

Erik Frehse*

Digestenexegese zu Afr. 5 quaest. D. 30.108.12

Abstract

In Afr. 5 quaest. D. 30.108.12 hat jemand ein fideikommissarisch beschwertes Vermächtnis erhalten, ist also verpflichtet, das Erhaltene jedenfalls zum Teil an einen Dritten weiterzugeben. Gefragt ist nun, welcher Haftungsmaßstab für den Vermächtnisnehmer gilt. Der respondierende Jurist differenziert danach, ob dem Vermächtnisnehmer selbst ein Vorteil aus dem Testament zukommt oder nicht. Diese Lösung stützt ein Vergleich mit der Rechtslage bei *bonae fidei iudicia* ab, womit sich ein Ansatz systematischen Denkens zeigt. Allerdings bleiben Zweifel daran, ob dieser Ansatz dem klassischen römischen Recht oder nicht vielmehr einer späteren Bearbeitung entstammt. Dieser Beitrag veranschaulicht bei der Darstellung all dessen typische Arbeitsschritte einer Exegese, wobei insbesondere die Textkritik viel Raum einnimmt.

* Der Verfasser studierte Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christian Baldus. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Anschluss an das Digestenexegese-Seminar des Sommersemesters 2023 bei Herrn RA Andreas Niisch von Prof. Dr. Christian Baldus gestellt wurde.

Text und Übersetzung

Latein

Cum quid tibi legatum fidei tuae commisum sit, ut mibi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mibi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.

Übersetzung

Als etwas dir vermacht oder deiner Treue anvertraut wurde, damit du es mir heraus gibst, meinte er, dass du, wenn du freilich darüber hinaus nichts aus dem Testament erhältst, beim Einfordern des Vermächtnisses höchstens für *dolus malus* haften musst, andernfalls auch für *culpa*: so wie bei Verträgen nach *bona fides* angenommen wird, dass, wenn nämlich ein Nutzen beider Vertragsparteien besteht, auch für *culpa*, wenn nur einer Vertragspartei, lediglich für *dolus malus* gehaftet wird.

B. Personen und Werk

Die Stelle steht im 30. Buch der Digesten („*de legatis et fideicommissis*“), das Legate und Fideikomisse behandelt. Sie entstammt dem fünften Buch der Quaestiones *Afrikans*, das ebenfalls erbrechtliche Fragen zum Thema hatte.¹ Der Jurist *Sextus Caecilius² Africanus* war gegen Mitte des zweiten Jahrhunderts tätig.³ Über sein Leben ist wenig bekannt. Angenommen wird, dass er aus Nordafrika stammte⁴ und vorwiegend „akademisch“ tätig war.⁵ Als gesichert kann gelten, dass *Afrikan* ein Schüler des *Salvius Julianus* war,⁶ dem unter anderem wegen der

¹ Vgl. *Lenel*, Palingenesia iuris civilis I, 1889, Sp. 13.

² *Cuiacius*, Ad Africanum Tractatus VIII, 1588, S. 1.

³ *Liebs*, Jurisprudenz, in: Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV, 1997, S. 92 (107): ab 140ern tätig; *Kunkel*, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl. 1967, S. 172: um 170 bereits tot; ausführlich *Casavola*, Giuristi adrianei, 1980, S. 64 ff.

⁴ *Kunkel* (Fn. 3), S. 172; *Ayiter*, D. 20, 4, 9, 3 und einige Bemerkungen über *Sextus Caecilius Africanus*, in: *Studi Grossi* II, 1968, S. 13 (18 f.).

⁵ *Gian*, Römische Rechtswahrheiten, 1997, S. 15; *Honoré*, Julian's Circle, TR 32 (1964), 9 (12).

⁶ *Humbert*, Faktoren der Rechtsbildung, in: Handbuch des Römischen Privatrechts (HRP), 2023, § 1 Rn. 39; *Honoré* (Fn. 5), S. 9 ff.

Redaktion des prätorischen Edikts eine zentrale Rolle in der Entwicklung des römischen Rechts zugeschrieben wird.⁷

Von *Afrikan* sind ausschließlich Fragmente aus seinen *libri quaestionum* überliefert, außerdem zitiert Ulp. 21 Sab. D. 30.39 pr. seine *libri epistularum*. Den „Werktyp“ der Quaestionswerke kennzeichnet ihr Fokus auf anspruchsvolle Probleme,⁸ vermutlich regelmäßig zu didaktischen Zwecken.⁹ An *Afrikan*s Quaestions wird häufig ihre schwere Verständlichkeit bemängelt.¹⁰ Bemerkenswert ist außerdem die Urheberfrage: Seit Langem wird in unterschiedlichen Nuancierungen diskutiert, ob nicht erhebliche Teile des Werks eigentlich von *Julian* stammen.¹¹

C. Interpretation

I. Ausgangspunkte

Die *narratio* ist mit dem *responsum* verknüpft. Die *quaestio* muss aus dem *responsum* erschlossen werden – das überrascht in *libri quaestionum*, ist aber nicht einzigartig.¹²

Im Folgenden sollen zunächst die *narratio* und die *quaestio* ermittelt werden, bevor das *responsum* analysiert wird. Dabei ist insbesondere die Heranziehung der *bonae fidei iudicia* von Interesse. Schließlich kann über die Urheberschaft verschiedener Bestandteile der Stelle spekuliert werden.

⁷ Zum Edikt: C. *Tanta*, § 18; *Bund*, Salvius Julianus, Leben und Werk, in: ANRW II.15, 1976, S. 408 (421 ff.).

⁸ *Schulz*, History of Roman Legal Science, 1946, S. 223; *Baldus/Söllner*, Römisches Recht, 2022, S. 153 f.

⁹ *Buhl*, Africans Quaestions und ihr Verhältnis zu Julian, in: SZ 2 (1881), 180 (191 f.); *Babusiaux*, Papinians Quaestiones, 2011, S. 16; *Gokel*, Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola, 2014, S. 351.

¹⁰ *Liebs* (Fn. 3), S. 107; dazu *Rodríguez-Ennes*, Algunas precisiones en punto a la vida y obra de Sexto Cecilio Africano, Iura 50 (1999), 129 (139 f.).

¹¹ Schon *Cuiacius* (Fn. 2), S. 1; *Honoré* (Fn. 5), S. 9: im Wesentlichen unveröffentlichte Werke Julians; für mehr Eigenständigkeit *Cerami*, Considerazioni, Iura 22 (1971), 127 (129); *Wacke*, Dig. 19, 2, 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt, in: ANRW II.15 (Fn. 7), S. 455 (462).

¹² Z. B. Afr. 5 quaest. D. 30.108.5.

