

Maximilian Leo Linckersdorff*

Ius deterius facere non potuisset.
**Materiell- und prozessrechtliche Überlegungen zu
D. 16.3.33**

Abstract

Sklaven kam im antiken Rom eine große wirtschaftliche Bedeutung zu und auch die klassischen Juristen setzten sich in verschiedenen Kontexten mit ihnen auseinander. Obschon Sklaven selbst nicht rechtsfähig waren, konnten sie unter bestimmten Voraussetzungen für ihre Herren am Rechtsverkehr teilnehmen. In Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 wird ein solches Rechtsgeschäft geschildert: Ein Sklave schließt einen Verwahrungsvertrag in der Sonderform der Sequestration mit einem Dritten ab. In der Sache geht es sodann um die Klage des Herren gegen den Verwahrer. Dabei stellen sich insbesondere Fragen zur Klagekonkurrenz. Die Exegese zeigt die verschiedenen Schwierigkeiten beim Verständnis des Fragments auf und untersucht unter Heranziehung von weiteren Quellen auch die Frage, inwieweit für die Entscheidung des Juristen materiellrechtliche Erwägungen bedeutsam waren.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag entstand als Studienarbeit im Schwerpunktbereich Rechtsgeschichte und historische Rechtsvergleichung bei Herrn Prof. Dr. Baldus und wurde redaktionell betreut von stud. iur. Moritz Barth.

A. Textstelle und Übersetzung

Labeo libro sexto posteriorum a Iavoleno epitomatorum

Servus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maevium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. Posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam vindicare, quia servus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset.

Labeo im sechsten Buch seines von Javolen epitomierten Nachlasses

Dein Sklave hat [gemeinsam] mit Attius das [streitige] Geld bei Maevius in sequestrale Verwahrung gegeben, unter der Bedingung, dass es dir zurückgegeben würde, wenn du beweisen kannst, dass es dir gehört, wenn nicht, dass es Attius zurückgegeben würde.

Ich habe gesagt, es könne gegen den, bei dem [das Geld] hinterlegt wurde, auf das Unbestimmte geklagt werden, das heißt auf Vorlage, und [anschließend] könne das Vorgelegte vindiziert werden, weil der Sklave durch die [eigenmächtige] Hinterlegung deine Rechtslage nicht verschlechtern konnte.

B. Inskription

Die Inskription weist das Fragment Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 als aus dem von Javolen epitomierten Nachlass des Labeo entnommen aus.

Der wahrscheinlich aus dem samnitischen Unteritalien stammende Jurist Marcus Antistius Labeo, Sohn des Pacuvius Antistius Labeo, einem der Mitverschwörer gegen Gaius Iulius Caesar,¹ wirkte in den Jahrzehnten um die Zeitenwende. Sein Geburtsdatum wird auf etwa 48 v. Chr. geschätzt,² sein Todesdatum muss zwischen 15 und 20 n. Chr. liegen.³

Im *cursus honorum* erreichte Labeo die Prätur.⁴ Das ihm angetragene Suffektkonsulat lehnte er ab,⁵ da er dem Prinzipat des Augustus kritisch gegenüberstand.⁶ Für diese Charakterstärke und für seinen republikanischen

¹ Kunkel, Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung, 2. Aufl. 1967, unveränderter Nachdruck 2001, S. 114.

² Koblbaas, Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo, 1985, S. 11.

³ Pernice, Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Teil A I, 1873, Neudruck 1963, S. 13.

⁴ Kunkel (Fn. 1), S. 114.

⁵ Pomp. l. s. enchirid. D. 1.2.2.47.

⁶ Pernice (Fn. 3), S. 14 f.

