von einer Gesellschaft, die sich sehr weit erstreckt, aller untereinander (*societas est enim ... latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes*), einer inneren derjenigen, die demselben Volk<sup>119</sup> angehören (*interior eorum, qui eiusdem gentis sint*), und einer näheren derjenigen, die demselben Staat angehören (*propior eorum, qui eiusdem civitatis*)<sup>120</sup>. Die erstgenannte sich am weitesten erstreckende Gesellschaft schließt die zweitgenannte, innere ein; diese wiederum schließt die drittgenannte, nähere ein. Es entsteht ein Bild dreier ineinander liegender Kreise<sup>121</sup>. Dasselbe Bild wird übri-

<sup>118</sup> S. o. unter III.

<sup>119</sup> R. Fiori, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 134 («alla medesima nazione»); Falcone, *Il rapporto ius gentium - ius civile* (o. <sup>88</sup>) 264, 265. Anders Kaser, *Ius gentium* (o. <sup>89</sup>) 14 (Gentilverband); vgl. jedoch Fiori, *Bonus vir* 134<sup>337</sup> und Falcone, *Il rapporto ius gentium – ius civile* 264<sup>17</sup> f. Etwa: dem Stamme der Latiner; Gallo, *Bona fides e ius gentium* (o. <sup>97</sup>) 118. Man mag sich in ferner Vergangenheit das römische Recht als Teil des Rechts der Latiner vorstellen; s. A. Watson, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, New Jersey 1975, 173 («We do not have to consider the unreal question of an original identity of law in early Latium»). Die wenigen greifbaren Zeugnisse scheinen auf eine ursprüngliche Einheit hinzudeuten; s. u.a. Gell. 4.4.1 ff.; A. Watson, *Rome of the XII Tables* 174 ff.

<sup>120</sup> Cic. *off.* 3.17.69. Parallel Cic. *off.* 1.17.53; Falcone, *Il rapporto ius gentium – ius civile* (o. <sup>88</sup>) 262.

<sup>121</sup> Kaser, *Ius gentium* (o. <sup>89</sup>) 14; auch Fiori, *Bonus vir* (o. <sup>119</sup>) 134<sup>337</sup> («la cerchia della civitas»). – Das Bild ineinander liegender Kreise begegnet auch in der οἰκείωσις-Lehre, dem Kernstück der stoischen Ethik. Nach Vorläufern entwickelt der Spätstoiker Hierokles (1. Hälfte 2. Jh. n. Chr.) den Gedanken einer allmählichen konzentrischen Ausweitung des Bezugs der οἰκείωσις ('Zueignung') vom Selbst bis hin zur gesamten Menschheit; M. Forschner, *Die stoische Ethik*, Darmstadt<sup>2</sup> 1995, 158; A.A. Long, D.N. Sedley, *Die hellenistischen Philosophen. Texte und Kommentare*, Stuttgart-Weimar 2000, 57 G, S. 416 f., 421. S. a. M. Pohlenz, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, Göttingen<sup>8</sup> 2010, 115; G. Reydam-Schils, *Hierokles*, in F. Ueberweg (hrsg.), *Grundriss der Geschichte der Philosophie. Band 5/1 Philosophie der Kaiserzeit und der Spätantike* (hrsg. von Chr. Riedweg, Chr. Horn und D. Wyrwa), Basel 2018, 177.

gens verwendet zur Darstellung des sog. Modus Barbara<sup>122</sup>. Womöglich stammt die Anregung zur 3-Kreise-Lehre aus der aristotelischen Syllogistik<sup>123</sup>. So belangreich dort der Mittelbegriff ist (seine Stellung ergibt die einzelnen syllogistischen Figuren<sup>124</sup>), als so wenig von Belang erscheint die Gesellschaft aller, die demselben Volk angehören, des mittleren Kreises.

Das Bild der drei Kreise stellt Gruppen von Personen dar; es ist subjektiv angelegt. Von den Bestimmungen aus Inst. 2.1.41 lässt sich nur die erste, das Erfordernis der Kaufpreiszahlung für den kaufweisen Erwerb, in dieses Bild einfügen; die anderen, Sicherstellung und Verkäufervertrauen, nicht. Das Erfordernis der Kaufpreiszahlung für den kaufweisen Erwerb ist zugleich *ius civile* und *ius gentium*, fällt daher in den innersten Kreis der Gesellschaft derjenigen, die demselben (nämlich dem römischen) Staat angehören und in den äußersten Kreis der Gesellschaft aller unter allen. Das Erfordernis der Sicherstellung und die mucianische Relativierung durch das Verkäufervertrauen sind dagegen nur

<sup>122</sup> M. Herberger, D. Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt/M. 1980, 27.