II. *narratio* und *quaestio*

1. Struktur

Die Einleitung mit *cum* verwendet *Afrikan* regelmäßig.¹³ Auch Schilderungen des Sachverhalts mit *ego* und *tu* sind besonders in Questionenwerken nicht selten.¹⁴ Die vom konkreten Fall abstrahierende Einbeziehung des Juristen in die *narratio* durch *ego* spricht gegen einen Ursprung in der Respondierpraxis, passt aber zum mutmaßlichen Ursprung vieler Quaestionswerke im didaktischen Lehrgespräch.¹⁵

2. *quid tibi legatum legatum fideive tuae commissum sit*

Tu hat etwas¹⁶ erlangt – worum genau es geht, bleibt offen – wobei es hinsichtlich der Art des Erlangens anscheinend zwei Varianten gibt:

a) *legatum sit*

Zum einen kann *tu* als Legatar eine Einzelzuwendung aus der Erbschaft erhalten haben. Das Legat kann entweder ein dinglich wirkendes Vindikationslegat oder ein obligatorisch wirkendes Damnationslegat sein. Im ersten Fall wäre es mit der *rei vindicatio* vom jeweiligen Besitzer einzuklagen, im zweiten mit der *actio ex testamento* vom Erben.¹⁷ Das Abstellen auf *ex testamento* Erlangtes kurz darauf könnte eine bewusste Anlehnung an die Formel der *actio ex testamento*¹⁸ sein, was ein Indiz für ein Damnationslegat ist. Sicher feststellen lässt sich das aber nicht.

b) *fideive tuae commissum*

Tu kann aber auch ein Fideikommiss erhalten haben. Ein Fideikommiss ist eine Bitte des Erblassers an eine Person, die etwas aus der Erbschaft erhält, das Erhaltene – entweder die Erbenstellung als solche oder eine Einzelzuwendung¹⁹ – ganz oder zum Teil an eine andere Person weiterzugeben. Regelmäßig erfolgt sie mit den Worten *fidei tuae commisso*, mit *restitutio* bezeichnet man die

¹³ Z. B. Afr. 4 quaest. D. 5.3.56; Afr. 5 quaest. D. 30.108.2 – wohl jeweils als Variante des davor mit *Si* eingeleiteten Falles, vgl. *Lenel* (Fn. 1), Sp. 13.

¹⁴ Afrikan z. B. in D. 30.108.5; zu Pauli quaest. *Schmidt-Ott*, Pauli quaestiones, 1993, S. 102.

¹⁵ Dazu *Babusiaux* (Fn. 9), S. 17.

¹⁶ „*Quid*“ ist als „*aliquid*“ zu verstehen, so auch manche Handschriften, siehe *Mommesen/Krüger* (Hg.), *Editio maior*, 1870.

¹⁷ Gai. 2.192 ff.; *Lohsse*, Klage aus Testament, in: HRP (Fn. 6), § 97 Rn. 6 ff.; *Wimmer*, Dinglich wirkendes Vermächtnis, in: HRP (Fn. 6), § 60 Rn. 6.

¹⁸ *Mantovani*, Le formule del processo privato romano, 2. Aufl. 1999, S. 48 (51); *Lenel*, *Edictum perpetuum*, 3. Aufl. 1927, S. 367 f.

¹⁹ Gai. 2.248 ff.

Herausgabe.²⁰ Im zweiten Jahrhundert waren Fideikommissen einklagbar.²¹ An *fideire* verwundert, dass nach klassischem Recht unmittelbar aufgrund eines Fideikommisses nichts erlangt werden kann.²² Außerdem besteht ein Widerspruch in der Stelle, denn wenig später wird bei *eo legato* statt etwa *eo legato fideire commisso* von einem Legat ausgegangen.²³

Das wirft die Frage auf, ob sich die Verwendung von *fideire* erklären lässt.

aa) *fideire*

Tu kann vom Erben oder von einem Legatar ein Fideikommiss erhalten haben, der wiederum mit einem Fideikommiss belastet war.²⁴ Allerdings wäre nicht nur der Nutzen dieser komplizierten Konstellation zweifelhaft. Vor allem wäre es äußerst seltsam, in dieser Variante statt des Erwerbs nur die – wenig später nochmals formulierte – Pflicht zur Weitergabe zu behandeln, während die andere Variante mit Nennung des Legats auf den Erwerb abstellt.

Gleiches gilt für die Möglichkeit, die fideikommissarische Beschwerung eines Erben mit *fidei tuae commissum sit* zu umschreiben. Außerdem wäre dann die Sachverhaltsvariante *nihil praeterea ex testamento capias* sinnlos, da Mitte des zweiten Jahrhunderts bereits das *SC Pegasianum* sicherstellt, dass dem Erben mindestens $\frac{1}{4}$ des Erbes verbleibt.²⁵

Es kann sich auch nicht um ein Fideikommiss zulasten eines im Testament nicht Bedachten handeln: Derartige Anordnungen waren nicht möglich,²⁶ gegebenenfalls wurden sie als Fideikommiss zulasten des Erben ausgelegt.²⁷

Möglich ist aber auch, dass *fideire* ein ursprünglich hier stehendes *fideique* ersetzt hat.²⁸

²⁰ Gai. 2.248 ff.; Überblick bei *Longchamp de Bérier*, Il fedecommisso universale, 1997, S. 61.

²¹ Rüfner, Fideikommissen und ihre Durchsetzung; in: HRP (Fn. 6), § 98; zum Verfahren: *Giodice-Sabbatelli*, La tutela giuridica dei fedecommissi, 1993; *Babusiaux*, Zum Rechtsschutz von Fideikommissen, SZ 136 (2019), 140 ff.

²² Gai. 2.248, 260.

²³ Dazu unten **C. II. 3. d)** – möglicherweise interpoliert.

²⁴ Vgl. Gai. 2.271.

²⁵ Gai. 2.254; *Marrone*, Manuale di diritto privato romano, 2004, S. 394.

²⁶ Gai. 2.261; *Johnston*, The Roman law of trusts, 1988, S. 15.

²⁷ Ulp. 5 disp. D. 30.77; Afr. 5 quaest. D. 30.108.13; dazu *Wacke*, Fideicommissum a debitore relictum, TR 39 (1971), 257 ff.

²⁸ Zu Handschriften mit *fideique* siehe *Mommsen/Krüger* (Fn. 16); ferner *Kühler*, Die Haftung für Verschulden, in: SZ 39 (1918), 172 (204); *Nörr*, Die Entwicklung des

bb) *fideique*

Eine Konstruktion, in der *tu* ein Legat erhalten hat, das aber mit einem Fideikommiss zu *egos* Gunsten beschwert war, wird regelmäßig wie hier – nur mit *fideique* statt *fideire* – ausgedrückt.²⁹ Dass dem Legatar kein Vorteil verbleibt, steht der Wirksamkeit nicht entgegen.³⁰ Der Zweck einer solchen Konstruktion statt eines Legats für *ego* oder eines Fideikommisses auf der Erbschaft ist unklar. Vielleicht war ein Legat für *ego* nicht zulässig³¹ und der Erblasser vertraute *tu* mehr als seinem Erben, ein Fideikommiss zu erfüllen. In der Variante, in der dem Legatar ein Vorteil verbleibt, könnte die Sache zwischen Legatar und Fideikommissar zu teilen gewesen sein; möglicherweise spielten logistische Gründe eine Rolle.