Freiheitssinn wurde er vielfach gelobt.⁷ Sein Einfluss auf die römische Rechtswissenschaft wird als ausgesprochen hoch eingeschätzt, *Kalb* bezeichnet ihn gar als den meistzitierten Juristen.⁸ Er gilt ferner als Begründer der prokulianischen Rechtsschule.⁹ Sein umfangreiches Werk, das u. a. *responsa*, *epistulae* und Ediktskommentare enthielt, ist nur durch Bearbeitungen anderer klassischer Juristen überliefert; direkte Zitate finden sich in den Digesten nicht.¹⁰

Gaius Octavius Tadius Tossianus Lucius Iavolenus Priscus, der um das Jahr 49 n. Chr. geboren wurde, durchlief den *cursus honorum* in für einen *homo novus* eindrucksvoller Weise – so diente er u. a. als Statthalter in mehreren Provinzen und bekleidete das sakrale Amt eines *pontifex*.¹¹ Überdies gehörte er dem *consilium* des Trajan an, hatte das *ius respondendi*¹² und war Schuloberhaupt der Sabinianer.¹³ Sein in den Digesten mit 240 Fragmenten vertretenes Werk setzt sich zusammen aus den *epistulae*, den Schriften *ex Plantio* und *ex Cassio* sowie seinen Bearbeitungen der *libri posteriores* des Labeo.¹⁴

Diese finden sich in den Digesten als zwei unterschiedlich inskribierte Fragment-Reihen: Iav. (I – X) ex post. Labeonis und Lab. (I – VI) post. a Iav. epit.¹⁵ Beide Reihen gehören zur Textgattung der kommentierenden Epitome.¹⁶ Das hier untersuchte Fragment stammt aus den auch als Labeo-Reihe bezeichneten Lab. post. a Iav. epit.,¹⁷ welche der Appendix-Masse angehören.¹⁸

C. Interpretation

Das Fragment gliedert sich in zwei Teile: Die Schilderung des Sachverhalts (**C.I.**) und eine begründete Rechtsauskunft (**C.II.**). Eine ausdrückliche *quaestio* fehlt hingegen.

⁷ *Pernice* (Fn. 3), S. 14 f.; Tac. ann. 3.75.1.

⁸ *Kalb*, Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt, 2. Aufl. 1975, S. 43.

⁹ *Ebd.*

¹⁰ *Kohlhaas* (Fn. 2), S. 17.

¹¹ *Mantbe*, Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus, 1982, S. 27; Todesdatum unbekannt.

¹² Zur Bedeutung des *ius respondendi*: *Mantbe*, Geschichte des Römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 89.

¹³ *Mantbe* (Fn. 11), Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus, S. 28.

¹⁴ *Ebd.*, S. 31.

¹⁵ Theorien zu den Reihen und ihrer Genese: *Jörs*, M. Antistius Labeo, in: Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft I, 1894, S. 2548 (2553); *Schulz*, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, S. 257.

¹⁶ *Kohlhaas* (Fn. 2), 3 f.

¹⁷ *Ebd.*, S. 2, 22.

¹⁸ *Mantovani*, Digesto e masse bluhmiane, 1987, S. 102.

I. Sachverhalt

Die *narratio* erfolgt prägnant in einem Satz, wobei die beteiligten Personen und die relevanten Rechtsinstitute benannt werden.

1. „*pecuniam...deposuit*“

Der Sklave des Adressaten („*servus tuus*“¹⁹) hat Geld in Verwahrung gegeben („*deposuit*“¹⁹). Die römische Verwahrung (*depositum*) verpflichtete den Verwahrer zur unentgeltlichen Obhut über eine Sache.²⁰ Dabei verblieb das Eigentum i. d. R. beim Hinterleger und die Rückgabepflicht bezog sich auf genau die Sache, die hinterlegt worden war.²¹ Wurde aber, wie hier, Geld hinterlegt, stellt sich die Frage, ob der Verwahrer die hinterlegten Münzen zurückgeben²² oder lediglich den entsprechenden Nominalwert auszahlen musste.²³ Dies wird an anderer Stelle zu untersuchen sein.²⁴

2. „*in sequestre*“

Das Geld wurde bei Maevius „*in sequestre*“ hinterlegt.

a) *sequestratio*

Die *sequestratio* war eine Sonderform der Verwahrung,²⁵ bei der mehrere Hinterleger einem sog. *sequester* eine Sache übergaben, über die eine *controversia*, d. h. eine gerichtlich ausgetragene Streitigkeit,²⁶ bestand.²⁷ Der *Sequester* war eine unparteiische Person,²⁸ der beide Seiten vertrauten.²⁹ Zur näheren Ausgestaltung der Sequestration, u. a. zur Regelung der Rückgabe der Sache, wurden *condiciones*

¹⁹ „*Deposuit*“ üblich, um Akt des Hinterlegens zu beschreiben: Afr. 7 quaest. D. 16.3.16, Paul. 54 ad ed. D. 41.2.3.20, und Gai. 2 aur. D. 44.7.1.5.