<sup>123</sup> Dazu J.M. Bocheński, *Formale Logik*, Freiburg/München<sup>4</sup> 1978, 74 ff.; H. Flashar, *Aristoteles*, in H. Flashar (hrsg.), *Grundriss der Geschichte der Philosophie*. Band 3 *Ältere Akademie-Aristoteles-Peripatos*, 2. Aufl. Basel 2004, 286 ff. Die 3-Kreise-Lehre entspricht dem ersten Modus der ersten Figur (sog. Modus Barbara); s. Aristot. *An. pr.* A 4, 25b32-35, 37-39 Ὅταν οὖν ὅροι τρεῖς οὕτως ἔχωσι πρὸς ἀλλήλους ὥστε τὸν ἔσχατον ἐν ὅλῳ εἶναι τῷ μέσῳ καὶ τὸν μέσον ἐν ὅλῳ τῷ πρώτῳ ἢ εἶναι ἢ μὴ εἶναι, ἀνάγκη τῶν ἄκρων εἶναι συλλογισμὸν τέλειον. ... εἰ γὰρ τὸ Α κατὰ παντὸς τοῦ Β καὶ τὸ Β κατὰ παντὸς τοῦ Γ, ἀνάγκη τὸ Α κατὰ παντὸς τοῦ Γ κατηγορεῖσθαι. (Wenn sich also drei Termini zueinander so verhalten, dass der letzte ganz in dem mittleren enthalten ist, und der mittlere ganz im ersten oder nicht, so ergibt sich notwendig aus den äußeren Termini ein vollendeter Schluss. ... Wenn nämlich A von jedem B und B von jedem C, muss A von jedem C ausgesagt werden). ἐν ὅλῳ scheint eher selbständige Adverbiale zu sein (wie ἐν ὅλῳ καὶ παντὶ in Plat. *rep.* 7, 527c7; s. F. Passow, *Handbuch der griechischen Sprache* II/1, Leipzig<sup>5</sup> 1852 [ND Darmstadt 2008] 451) als Teil eines bis τῷ μέσῳ reichenden präpositionalen Ausdrucks; so jedoch Bocheński, *Formale Logik* 74. Übertragen auf die 3-Kreise-Lehre lautet der Syllogismus: Wenn *societas omnium inter omnes* (A) von jeder *societas interior eorum, qui eiusdem gentis sint* (B), und dieses (B) von jeder *societas propior eorum, qui eiusdem civitatis* (C), muss erstere (A) von jeder letzteren (C) ausgesagt werden. Der aristotelische Syllogismus wiederum scheint aus der Einteilung (Diairese) bei Plat. *Soph.* 218c2-221c4 entwickelt worden zu sein; Bocheński, *Formale Logik* 77. In Rom war man im 3./2. Jh. v. Chr. der Philosophie durchaus zugeneigt. Eine Bühnenfigur aus einem Stück des Q. Ennius bekannte, philosophieren zu wollen, doch nur etwas; denn ganz und gar, gefalle ihr nicht (*qui se ait philosophari velle, sed paucis; nam omnino haud placere*), was Sextus Aelius gefiel; Cic. *rep.* 1.30. So war auch der Rat des Aristoteles an Alexander gewesen; G. Maurach, *Geschichte der römischen Philosophie. Eine Einführung*, Darmstadt 1989, 19. Zumal die Modi der ersten Figur sind von überragender Bedeutung; Flashar, *Aristoteles* 288 f. Freilich sollen die Lehrschriften des Aristoteles erst im 1. Jh. v. Chr., mit der kritischen Edition des Andronikos von Rhodos, wieder Beachtung gefunden haben; D. Frede, *Aristoteles* [D], in *DNP* 1, Stuttgart Weimar 1996/1999, Sp. 1134, 1143.

<sup>124</sup> Herberger, Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen* (o. <sup>122</sup>) 26; Bocheński, *Formale Logik* (o. <sup>123</sup>) 82; Flashar, *Aristoteles* (o. <sup>123</sup>) 287.

*ius civile* und nicht zugleich *ius gentium*. Eine nähere Gesellschaft der Angehörigen desselben (römischen) Staates, die nicht zur Gesellschaft aller unter allen gehörte, welcher allein jenes Erfordernis und die mucianische Relativierung zuzurechnen wären, kennt das Bild aber nicht. Zur Darstellung dieser Bestimmungen bietet sich vielmehr ein anderes, Gruppen von Bestimmungen darstellendes, objektiv angelegtes Bild an: das Bild zweier sich schneidender Kreise.