Fraglich ist, wie *fideique* zu *fideire* geworden sein könnte. Eine absichtliche Veränderung kann infolge der spätantiken Gleichstellung von Legaten und Fideikommissen erfolgt sein.³² Nicht selten wurde dabei durch *-re* ausgedrückt, dass eine Regel für beide Institute galt.³³ *Fideire* zur Ergänzung der *narratio* durch eine weitere Variante wäre dagegen ungewöhnlich.

Zu Veränderungen kam es auch unabsichtlich, häufig durch Abschreibfehler oder falsch entzifferte Buchstaben.³⁴ Wegen der Ähnlichkeit von *-que* und *-re* ist das gut vorstellbar. Zudem dürfte *-re* einem oberflächlichen Schreiber auch stimmig vorgekommen sein: Legate und Fideikommissen werden oft in einem Zug genannt. Außerdem hat *vel* einen dialoghaften Charakter und fügt sich somit sprachlich harmonisch ein.³⁵ Unterlaufen sein könnte der Fehler sowohl einem

Utilitätsgedankens, SZ 73 (1956), 68 (102); *Voci*, Diritto ereditario romano II, 2. Aufl. 1963, S. 398 Fn. 19.

²⁹ Z. B. Iul. 42 dig. D. 30.97; Afr. 5 quaest. 30.108.5; Iul. 40 dig. D. 35.2.86.

³⁰ Gai. 1 fideicomm. D. 33.2.29; Iul. 39 dig. D. 30.96.2; *Voci* (Fn. 28), S. 231; *Betti*, Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione, 1958, S. 43.

³¹ Siehe z. B. Gai. 2.275.

³² *Betti* (Fn. 30), S. 41; zur Gleichstellung C. 6.43.2 (531), Ulp. 67 ed. D. 30.1, vertiefend dazu *Kaser/Knittel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2022, § 88 Rn. 2. Das erklärt auch, wieso manche Stellen wie C. 8.36.3, Maec. 8 fideicomm. D. 35.2.30.8 einen Erwerb „durch“ Fideikommiss anzudeuten scheinen.

³³ Z. B. Ulp. 62 ed. D. 2.12.5; Paul. 5 Sab. D. 19.1.2.1; Maec. 8 fideicomm. D. 35.2.30.2.

³⁴ *Liebs*, Wenn Fachliteratur Gesetz wird, SZ 135 (2018), 395 (440 ff.).

³⁵ Vgl. *Kühner/Stegmann*, Grammatik der lateinischen Sprache II, 2. Aufl. 1914, S. 107.

nachklassischen Bearbeiter³⁶ oder Schreiber als auch den justinianischen Kompilatoren.³⁷

cc) Fazit

Demnach ist eine Erklärung mit *fidei* schwer zu plausibilisieren. *Fideique* würde sich dagegen, wiewohl die Motive des Erblassers fraglich wären, sprachlich einfügen und eine gängige Konstellation beschreiben. Die Annahme eines Abschreibfehlers ist auch plausibel. Daher ist davon auszugehen, dass hier ursprünglich *fideique* stand.

3. *in exigendo*

Aufschluss über die Handlung, die Grundlage der Haftung sein soll, verleiht die Gerundivkonstruktion *in exigendo eo legato*. *Exigere* wird üblicherweise mit „verlangen“ oder „gerichtlich einfordern“ übersetzt,³⁸ *fideicommissum* beziehungsweise *legatum exigere* sind gewöhnliche Formulierungen für das Vorgehen sowohl des Fideikommissars gegen den beschwerten Erben oder Legatar als auch des Legatars gegen den Erben.³⁹ Daher bietet sich eine Übersetzung mit „beim Einfordern des Vermächtnisses“ an.

a) Verständnismöglichkeiten

Demnach scheint auf das Herausverlangen des Legats durch *tu* abgestellt zu werden. Das hätte ein enges Verständnis zur Folge: *Tu* haftete nur, wenn er mit *dolus* oder ggf. *culpa* die Sache nicht einfordert, etwa, weil er nicht oder falsch prozessiert.

Exigere könnte für sich genommen aber auch das Vorgehen des Fideikommissars gegen den Legatar beschreiben.

Schließlich könnte auf das Vorgehen des Legatars abgestellt werden und *exigere* dabei nicht nur das Einfordern bezeichnen, sondern auch die Weitergabe umfassen.

³⁶ Schulz (Fn. 8), S. 231, und Wieacker, Textstufen klassischer Juristen, 1960, S. 63, gehen von starken nachklassischen Bearbeitungen aus; für einen vorsichtigen Umgang mit solchen Annahmen Liebs (Fn. 34), S. 440 ff.

³⁷ Voci, Diligentia, Custodia, Culpa, SDHI 56 (1990), S. 29 (59).

³⁸ Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 10. Aufl. 1958, S. 191.

³⁹ Z. B. Paul. 1 fideicomm. D. 32.8 pr.; Scaev. 22 dig. D. 32.41.11.

b) *eo legato*

Eo legato legt nahe, dass es allein um das Einfordern des Legats durch den Legatar geht.

Hier stellt sich die Frage, ob *tu* – abweichend vom Regelfall⁴⁰ – überhaupt verpflichtet war, das Legat einzufordern. Einzelne Stellen deuten an, dass er bei fehlendem eigenem Interesse am Testament dem Fideikommissar die Wahrnehmung seiner Klagen zu ermöglichen hatte.⁴¹ Mithin war *tu* wohl verpflichtet, dazu beizutragen, dass das Fideikommiss den Bedachten erreichte – unterließ er das, könnte seine Haftung daran anknüpfen.

Die Formulierung könnte aber auch missverständlich sein: Vielleicht wird auf das Vorgehen des Fideikommissars gegen den Legatar abgestellt, und *eo legato* bezeichnet nur, worauf dieses Vorgehen gerichtet ist. In dem Fall, dass *tu* nicht das ganze Legat an *ego* herausgeben muss, wäre das allerdings unpräzise.

c) *Aufspaltung in exigere und restituere?*

Gegen das enge Verständnis von *exigere* spricht aber, dass damit eine Aufspaltung zwischen Haftung *in exigendo* und *in restituendo* (oder *in reddendo*) entstünde. In einem Rechtsstreit zwischen Fideikommissar und Fideikommissbeschwertem dürfte es aber immer darum gehen, ob Letzterer die Sache herausgeben kann – eine Auskunft nur für die Haftung *in exigendo* hilft also nicht weiter. Auch ist unklar, wieso unterschiedliche Haftungsmaßstäbe gelten sollten.

d) *Interpolationsverdacht*

In der Literatur wird vertreten, dass *eo legato* eine kompilatorische Ergänzung sei: Für die Kompilatoren habe ein Legat nur vorgelegen, wenn es zu einer bleibenden Bereicherung kam.⁴² Demnach wäre hier *eo fideicomisso* zu verstehen. Rätselhaft ist aber das Motiv für diese Einfügung: Vielleicht wollten sie ausgerechnet die hier anknüpfend an *eo legato* diskutierte Frage beantworten.

e) *Weites Verständnis von exigere?*

Vorstellbar ist noch, dass *exigere* zwar an sich auf das (Nicht-)Vorgehen aus dem Legat abstellt, aber so zu verstehen ist, dass auch die Weitergabe erfasst ist. Demnach wäre *in exigendo eo legato* mit „beim Herausverlangen und Weitergeben

⁴⁰ Pomp. 6 Sab. D. 30.38 pr.; vgl. Gai. 2.258.