²⁰ Kaser/*Knüttel/Lobsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 49 Rn. 14. Zu den Schwierigkeiten der Qualifikation des *depositum* als Realvertrag vgl. Kaser/*Knüttel/Lobsse*, § 48 Rn. 7 f.; grundsätzliche Zweifel an der Existenz einer Kategorie der Realverträge im klassischen römischen Recht bei Wegmann *Stochebrand*, *Obligatio re contracta*. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht, 2017, S. 244 ff.

²¹ Inst. 3.14.3. – Ausnahme: *depositum irregulare*, vgl. Valmaña, *El depósito irregular en la jurisprudencia romana*, 1996, S. 7.

²² Dabei üblich die Verwahrung in einem „*sacculum*“, vgl. Paul. 2 sent. D. 16.3.29.pr.

²³ Klami, *Mutua magis videtur quam deposita*. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen, 1969, S. 7 ff.

²⁴ C. I. 2. c).

²⁵ Zum Sondercharakter: Flor. 7 inst. D. 16.3.17.pr.

²⁶ Litenski, *Studien zur Verwahrung im römischen Recht*, 1978, S. 56 Fn. 46.

²⁷ Mod. 6 pand. D. 50.16.110; Paul. 2 ad ed. D. 16.3.6 und Flor. 7 inst. D. 16.3.17.pr.

²⁸ *Sequester* abgeleitet von *secus*, vgl. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, Neudruck 1992, S. 219.

²⁹ Longo, *Corso di diritto romano. Il deposito*, 1933, S. 152.

vereinbart.³⁰ Diese Voraussetzungen scheinen hier alle erfüllt: Der Sklave hinterlegte das Geld „*cum Attio*“, der wahrscheinlich die gegnerische Partei in der *controversia* war.³¹ Auch eine *condicio* wird erwähnt.

b) Übersetzung von „in sequestre“³²

Das Wort *sequester* kann sowohl Substantiv³³ als auch Adjektiv³⁴ sein. Bei der adjektivischen Verwendung („in [*deposito*] *sequestre*“) wäre es auf die Verwahrung selbst bezogen. Bei der substantivischen Verwendung gäbe es zwei Möglichkeiten: Sequester könnte den Maevis meinen. Dann verwundert aber die Konstruktion – zweckmäßiger und stilistisch besser wäre <*apud (Maevium) sequestrem*> gewesen.³⁵ Maevis und der Sequester könnten aber auch personenverschieden gewesen sein. So könnte Maevis als Sklave des Sequesters gehandelt haben. Dann wäre das Geld zugleich „*apud Maevium*“ und „in sequestre“ hinterlegt worden. Eine Sichtung der Quellenlage zeigt aber, dass der Blankettname Maevis in aller Regel nicht Sklaven, sondern Freie bezeichnete.³⁶ Damit überzeugt keines der beiden Szenarien einer substantivischen Verwendung von „in sequestre“. Näher liegt die Verwendung als Adjektiv, was auch vom adjektivischen Gebrauch von „in sequestre“ in Paul. 2 ad ed. D. 16.3.6 gestützt wird.

c) Eigentumserwerb des Sequesters?

Wie angedeutet, kam es bei Geldverwahrungen häufig zur Übereignung der Münzen an den Verwahrer. Bei der Sequestration wollten die Parteien das Geld allerdings jedem Zugriff entziehen. Dass der Sequester es verwenden durfte und nur dem Nominalwert nach zurückgeben musste, ist daher schwer vorstellbar.³⁷ Dafür, dass das Eigentum bei der Sequestration wohl meist beim Hinterleger

³⁰ Paul. 2 ad ed. D. 16.3.6.