Neben einem *ius civile*, das zugleich *ius gentium* ist, kann dieses Bild *ius civile*, das nicht *ius gentium*, und *ius gentium*, das nicht *ius civile* ist, zur Darstellung bringen. Das Erfordernis der Kaufpreiszahlung für den kaufweisen Erwerb liegt im Bereich der Überschneidung von *ius civile* und *ius gentium*. Das Erfordernis der Sicherstellung und die mucianische Relativierung liegen außerhalb dieses Bereichs, in jenem Bereich, der allein dem *ius civile* vorbehalten ist.

Cicero wechselt unversehens zu dem zweiten Bild, wenn er sagt: Daher wollten die Vorfahren *ius gentium* und *ius civile* trennen (*Itaque maiores aliud ius gentium aliud ius civile esse voluerunt*)<sup>125</sup>. *Itaque* signalisiert die Reaktion der Vorfahren, der *maiores*, worunter Juristen des 3./2. Jh. v. Chr. zu verstehen sein werden<sup>126</sup>, wie Sex. Aelius<sup>127</sup> oder Cato d. Ä., bei welchem der Begriff *ius gentium* erstmals nachweisbar ist<sup>128</sup>, auf die 3-Kreise-Lehre (die älter sein muss,

<sup>125</sup> Cic. *off.* 3.17.69. Die 2-Kreise-Lehre der *maiores* lässt sich klassenlogisch wie folgt darstellen.  $\alpha$  sei die Klasse des *ius gentium*,  $\beta$  die Klasse des *ius civile*. Beide Klassen werden (a) vereinigt (logische Summe):  $\alpha \cup \beta = \text{df } \hat{x}\{x\epsilon\alpha \cdot v \cdot x\epsilon\beta\}$ ; ferner wird (b) ihr Durchschnitt gebildet (logisches Produkt):  $\alpha \cap \beta = \hat{x}\{x\epsilon\alpha \cdot x\epsilon\beta\}$ .  $\alpha \cup \beta$  ist die Klasse all dessen, was *ius gentium* oder/und *ius civile* ist;  $\alpha \cap \beta$  ist die Klasse dessen, was zugleich *ius gentium* und *ius civile* ist. Vgl. J.M. Bocheński, A. Menne, *Grundriß der formalen Logik*, Paderborn<sup>5</sup> 1983, 82 f.

<sup>126</sup> S. Gallo, *Bona fides e ius gentium* (o. <sup>97</sup>) 135 (Juristen des 2./1. Jh. v. Chr.). A.A. (weitergehend) Falcone, *Il rapporto ius gentium – ius civile* (o. <sup>88</sup>) 265<sup>20</sup>, 272<sup>47</sup> (Juristen, Richter, Rhetoren). Das Anliegen der *maiores* ist jedoch ein rechtssystematisches. Es geht ihnen um die Darstellung des als dynamisch wahrgenommenen römischen Zivilrechts im Verhältnis zum als statisch wahrgenommenen *ius gentium*. – Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 299 spricht von ‘stoisierenden Juristen des 2. Jh.’. Für einen Einfluss der Stoa an dieser Stelle fehlt jedoch jeder Anhalt; Falcone, *Il rapporto ius gentium – ius civile* 273<sup>49</sup>. Unschlüssig Kaser, *Ius gentium* (o. <sup>89</sup>) 16 f.

<sup>127</sup> Sex. Aelius, der Verfasser der *Tripertita*, war sich natürlich dessen bewusst, dass das *ius civile* das *ius gentium* inzwischen überholt hatte.

<sup>128</sup> Gell. 6.3.45, aus der Antikritik des Gellius gegen die Kritik des M. Tullius Tiro an der Rhodierrede Catos d. Ä. von 167 v. Chr. Cato muss an das *ius gentium* als das in der natürlichen Vernunft begründete Recht aller Völker (Cic. *off.* 3.5.23; Gai 1.1) gedacht haben, sollte er nicht gar davon gesprochen haben; D. Schanbacher, *Grenzüberschreitende Sicherungen im antiken Rom – ius gentium und lex rei sitae*, in P. Jung. Chr. Baldus (Hgg.), *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, München 2007, 27, 33<sup>36</sup>. Von der Rede sind nur sieben Fragmente, alle in Gell. 6.3, erhalten, aus denen sich der Tenor der Ausführungen Catos, aber kein zuverlässiges Gesamtbild der Rede ergibt; W. Suerbaum, *M. Porcius Cato (Censorius)*, in R. Herzog, P.L. Schmidt (hrsg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike. Erster Band. Die archaische Literatur von den*

also etwa dem 3. Jh. v. Chr. angehören wird). Die 3-Kreise-Lehre ist nicht in der Lage, das Phänomen eigenständiger Entwicklungen des *ius civile* abzubilden<sup>129</sup>.