⁴¹ Pap. 20 quaest. D. 31.70 pr., Paul. 1 fideicomm. D. 32.8 pr.

⁴² *Voci* (Fn. 37), S. 58; *Betti* (Fn. 30), S. 43; *d'Ors*, Las Questiones de Africano, 1997, S. 209; das zeige sich in I. 2.20.1, C. 6.43.1.4.

des Legats“ zu übersetzen. Wo *exigere* eine Handlung bezeichnet,⁴³ kann allerdings fast immer nur das Einfordern von etwas gemeint sein.⁴⁴ Insbesondere im Dotalrecht finden sich *exigere* und *restituere* oder *reddere* als zwei nebenbeziehungsweise hintereinanderstehende, getrennte Handlungen,⁴⁵ was dagegen spricht, dass das eine im anderen enthalten sein kann. Eine andere Deutung kommt aber in Proc. 6 epist. D. 18.1.68 pr. in Betracht: Der Verkäufer eines Grundstücks hat weiterhin die Pacht einzuziehen (*exigere*), sie soll *emptori accessurum esse*. Gefragt ist nach dem Maßstab seiner Haftung in *exigendo*. Auch hier ist zweifelhaft, ob damit nur das Vorgehen gegen den Pächter erfasst sein und somit die Haftung in *exigendo* von jener in *restituendo* getrennt betrachtet werden soll, oder ob beide Handlungen von in *exigendo* abgedeckt sein sollen.⁴⁶

f) Fazit

Inhaltlich überzeugt es nicht, getreu dem Wortlaut nur auf das Vorgehen des *tu* gegen den Erben abzustellen. Die Annahme eines weiten Verständnisses von *exigere* findet ein schwaches Fundament. Eine spätere Einfügung von *eo legato* mit der Bedeutung *eo fideicommisso* ist möglich, aber das Motiv ist zweifelhaft.

Die spätere Ergänzung eines Wortes lässt sich aber durch einen Schreiber, der eine Unklarheit glätten wollte, das weite Verständnis von *exigere* mit einem zwar raren, aber vorkommenden Sprachgebrauch plausibilisieren. Ein Abstellen nur auf die Haftung beim Herausverlangen erforderte dagegen zahlreiche Zusatzannahmen. Folglich geht es wohl um die Haftung des *tu* im Rahmen des Einforderns des Fideikommisses durch *ego*.

4. *nihil praeterea ex testamento capias*

Hier ist zu klären, wann genau diese Variante einschlägig ist.

a) ex testamento

Hier könnte allein auf mit der *actio ex testamento* einzuklagende Zuwendungen abgestellt werden. *Ex testamento* beschreibt meistens Damnationslegate.⁴⁷ Die Formulierung kann aber auch unspezifisch für alles, was jemandem in einem

⁴³ Und nicht z. B. eine Pflicht wie in Ulp. 4 ed. D. 2.13.8 oder das Einstehen für z. B. *culpa* wie in Paul. 10 Sab. D. 9.2.31.

⁴⁴ Z. B. Paul. 3 Sab. D. 12.6.6.2; Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.10; Paul. 6 ad Plaut. D. 23.3.56; Ulp. 2 de off. cons. D. 25.3.5.22; Pomp. 21 Sab. D. 46.3.19.

⁴⁵ Paul. 5 quaest. D. 24.3.44.1; Paul. 7 resp. D. 24.3.49 pr.

⁴⁶ In Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.4 ist eine ähnliche Deutung möglich.

⁴⁷ Z. B. Afr. 5 quaest. D. 30.108.5, 10.

Testament zugewendet werden kann,⁴⁸ verwendet werden, ferner als Oberbegriff für beide Legatsformen.⁴⁹ Da hier kein Grund erkennbar ist, nur auf Damnationslegate abzustellen, ist von einer weiten Verwendung auszugehen.

Ex testamento dient demnach nur dazu, anderweitig *mortis causa* Erlangtes auszuschließen, wofür insbesondere *donationes mortis causa* in Betracht kämen,⁵⁰ nicht aber ein Pflichtteilsrecht, weil die dafür einschlägige *querela inofficiosi testamenti* die Wirksamkeit des Testaments weitgehend aufhebt.⁵¹ Nicht erfasst wäre noch ein mit einem Kodizill, einer formlosen letztwilligen Anordnung von begrenztem Umfang, angeordneter Fideikommiss zu *tus* Gunsten.⁵² Wegen seiner Umständlichkeit ist dieser Fall eher nicht anzunehmen.

b) *nihil praeterea*

Es kam vor, dass ein mit einem Fideikommiss beschwerter Legatar oder Erbe das Zugewendete für eine gewisse Zeit nutzen durfte.⁵³ *Nihil praeterea* könnte so zu verstehen sein, dass nur erfasst ist, was über solche unmittelbar aus dem Legat hervorgehenden Vorteile hinausgeht. Allerdings würde das die saubere Unterscheidung zwischen den zwei Fällen erheblich erschweren. Naheliegender ist, dass „nicht mehr als der für die Weitergabe unerlässliche zeitweise Besitz“ gemeint ist.

5. Fazit

Tu hat ein mit einem Fideikommiss beschwertes Legat nicht bestimmbaren Typs erhalten. Gefragt ist nach dem Maßstab seiner Haftung beim Herausgeben an den Fideikommissar.

III. Responsum

1. *existimavit*

Die 3. Person Singular ohne Nennung eines Subjekts wirft die Frage auf, wer hier spricht. *Responsa* in der 3. Person Singular ohne erkennbares Subjekt ziehen sich durch das ganze Werk.

⁴⁸ Z. B. Gai. 1.25; Scaev. 19 dig. D. 32.38.6.

⁴⁹ Iul. 39 dig. D. 30.94.2.

⁵⁰ Deren Grund nicht der Tod ist, sondern eine Absprache *inter vivos*, dazu *Marrone* (Fn. 25) S. 345 Fn. 5.

⁵¹ Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.16; *Pugliese*, Istituzioni di diritto romano, 3. Aufl. 1991, S. 690.

⁵² Dazu *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 32) § 79 Rn. 24.