³¹ Auch *Devilla*, *Actio incerti*, 1932, S. 39, sieht *Attius* als „*aversario*“ des *dominus*.

³² Zweifel an Echtheit, ohne Begründung: *Beseler*, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Zweites Heft, 1911, S. 130.

³³ *Sequester, -tris m*; so *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung III, Digesten 11 – 20*, 1999, S. 354 („bei *Maevius*...einem Sequester übergeben“).

³⁴ *Sequester, -tris, -tre*; so *Schipani*, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandecta. Digesti o pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione III, 12 – 19*, 2007, S. 259 („*sotto forma di sequestro*“) und *Scotti*, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, 2008, S. 98 („*a titolo di sequestro*“).

³⁵ So in *Flor. 7 Inst. D. 16.3.17.pr.* und *Ulp. 30 ad ed. D. 19.5.18.*

³⁶ Vgl. u. a. *Iul. 2 dig. D. 2.10.3.2, Mod. 2 resp. D. 2.14.35* und *Iul. 2 ad Urs. Ferocem. D. 10.2.52.pr.*

³⁷ So auch *Walter*, *Die Funktionen der actio depositi*, 2012, S. 338.

blieb, spricht auch Flor. 7 Inst. D. 16.3.17.1: „*Proprietas...manet*“. Sprachlich steht der Annahme eines *depositum irregulare* ferner entgegen, dass *tu* aufgefordert wird, zu beweisen, dass er Eigentümer sei („*tuam esse probasses*“) – hätte er sein Eigentum durch die Verwahrung verloren, müsste er richtigerweise beweisen, dass er Eigentümer *gewesen* sei („*tuam fuisse probasses*“).³⁸ Das Geld wurde somit nicht an Maevius übereignet und die Rückgabepflicht bezog sich auf die hinterlegten Münzen.

3. „*servus tuus*“

Der Akt der Hinterlegung wurde von einem Sklaven („*servus tuus*“) vorgenommen.

Sklaven und andere Personen *alieni iuris* konnten durch ihr Handeln grundsätzlich Forderungen für ihre Gewalthaber erwerben.³⁹ Daher ist denkbar, dass eine wirksame Sequestration zustande kam und der *tu* die *actio sequestraria depositi*⁴⁰ erwarb. Allerdings deutet der letzte Satz des Fragments auf etwas anderes hin: Der Sklave konnte keine nachteilige Veränderung des Rechts / der Rechtslage seines Herren bewirken. Was dies konkret bedeutet, wird an anderer Stelle untersucht.⁴¹ Es kann aber bereits konstatiert werden, dass sich der Sachverhalt in gewisser Hinsicht vom Normalfall, in dem ein Sklave für den Herrn hinterlegte und für ihn die *actio depositi*⁴² erwarb,⁴³ unterscheiden muss. Möglich wäre etwa ein eigenmächtiges Handeln des Sklaven.⁴⁴

4. „*ea condicione*“

Die Hinterlegung erfolgte (unter) „*ea condicione*“. Im Folgenden wird untersucht, wie diese Wendung zu übersetzen und verstehen ist.

a) *condicio*

Im einfachen Verwahrungsvertrag musste der Verwahrer die Sache auf Verlangen unverzüglich herausgeben.⁴⁵ Bei der Sequestration war die Herausgabepflicht an eine *condicio* geknüpft.⁴⁶ Unter den Begriff der *condicio*

³⁸ Artner, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, 2002, S. 91 Fn. 123.

³⁹ Zimmermann (Fn. 28), S. 51.

⁴⁰ Im Folgenden *a. seq. dep.*

⁴¹ Siehe **C. II. 2. a)**.

⁴² Im Folgenden *a. dep.*

⁴³ So z. B. in Ulp. 30 ad ed. D. 16.3.1.17 und Ulp. 30 ad ed. D. 16.3.1.30.

⁴⁴ Näher dazu unter **C. II. 2. b) aa)**.

⁴⁵ Ulp. 30 ad ed. D. 16.3.1.22.