Der Begriff des *ius gentium* wird sich um die Mitte des 3. Jh. v. Chr. gebildet haben<sup>130</sup>. *Ius gentium* ist<sup>131</sup> das Recht, das die natürliche Vernunft unter allen Menschen festgesetzt hat, und das bei allen Völkern gleichermaßen beachtet wird<sup>132</sup>.

*Anfangen bis Sullas Tod die Vorliterarische Periode und die Zeit von 240 bis 78 v. Chr.*, hrsg. von W. Suerbaum, München 2002, 399. Skeptisch Falcone, *Il rapporto ius gentium – ius civile* (o. <sup>88</sup>) 273<sup>49</sup> (Worte Catos oder Formulierung des Gellius?). A.A. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (o. <sup>101</sup>) 88 (bloße Inhaltsangabe ohne Wahrung des Wortlauts). Damit ist nicht nur ein Terminus ante quem für Ausdruck und Begriff des *ius gentium* gesetzt. Vielmehr wird damit auch Cato d. Ä. als einer der *maiores* greifbar, die nach Cic. *off.* 3.17.69 für die Trennung von *ius civile* und *ius gentium* verantwortlich sind. Cato setzt voraus, dass das *ius gentium*, anders als das *ius civile*, nicht erst auf ein Tun, sondern schon auf ein bloßes Wollen reagiert. Einen Terminus post quem könnte setzen Cic. *off.* 3.29.108 mit der Episode des Atilius Regulus 251/250 v. Chr.; Gallo, *Bona fides e ius gentium* (o. <sup>97</sup>) 119 ff.; ablehnend Falcone, *Il rapporto ius gentium – ius civile* 273<sup>49 aE</sup> (aufgrund seiner fragwürdigen Gleichsetzung von *ius gentium* und *lex naturae* [u. <sup>132j</sup>]).

<sup>129</sup> Der Anschluss ist stimmig. Im Ergebnis ebenso Falcone, *Il rapporto ius gentium – ius civile* (o. <sup>88</sup>) 263 ff. (Zusammenfassung von *ius gentis* und *ius gentium*). A.A. Gallo, *Bona fides e ius gentium* (o. <sup>97</sup>) 117 f. (Anzeichen einer Unstimmigkeit); Fiori, *Bonus vir* (o. <sup>119</sup>) 135<sup>342</sup> («dei problemi di coordinamento»); R. Cardilli, *Societas vitae in Cic. off. 3.70 e obligatio consensu contracta*, in *BIDR.* 105, 2011, 185, 195 («incongruenza»). Des Weiteren Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (o. <sup>101</sup>) 88<sup>3</sup> (Itp.); ablehnend Dyck, *A Commentary on Cicero* (o. <sup>88</sup>) 581 ff.; Falcone, *Il rapporto ius gentium – ius civile* 266. Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 299 und Kaser, *Ius gentium* (o. <sup>89</sup>) 14 f. sehen hier kein Problem.

<sup>130</sup> Gallo, *Bona fides e ius gentium* (o. <sup>97</sup>) 121, 126, 132. A.A. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (o. <sup>101</sup>) 88 («Daß die republikanischen *iusuris consulti* jemals den Ausdruck *ius gentium* verwandt hätten, um denjenigen Teil des römischen Privatrechts zu bezeichnen, der auch auf Peregrinen anwendbar war, ist nichts als bodenlose Phantasie»).

<sup>131</sup> Gallo, *Bona fides e ius gentium* (o. <sup>97</sup>) 126 («La nozione del *ius gentium*, ancora enunciata da Gaio, corrisponde a quella ciceroniana»).