⁵³ Pap. 19 quaest. D. 31.67 pr.; Iul. 40 dig. D. 36.1.28.1; *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 32) § 89 Rn. 1.

a) *Africanus oder Julianus existimavit?*

Die wenigen Stellen, in denen eine 1. Person Singular hinzutritt, legen nahe, dass in der 3. Person Singular ein Jurist einen anderen zitiert. Die dominante Erklärung ist, dass es *Afrikan* ist, der *Julian* zitiert.⁵⁴ Man begründet das vor allem mit wenigen Stellen, in denen das ausdrücklich der Fall ist,⁵⁵ mit stilistischen und sprachlichen Ähnlichkeiten⁵⁶ und der Einfügung von „*Julian*“ in Schwestertextstellen in den Basiliken sowie in Scholien.⁵⁷ Die Auslassung des Subjekts wird damit erklärt, dass es sich um Mitschriften aus mündlich erteiltem Rechtsunterricht handle.⁵⁸ Daneben käme in Stellen wie hier auch in Betracht, dass der Verzicht auf die 1. P. eine Folge der Gesprächseinbettung ist – *ego* ist schließlich bereits an einen Akteur des Sachverhalts vergeben und kann daher nicht mehr als neutraler Entscheider auftreten.⁵⁹ Allerdings erscheint die 3. Person Singular bei *Afrikan* nicht nur in solchen Stellen.⁶⁰

b) *Sonstige Erklärungen*

Das häufige subjektlose *respondit* bei Scaevola wird zum Teil als Auflösung der Abkürzung „*r*“ erklärt.⁶¹ Hinweise auf die Verwendung von „*e*“ für *existimavit* gibt es aber nicht.

Ein unpersönliches „man“, für das man auf Deutsch gern die 3. Person Singular verwendet, wird im Lateinischen in der Regel im Passiv, wie hier im Folgesatz mit *servatur*, oder in der 3. Person Plural ausgedrückt.⁶²

Schließlich könnte der Text derart stark nachklassisch überformt worden sein, dass die verlässliche Ermittlung des Sprechers unmöglich ist. Das lässt sich aber auf diese Stelle soweit nicht stützen.⁶³

⁵⁴ Z. B. *Cuiacius* (Fn. 2), S. 1 f.; *Betti* (Fn. 30), S. 41; *d'Ors* (Fn. 42), S. 206.

⁵⁵ Afr. 2 quaest. D. 12.1.23; Afr. 9 quaest. D. 12.6.38 pr.; Afr. 8 quaest. D. 13.7.31; Afr. 4 quaest. D. 16.1.19.1, Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.4.

⁵⁶ *Honoré* (Fn. 5), S. 12 ff.; *Schulz* (Fn. 8), S. 230 f.

⁵⁷ *Buhl* (Fn. 9) S. 197; *Schulz* (Fn. 8), S. 230; *d'Ors* (Fn. 42), S. 15 Fn. 43.

⁵⁸ *Ayiter* (Fn. 4), S. 15; *Wacke* (Fn. 11), S. 462. Für Mündlichkeit an sich *Buhl* (Fn. 9), S. 191; skeptisch *Giaro* (Fn. 5), S. 211.

⁵⁹ *Ayiter* (Fn. 4), S. 15 f.

⁶⁰ Z. B. Afr. 5 quaest. D. 30.108.3.

⁶¹ *Schulz*, Überlieferungsgeschichte der *Responsa des Cervidius Scaevola*, in: FS Lenel, 1931, S. 143 (150 ff.); *Schulz* (Fn. 8), S. 224.

⁶² *Menge/Burkard/Schauer*, Lehrbuch der lateinischen Syntax und Semantik, 6. Aufl. 2000, S. 306; *Kühner/Stegmann* (Fn. 35), Bd. 1, S. 3 ff.

⁶³ Vgl. oben Fn. 36.

c) Fazit

Hier drängen sich keine neuen Hinweise zur Urheberfrage auf, sie muss daher unbeantwortet bleiben. Festzuhalten ist, dass der Autor hier wohl das *responsum* eines anderen Juristen wiedergibt.

2. Entscheidung

In einem Fall soll für *dolus*, im anderen auch für *culpa* einzustehen sein.⁶⁴ Herauszuarbeiten ist, was unter diesen Haftungsmaßstäben zu verstehen ist, und wieso beide Varianten verschieden beurteilt werden.

a) dolus und culpa

Für beide Ausdrücke beinhalten die Digesten zwar Definitionen,⁶⁵ sie wurden aber zumindest zeitweise recht uneinheitlich gebraucht und unterlagen zudem einem Wandel.⁶⁶ Fest steht nur, dass die Haftung für *dolus malus* enger ist als jene für *culpa*. Vermutet werden kann, dass hier *dolus* bei, modern gesprochen, vorsätzlicher und möglicherweise auch grob fahrlässiger Nichtleistung einschlägig ist, *culpa* bei Nichtleistung aus sonstigen, nicht rein zufälligen Gründen.⁶⁷ Was davon *tu* verwirklicht hat, ist nicht ermittelbar.

b) custodia

Eine *custodia*-Haftung erweiterte vermutlich in einigen Fällen, in denen der Schuldner zu seinem eigenen Vorteil Besitz an einer fremden Sache hatte, seine Haftung auf alles außer *vis maior*.⁶⁸ Hier wäre eine *custodia*-Haftung demnach in dem Fall, in dem *tu* einen Vorteil aus dem Testament erhält, denkbar. Voraussetzung dafür ist, dass er Besitz am *quid* erlangt hat. Allerdings ist auch in anderen Stellen, in denen es um die Herausgabe eines Fideikommisses geht, von ihr nicht die Rede.⁶⁹ Vermutlich war es also anerkannt, dass jemand, der mit einem Fideikommiss beschwert ist, nicht auf *custodia* haftet.

⁶⁴ Zur Übersetzung von *praestare* siehe auch *Cardilli*, L'obbligazione di „*praestare*“, 1995, S. 20 Fn. 47.

⁶⁵ Z. B. *culpa* in Paul. 1 manual. D. 50.16.226, *dolus* in Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.2.

⁶⁶ Wie sich u.a. in Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.2 zeigt; *De Robertis*, La disciplina della responsabilità contrattuale I, 1966, S. 31 f., 39 ff.; *De Falco*, Diligentiam *praestare*, 1991, S. 53 ff.

⁶⁷ So auch *Michel*, Gratuité en droit romain, 1962, S. 335. Spezialfall von *dolus* in ähnlichem Kontext: Pap. 18 quaest. D. 35.1.72.3.

⁶⁸ Gai. 3.206 f.; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.5; *Kaser/Knittel/Lohsse* (Fn. 32), § 46 Rn 15; zur schwierigen Quellenlage *Harke*, Custodia, 2022, S. 7 f.

⁶⁹ Ulp. 22 Sab. D. 30.47.4; Pap. 18 quaest. D. 35.1.72.3; Ulp. 5 disp. D. 36.1.23.3.

c) Unterschiedliche Beurteilung

Die beiden Varianten unterscheiden sich darin, dass in einem Fall *tu* einen Vorteil aus dem Testament erhält, im anderen nicht. Die Unterscheidung privilegiert damit denjenigen, der – als *nudus minister*⁷⁰ – ohne eigenes Interesse am Testament handelt. Das ist umso nachvollziehbarer, falls gar keine Pflicht besteht, ein beschwertes Legat einzufordern.⁷¹ Die Unbeachtlichkeit etwaiger *donationes mortis causa* spricht für eine hohe juristische Präzision.