⁴⁶ Zur *condicio* in der *sequestratio*: Paul. 2 ad ed. D. 16.3.6.

können – streng technisch verstanden – aufschiebende Bedingungen sowie – in allgemeinerer Bedeutung – sonstige Vertragsabreden fallen.⁴⁷ Nach der vorliegenden *condicio* war das Geld nur an den *tu* herauszugeben, wenn er sein Eigentum beweisen konnte. „*Probasses*“, als synkopierte Verbalform im Konjunktiv Plusquamperfekt,⁴⁸ drückt dabei die denklagische Vorzeitigkeit des zu erbringenden Beweises vor der Herausgabe des Geldes aus.⁴⁹ Die Herausgabepflicht hing vom zukünftigen und ungewissen Ausgang eines Eigentumsstreits ab. Mithin liegt eine technische Verwendung des Begriffes vor und eine Übersetzung mit „Bedingung“ ist angemessen.⁵⁰

b) *Hintergrund: controversia*

Welche Art von *controversia* über das Geld bestand, wird nicht erwähnt. Die *condicio*, die den Eigentumsbeweis zur Voraussetzung für die Rückgabe machte, deutet aber darauf hin, dass es gerade das Eigentum am Geld war, über das gestritten wurde. Dies liegt auch deshalb nahe, weil die Sequestration, neben der allgemeinen Sicherung der Sache, häufig den Zweck verfolgte, eine *usucapio* (Vorläuferin der heutigen Ersitzung) zu verhindern.⁵¹ Das plausibelste Szenario ist daher ein Vindikationsprozess (*vindicatio nummorum*).⁵² Stimmt man dem zu, kann man den zu erbringenden Eigentumsbeweis als das Erlangen einer gerichtlichen Entscheidung verstehen, die das Eigentum des Obsiegenden feststellt.⁵³ Ob der Sklave das Geld vor oder während dieses Prozesses hinterlegte, ist der Quelle nicht zu entnehmen.

c) *reddere – Rückschluss auf Besitzverhältnisse?*

Verwunderlich ist die zweifache Verwendung von „*reddetur*“: Sähe man *reddere* als auf den Besitz⁵⁴ bezogen, würde die Doppelung keinen Sinn ergeben, es sei

⁴⁷ Kaser/*Knüttel/Lohsse* (Fn. 20), § 20 Rn. 1 f.; *Nicosia*, *Profili istituzionali di diritto privato romano*, 2017, S. 210 f.

⁴⁸ Eigentlich *probanisses*; zu synkopierten Verbalformen: *Kühner/Holzweissig*, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache*, Erster Teil: Elementar-, Formen- und Wortlehre, 2. Aufl. 1912, unveränderter Nachdruck 1966, S. 776 ff.

⁴⁹ Zur Vorzeitigkeit in der *consecutio temporum* vgl. *Throm*, *Lateinische Grammatik*, 1964, S. 236.

⁵⁰ In anderen Quellen zum *depositum sequestre* mag eine Übersetzung als „Vertragsabrede“ o.ä. treffender sein, vgl. *Litenski* (Fn. 26), S. 52 f.

⁵¹ *Zimmermann* (Fn. 28), S. 220; d.h. aber nicht, dass die *controversia* stets ein Eigentumsstreit sein musste, *Litenski* (Fn. 26), S. 58.

⁵² So auch *Walter* (Fn. 37), S. 338; *Kaser*, *Die formula der actio ad exhibendum*, in: *Studi in onore di Edoardo Volterra III*, 1971, S. 545 (557) und *Litenski* (Fn. 26), S. 57.

⁵³ So auch *Litenski* (Fn. 26), S. 53.

⁵⁴ Hier und nachfolgend im geltend rechtlichen Sinne verwendet als „tatsächliche Sachherrschaft“; die römische *possessio* unterschied sich teils erheblich von diesem

denn, das Geld hätte sich zuvor im Mitbesitz beider Parteien befunden. Nur dann könnte die tatsächliche Sachherrschaft – unter Ausschluss des anderen Teils – *nieder* eingeräumt werden. Weitere Hinweise auf einen früheren Mitbesitz gibt es aber nicht. Vielmehr könnte *reddere* bedeuten „demjenigen geben, der nach der *condicio* berechtigt ist.“ Hier ist der Berechtigte der, dessen Eigentum bewiesen wird. Da *reddere* auch in Paul. 2 ad ed. D. 16.3.6 eher auf die Berechtigung als auf die früheren Besitzverhältnisse bezogen ist, verdient diese Deutung den Vorzug. Rückschlüsse auf die vorherigen Besitzverhältnisse können aus „*redderetur*“ nicht gezogen werden.