<sup>132</sup> Gai 1.1 = Gai. 1 *inst.* D. 1.1.9 = Inst. 2.1.1. Die *lex naturae* (Cic. *off.* 3.17.69) ist dem *ius gentium*, als 'natürliche Vernunft' (Cic. *off.* 3.5.23) vorgelagert. A.A. Falcone, *Il rapporto ius gentium - ius civile* (o. <sup>88</sup>) 263, 265, 271, 272 (mit dem *ius gentium* identisch). Falcone, *Il rapporto ius gentium - ius civile* 263 mit<sup>9</sup> liest *natura* (Cic. *off.* 3.5.23) als *lex naturae* und kommt so zur Vermengung beider Ebenen. So schon Kaser, *Ius gentium* (o. <sup>89</sup>) 56; ferner O. Behrends, *Institut und Prinzip. Ausgew. Schriften I*, Göttingen 2004, 91, 193 mit <sup>171</sup> (aus 1995); 225, 234 mit <sup>22</sup> (aus 1995); II, Göttingen 2004, 723, 726 mit <sup>6</sup>, 728<sup>11</sup> (aus 1999); ferner M. Avenarius, *Der pseudo-ulpanische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristschrift*, Göttingen 2005, 87<sup>6</sup>, 94 mit <sup>37</sup>, 133 mit <sup>43</sup>; ders., *The Pre-Classical fidei comittere and the Order to be Established Upon Death. Emotion as the Basis of the Legal Bindingness of the Decedent's Last Wishes*, in A. Bettenworth, J. Hammerstaedt (eds.), *Writing Order and Emotion. Affect and the Structures of Power in Greek and Latin Authors*, Hildesheim 2020, 65, 72 mit <sup>40</sup>. S. auch Cic. *rep.* 3.22.33; *leg.* 1.16.44; 2.5.13. Die Ebenen sind zu trennen, ungeachtet gelegentlicher Häufung (Cic. *har. resp.* 14.32; Falcone, *Il rapporto ius gentium - ius civile* 263<sup>13</sup> f.). Die Trennung macht die Divergenz hinsichtlich der Sklaverei (Kaser, *Ius gentium* 57 f., 65, 74; Kaser, Knützel,

Eine Überschneidung von *ius civile* und *ius gentium*<sup>133</sup> wird von Gaius<sup>134</sup> nicht ausgeschlossen. Von Ulpian wird sie vorausgesetzt, wenn er sagt: *ius civile* sei, was sich nicht gänzlich vom ‚*ius naturale* oder *ius gentium*‘ (*a naturali vel gentium*) zurückziehe, sich aber nicht in allem nach diesem (Sing. *ei*) richte<sup>135</sup>. Damit werden einerseits (a) der Bereich der Überschneidung angesprochen, andererseits (b) die Bereiche der Nichtüberschneidung. Die Rede vom ‚Rückzug‘ des Zivilrechts aus dem *ius gentium* evoziert zudem die Erinnerung an die nunmehr schon lange zurückliegende, rechtssystematisch motivierte Abwendung der *maiores* von der 3-Kreise-Lehre. Auch im Konzept der *maiores* war eine Überschneidung von *ius civile* und *ius gentium* nicht ausgeschlossen gewesen<sup>136</sup>.

Entwicklungen des *ius civile* im Alleingang, wie die hier beobachteten, ließen sich nur so erfassen.

Dietmar Schanbacher  
Technische Universität Dresden  
dietmar.schanbacher@tu-dresden.de

Lohsse, *Römisches Privatrecht* (o. <sup>1</sup>) § 2 Rz. 37 [S. 32]) verständlich. Denn während die Sklaverei von der hochklassischen *naturalis ratio* (Gai 1.1) noch akzeptiert wird (Gai 1.52), wird sie vom spätklassischen *ius naturale* als naturrechtswidrig verworfen und, retrospektiv, als Einführung durch das *ius gentium* gedeutet; Tryph. 7 *disp.* D. 12.6.64; Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.4. Die Trennung erklärt ferner die im *ius gentium* liegende bloße Vermutung für das Vorliegen der *lex naturae* (Cic. *Tusc.* 1.13.30).

<sup>133</sup> Kaser, *Ius gentium* (o. <sup>89</sup>) 15, 21, 41, 65 f., 70.

<sup>134</sup> Gai 1.1.

<sup>135</sup> Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.6 pr. Der Singular (*ei*) ist auffällig; Kaser, *Ius gentium* (o. <sup>89</sup>) 72 f. *Ius naturale vel gentium* erscheinen als zusammengezogen zum auf der natürlichen Vernunft beruhenden *ius gentium*.

<sup>136</sup> Cic. *off.* 3.17.69 *quod civile* etc. Das Stück gehört, wie die direkte Rede zeigt (*esse debet*), Cicero selbst. A.A. Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht* (o. <sup>83</sup>) 299; Falcone, *Il rapporto ius gentium - ius civile* (o. <sup>88</sup>) 272 f. (den *maiores*).