Bei Heranziehung anderer Stellen entsteht der Eindruck, dass der fideikommisarisch Beschwerter – ein Erbe ebenso wie ein Legatar – zumeist für *culpa* und *dolus* haftete.⁷² Dass aber keine starren Regeln bestanden, legt Ulp. 5 disp. D. 36.1.23.3 nahe.⁷³ Vermutlich besteht hier eine Parallele zur Haftung eines mit einem Legat beschwerteten Erben.⁷⁴ Wenn demnach – die Indiziengrundlage bleibt dünn – grundsätzlich *culpa*-Haftung einschlägig war, ist das Interessante an der vorliegenden Entscheidung, dass für einen beschwerteten Legatar, der selbst keinerlei Vorteil erhält, eine Privilegierung greift. Vielleicht handelt es sich um ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: Der Regelfall war, dass ein Vorteil verblieb,⁷⁵ hier wird für einen eher seltenen Sonderfall eine Ausnahme statuiert. Nachweisen lässt sich das aber nicht, auch wenn vermutet werden kann, dass eine umständliche Konstruktion mit einem *nudus minister* eher selten war.

Interessant ist der Vorteil als Unterscheidungskriterium. Hierauf wird auch bei anderen Rechtsinstituten abgestellt, insbesondere bei der Haftung für *depositum* (Verwahrung) und *commodatum* (Leihe).⁷⁶ In der Literatur ist daher teils vom „Utilitätsprinzip“ oder „Utilitätsgedanken“ die Rede.⁷⁷

⁷⁰ Betti (Fn. 30), S. 43 f.

⁷¹ Dazu oben C. II. 3. b).

⁷² Marcian. 8 inst. D. 30.114.19; Pap. 18 quaest. D. 35.1.72.3; so auch *Voci* (Fn. 37), S. 102 Fn. 13; Grossi, I legati nel diritto romano II, 1962, S. 404, geht von stärkerer Abhängigkeit vom Einzelfall aus.

⁷³ Zur Klassizität Grossi (Fn. 72), S. 404.

⁷⁴ Dazu z. B. Pomp. 6 Sab. D. 30.48.1; Ulp. 25 Sab. D. 30.53.9; *Voci* (Fn. 28), S. 398, geht von Parallelität aus.

⁷⁵ So d'Ors (Fn. 42), S. 208.

⁷⁶ Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2; Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr.; Coll. 10.2.1-3; Gai. 3.205-207.

⁷⁷ Kübler, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung, in: FS Gierke, 1910, S. 235 ff.; ders., Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen, SZ 39 (1918), 172 ff.; Marton, Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain du responsabilité civile, RIDA 3, 177 ff.; teils kritisch Nörr (Fn. 28), S. 68 ff.; Navarra, Note in tema di “utilitas”, Labeo 50 (2004), 84 (130): *Utilitas* und *commodum* seien Synonyme.

d) *alioquin*

Interessant ist noch die Gegenüberstellung der beiden Varianten mit *alioquin*: Die Bezugnahme auf einen hypothetischen anderen Fall schafft Struktur. Ein solches Vorgehen identifizieren Teile der Sekundärliteratur als charakteristisch für *Julian* und *Afrikan*.⁷⁸ Auffällig ist ferner, dass *alioquin* typisch für *Afrikan*s Quaestiones ist, während es bei *Julian* nur sehr selten vorkommt.⁷⁹ Bei aller gebotenen Vorsicht⁸⁰ legt dieser Befund nahe, dass *Julian* nicht der Autor ist. Falls das *responsum* von *Julian* stammt, folgt daraus, dass der Autor, vermutlich *Afrikan*, dieses durch zusätzliche Ausführungen angereichert hat.

3. *sicut*-Satz

Der *sicut*-Satz stützt das Ergebnis wohl zusätzlich ab. Die Bezugnahme auf die *bonae fidei iudicia* ist ebenso interessant wie die Behauptung, bei diesen habe der gleiche nach erlangten Vorteilen differenzierte Haftungsmaßstab (Utilitätsgedanke) bestanden. Zu untersuchen ist deshalb, ob die Argumentation inhaltlich stimmig ist, und ob sie zu den bei *Julian* und *Afrikan* beobachteten Ansätzen von Systemdenken passt.

a) Das Vergleichsobjekt: *contractus bonae fidei*aa) *contractus bonae fidei*

Contractus fidei bonae dürfte diejenigen Rechtsgeschäfte bezeichnen, die mittels *bonae fidei iudicia* durchgesetzt werden. Diese räumen wegen der Bezugnahme auf die *bona fides* in der Klageformel dem *iudex* einen großen Beurteilungsspielraum ein.⁸¹ Die Verwendung von *contractus* statt *indicium* ist tendenziell nachklassisch, aber nicht per se „verdächtig“.⁸² Selten ist dagegen die Wortstellung – *bonae fidei contractibus* (oder *iudicii*) wäre üblich.⁸³ Das muss indes nicht auf einen nachklassischen Ursprung des gesamten Satzes hindeuten, sondern kann auch

⁷⁸ Für *Afrikan* *Buhl* (Fn. 9), S. 192 f.; *Cerami* (Fn. 11), S. 136; *Rodríguez-Ennes* (Fn. 10), S. 140; für *Julian* *Bund* (Fn. 7), S. 10 ff.

⁷⁹ 193x in Dig., davon 17x Afr. quaest., 5x bei *Julian*.

⁸⁰ Zur – begrenzten – Aussagekraft des Stils für die Urheberschaft *Nitsch*, Sprachliche Individualität der römischen Juristen, in: Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen, 2012, S. 207 (221 ff.).

⁸¹ Gai. 4.114; *Meissel/Novitskaya*, Bonae fidei iudicia, in: HRP (Fn. 6), § 78.

⁸² *Kaser*, Das römische Privatrecht II, 1975, S. 333 Fn. 13; *Navarra* (Fn. 77), S. 119 f.

⁸³ *De Medio*, Note su alcuni frammenti interpolati, Archivio Giuridico Filippo Serafini, IX/LXVIII (1902), 201 (226 f.) deshalb für Interpolation.

durch eine Wortverdrehung eines Schreibers in nachklassischer Zeit entstanden sein, dem diese Wortfolge intuitiv richtig vorkam.⁸⁴

bb) *commodum*

Commodum kann verschiedenste Vorteile unterschiedlichen Ursprungs beschreiben.⁸⁵

cc) *servatur*

Servatur (ut) beschreibt in der Regel eine gewisse Abstraktion.⁸⁶ Normalerweise wird so aber auf erheblich begrenztere Objekte Bezug genommen.⁸⁷

dd) Haftung bei *bonae fidei iudicia*

Allgemeine Aussagen zur Haftung bei *bonae fidei iudicia* trifft Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23:⁸⁸ Demnach wird bei *depositum* und *precarium* nur für *dolus* gehaftet, sonst auch für *culpa*. Darauf aufbauend wird vertreten, dass man den Haftungsmaßstab davon abhängig gemacht habe, wem ein Vorteil – *utilitas* oder *commodum* – zugewendet wird.⁸⁹ Eine entsprechende Argumentation findet sich in den Quellen aber nur zur Abgrenzung der Haftung bei *depositum* und *commodatum*.⁹⁰ Dagegen bestehen etwa beim Kauf starke Indizien dafür, dass der Verkäufer in klassischer Zeit nur für *dolus* haftete,⁹¹ und auch bei unentgeltlichen Geschäften wie *mandatum* und *negotiorum gestio* spricht nicht nur D. 50.17.23 gegen die nach dem *utilitas*-Gedanken erwartbare reine *dolus*-Haftung.⁹²

Die im *sicut*-Satz behauptete allgemeine Regel für die Haftung bei *bonae fidei iudicia* galt allenfalls vereinzelt.

⁸⁴ Ähnlich *Betti* (Fn. 30), S. 42; vgl. oben Fn. 34.

⁸⁵ Z. B. Iul. 40 dig. D. 36.1.28.10; Pap. 20 quaest. D. 22.1.3 pr.

⁸⁶ Vgl. z. B. Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15.5; Pomp. 3 ad Q. Muc. D. 45.1.109.

⁸⁷ Vgl. die Beispiele in Fn. 86: Vollstreckung des Urteils aus Pfandklage, Auslegung einer *stipulatio*.

⁸⁸ Übersicht bei *Navarra* (Fn. 77), S. 98.

⁸⁹ Vgl. oben Fn. 77 – Utilitätsgedanke.

⁹⁰ Wobei das *commodatum* trotz großer Ähnlichkeit wohl kein *bonae fidei iudicium* war: *Segrè*, Sull'età dei giudizi di buona fede di *commodato* e di *pegno*, in: *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda VI*, S. 331 ff.; *Scheibhreiter*, Klage aus Leihe, in: *HRP* (Fn. 6), § 86 Rn. 20 ff.

⁹¹ *Ernst*, Klagen aus Kauf, in: *HRP* (Fn. 6), § 79 Rn. 143 mit Überblick.

⁹² *Mandatum*: Übersicht über vertretene Ansichten bei *Heinemeyer*, Klage aus Auftrag, in: *HRP* (Fn. 6), § 82 Rn. 34. *Neg. gest.: Meissel*, Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag, in: *HRP* (Fn. 6), § 83 Rn. 32: keine starren Haftungsregeln, sondern einzelfallbezogen, siehe z. B. Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.9; Pomp. 21 ad Q. Muc. D. 3.5.10. Was man in D. 3.5.3.9 vielleicht als Utilitätsgedanken bezeichnen könnte, wird dort unter *aequitas* gefasst.

b) Überzeugungskraft des Vergleichs

aa) Stimmigkeit

Um die Überzeugungskraft des Vergleichs zu beurteilen, soll zunächst heutigen Kriterien folgend seine Stimmigkeit überprüft werden.

(1) Ursprung der Pflicht

Ein wesentlicher Unterschied besteht im Ursprung der Pflicht: Ein Vertragsverhältnis wird bewusst eingegangen, hier dagegen begründet die Anordnung eines Dritten die Pflicht.⁹³ Vereinzelt wird allerdings das Verhältnis zwischen Erben und Legataren als kontraktähnlich aufgefasst, was das Gewicht dieses Unterschieds etwas schmälert.⁹⁴ Auch mögliche Wurzeln des Fideikommisses im *mandatum* würden immerhin eine gewisse Verwandtschaft nahelegen.⁹⁵

(2) *bona fides*

Wie schon die Namen verraten, liegt sowohl dem Fideikommiss als auch den *bonae fidei iudicia* die *fides* zugrunde. Auch wenn dagegen eingewendet wird, dass die flexible *bona fides* die Anwendung eines rigiden Kriteriums wie der *utilitas* gerade ausschließt,⁹⁶ besteht damit doch eine Gemeinsamkeit.⁹⁷

(3) Gegenstand der Pflicht

Zur Herausgabe – genauer: Rückgabe – verpflichten manche *bonae fidei iudicia* wie *depositum* und *commodatum*, die meisten zielen auf etwas anderes ab.

(4) Interessenlage

Der Legatar, der selbst etwas erhält, hat ein eigenes Interesse am Testament, der *nudus minister* nicht. Die Interessenlagen ähneln insoweit denen des Entleihers und des Verwahrers (aber auch des Mandatars), was die Anwendung gleicher Haftungsmaßstäbe rechtfertigt. Allerdings kann es wohl kaum nur darauf ankommen, ob irgendeine der beiden Parteien einen Vorteil erlangt – das wird

⁹³ Deshalb hält d'Ors (Fn. 42), S. 208, den Satz für „unecht“; ähnlich *Voci* (Fn. 37), S. 59.

⁹⁴ Kübler (Fn. 28), S. 198, unter Bezugnahme auf Ulp. 59 ed. D. 42.4.3.3 und Ulp. 24 Sab. D. 50.17.19 pr.

⁹⁵ Dazu Johnston (Fn. 26), S. 22.

⁹⁶ Segrè (Fn. 90), S. 366.

⁹⁷ *Voci* (Fn. 37), S. 139; *Navarra* (Fn. 77), S. 110 ff.

schließlich bei jedem Vertrag angestrebt. Die Stelle ist daher zumindest ungenau formuliert.⁹⁸

Interessant ist noch, dass ausschließlich auf Interessen abgestellt wird, die aus dem Testament folgen. Das spricht für Präzision und für eine bewusste Gleichsetzung der aus dem Testament hervorgegangenen Beziehung mit einer aus einem Vertrag folgenden.

(5) Fazit

Es ist nicht stimmig, hier auf alle *bonae fidei iudicia* Bezug zu nehmen. Soweit aber nur auf die (*aliqua*) *bonae fidei iudicia* Bezug genommen wird, bei denen der Utilitätsgedanke wohl bereits bei *Gaius* anerkannt war, nämlich *commodatum* und *depositum*, bestehen nur kleinere Unterschiede wie der, dass hier ein Dritter mit einer Vertragspartei gleichgestellt wird. Das ist nicht unstimmig, denn es soll ja gerade auf etwas Ähnliches, nicht auf Gleiches, Bezug genommen werden.

bb) Systemdenken bei *Afrikan* und *Julian*

(1) Inhalt

Im Allgemeinen arbeiteten die römischen Juristen jedenfalls nicht übermäßig abstrahierend.⁹⁹ Gerade bei *Julian* und auch bei *Afrikan* werden aber häufiger Ansätze von systemhaftem Denken und Theorienbildung beobachtet.¹⁰⁰ Besonders *Julian* stellte dabei auch abstrahierende Rechtssätze auf und wandte Regeln für andere Fälle auf Regelungslücken an,¹⁰¹ wozu er sich selbst auch theoretisch äußerte.¹⁰² Auch „anlehnende“ Bezugnahmen auf ähnliche Fälle, die wohl vor allem ein Ergebnis zusätzlich absichern sollten, kommen vor, nicht selten ausgedrückt mit *sicut(i)*.¹⁰³ Zeitgleich mit dem Aufkommen solcher Argumente wurde es anscheinend auch üblicher, unter Bezugnahme auf

⁹⁸ *Segrè* (Fn. 90), S. 366; *Michel* (Fn. 67), S. 334 f.

⁹⁹ *Nörr* (Fn. 28), S. 68; *Ankum*, Utilitatis causa receptum, in: FS David I, 1968, S. 1 (2); anders aber *Cuena-Boy*, Sistema jurídico y derecho romano, 1998.

¹⁰⁰ Siehe oben **C. III. 2. d).**

¹⁰¹ *Reggi*, L'interpretazione analogica in *Salvio Giuliano I*, *Parmensi II* (1952), S. 116 (130); *Gallo*, Alle origini dell'analogia, in: *GS Provera*, 1994, S. 37 (43); *Vaccà*, Metodo casistico e sistema prudenziale, 2006, S. 207 ff.; *Bund* (Fn. 7), S. 445, aber skeptisch ggü. dem Begriff der Analogie.

¹⁰² Iul. 59/90/15 dig. D. 1.3.10-12.

¹⁰³ Iul. 16 dig. D. 23.1.11; Iul. 36 dig. D. 30.91.7; Iul. 39 dig. D. 30.92.2; dazu *Bund* (Fn. 7), S. 18 ff.

abstrakte Kategorien zu argumentieren,¹⁰⁴ wozu die Interessenlage zählt.¹⁰⁵ Die Bezugnahme auf andere Rechtsinstitute und auf abstrakte Kategorien passt also an sich durchaus zum Denken *Julians* und wohl auch *Afrikan*s. Allerdings ist die Weite der Bezugnahme auf alle *bonae fidei iudicia* äußerst ungewöhnlich.¹⁰⁶

(2) Sprache

Wie schon festgestellt, verwendet *Julian* mehrfach *sicut(i)* für Anlehnungen an andere Fälle. *Sicut* war in der Spätantike verbreitet, kam aber bereits in klassischer Zeit vor.¹⁰⁷ *Julian* und insbesondere *Afrikan* verwenden das Wort überproportional häufig.¹⁰⁸ Regelmäßig ist *sicut* in den Afr. quaest., wie hier, an das eigentliche *responsum* angehängt. Dabei wird aber sonst nur auf ein konkretes Rechtsinstitut in einem konkreten Fall Bezug genommen.¹⁰⁹

cc) Fazit

Die Anlehnung an einen anderen Fall durch einen an das eigentliche *responsum* angehängten *sicut*-Satz ist im zweiten Jahrhundert nicht ungewöhnlich. Die Bezugnahme auf die gesamte Kategorie der *bonae fidei iudicia* verwundert aber, weil die Parallelisierung inhaltlich fragwürdig und außerdem das Bezugsobjekt viel weiter ist als bei anderen, ähnlichen Anlehnungen.

c) Versuch einer Zuordnung

Nach alldem besteht ein Fundament, um über die Urheberschaft zu spekulieren: Der *sicut*-Satz kann zu dem gehören, was vermutlich *Afrikan* dem *responsum* von vermutlich *Julian* hinzufügte.¹¹⁰ Allerdings kann diesen Juristen eine Anlehnung dieser Weite mit zudem fragwürdigem Inhalt nicht unterstellt werden. Mit der für sich genommen wenig verdächtigen Formulierung *contractibus fidei bonae* besteht ein Indiz für Veränderungen durch einen späteren und, was sich auch im ungenauen Abstellen auf den Vorteil einer beliebigen Partei äußert, juristisch weniger versierten Bearbeiter. Möglicherweise stand hier ursprünglich eine kompliziertere Begründung, die nur auf *depositum* und *commodatum* Bezug nahm, wo der Utilitätsgedanke als Begründung des Haftungsmaßstabs anerkannt war.

¹⁰⁴ Wieacker, Offene Wertungen bei den römischen Juristen, SZ 94 (1977), 1 (29 ff.).

¹⁰⁵ Seidl, Wege zu Julian, in: FS Lübtow, 1970, S. 215 (221); Ankum (Fn. 99), S. 5 mit verschiedenen Bedeutungsfacetten.

¹⁰⁶ Siehe die Beispiele in Fn. 109; Michel (Fn. 67), S. 350.

¹⁰⁷ Vgl. *sicut* bei Gai. und in Codexstellen.

¹⁰⁸ Von ca. 300x *sicut* in den Digesten 12x Afr., 36x Iul.; von ca. 180x *sicuti* 8x Afr., 20x Iul.

¹⁰⁹ Z. B. Afr. 8 quaest. D. 3.5.48; Afr. 4 quaest. D. 28.2.16; Afr. 5 quaest. D. 30.108.6.

¹¹⁰ In diese Richtung *Voci* (Fn. 37), S. 58, 102 Fn. 13.

Diese Begründung könnte dem Bemühen um Vereinfachung zum Opfer gefallen sein. Wenn es stimmt, dass der Utilitätsgedanke etwa im vierten Jahrhundert eine gewisse Akzeptanz gefunden hatte,¹¹¹ kann die Veränderung ab dieser Zeit vorgenommen worden sein, möglicherweise auch erst durch die Kompilatoren.¹¹²

4. Fazit

Es handelt sich wohl um eine Entscheidung *Julians*, die *Afrikan* wiedergibt und ergänzt. Der Kern der Entscheidung ist, dass ein Legatar, dessen Legat vollständig mit einem Fideikommiss belastet ist, abweichend vom Normalfall des Fideikommissbeschwerten nur für *dolus* haftet. Der Entscheidung liegt zugrunde, dass der Legatar in diesem Fall keine eigenen Interessen am Testament hat. Damit wendet *Julian* einen Gedanken an, der für die Haftung des Verwahrers bereits akzeptiert war. Das kann als innovativ gelten, war aber nicht völlig ungewöhnlich. Der *sicut*-Satz kann ursprünglich dazu gedient haben, diese Bezugnahme auszudrücken, er ist aber in seiner heutigen weiten Form nicht klassisch.

D. Vergleich zum BGB

Da es im BGB kein Fideikommiss gibt, fällt ein Vergleich schwer. Ein Vorerbe ist zwar teils vergleichbar, hat aber jedenfalls rechtlich stets einen Nutzen. Der Utilitätsgedanke hat es aber insoweit ins BGB geschafft, als regelmäßig bei der Haftung begünstigt wird, wer unentgeltlich handelt. Das äußert sich z. B. in § 599 BGB mit der Beschränkung der Haftung des Verleihers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und in § 690 BGB mit der, vom römischen Recht stärker abweichenden, Beschränkung der Haftung des unentgeltlichen Verwahrers auf *diligentia quam in suis*.¹¹³

¹¹¹ Nörr (Fn. 28), S. 110.

¹¹² Torrent, Factum debitoris, culpa debotoris, scientia debitoris, FS Álvarez-Suárez, S. 493 (512 ff); Luzzatto, Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I, 1938, S. 79: Kompilatoren hätten *utilitas*-Gedanken zu abstraktem Schema ausgebaut; dagegen Voci (Fn. 37), S. 142: Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23 zeige das geringe Interesse der Kompilatoren am *utilitas*-Gedanken.

¹¹³ Lohsse, in: BeckOGK-BGB, Stand: 11.12.2024, § 599 Rn. 2; Hessler, in: MüKo-BGB V, 9. Aufl. 2023, § 690 Rn. 1.