5. Zusammenfassung der bisherigen Erkenntnisse

Aus diesen Ausführungen ergibt sich folgender Sachverhalt: Der Sklave des *tu* hat – möglicherweise eigenmächtig – gemeinsam mit Attius Geld beim Sequester Maevius hinterlegt. Dabei wurde dieses aber nicht übereignet. Über das Eigentum an diesem Geld stritten Attius und *tu*. Bei wem sich das Geld vorher befand, ist unbekannt. Nach der *condicio* sollte das Geld an den herausgegeben werden, der sein Eigentum beweist. Inwieweit die Sequestration wirksam war, bleibt vorerst offen.

II. Rechtsauskunft

Auf die Sachverhaltsschilderung folgt ein *responsum*, welches dem *tu* Auskunft darüber erteilt, wie er juristisch vorgehen kann. Diese Rechtsauskunft wird sodann begründet. Im Folgenden werden zunächst der Rechtsrat und anschließend seine Begründung unter verschiedenen Gesichtspunkten untersucht.

1. Herausgabeklage gegen den Sequester

a) *Vorbemerkung: Wie lautete die Rechtsfrage?*

Dem *tu* wird mitgeteilt, er könne „*incerti agere*“. Die korrespondierende *quaestio* könnte gelautet haben: „Wie kann ich den Sequester auf Herausgabe des Geldes verklagen?“

b) „*incerti agere, id est ad exhibendum*“

aa) Hinführung

Grundsätzlich konnte bei der Sequestration mit der *a. seq. dep.* auf Herausgabe

Verständnis. Flor. 7 inst. D. 16.3.17.1 belegt aber auch den Erwerb der *possessio* eines Sequesters.

geklagt werden.⁵⁵ Die Wendung „*id est ad exhibendum*“ ist aber ein Hinweis auf eine *actio ad exhibendum*.⁵⁶ Die *a. ad ex.* war eine Klage, die auf die Vorlage einer Sache gerichtet war. Sie diente u. a. dem Zweck, den Gegner zur Einlassung auf die *litis contestatio* einer *rei vindicatio*⁵⁷ zu bewegen.⁵⁸

Für die Funktion der Vorlegungsklage als Vorbereitung einer *r. v.* spricht hier auch „*et exhibitam vindicare*“.

bb) „*incerti agere*“ – die *intentio* in der Prozessformel

Für das Verständnis des *responsum* ist „*incerti agere*“ von besonderer Bedeutung. Der Terminus *incertum* bezieht sich auf das römische Formularverfahren. Die Formeln dieses Verfahrens bestanden i. d. R. aus *demonstratio*, *intentio*, (*adiudicatio*) und *condemnatio*.⁵⁹

Die *demonstratio*, wenn vorhanden, beschrieb kurz die *res de qua agitur*.⁶⁰ Die *intentio* konkretisierte das Klagebegehren.⁶¹ Dabei konnte entweder der zu leistende Gegenstand genau bezeichnet werden (z. B. 100 Sesterzen) – sog. *intentio certa* – oder die *intentio* beschrieb nur die Umstände des Streites und die Anspruchsgrundlage, unterließ aber eine Präzisierung des zu Leistenden – sog. *intentio incerta*.⁶²

cc) „*incerti agere*“ – die *intentiones* der Klagen

Bei der *a. seq. dep.* war die *intentio* nicht auf einen konkret bezeichneten Gegenstand, sondern auf das nach dem Inhalt des Sequestrationsvertrages Geschuldete gerichtet, womit sie eine *intentio incerta* hatte.⁶³ Die *a. ad ex.* enthielt zwar in der *condemnatio* ein *incertum*,⁶⁴ in der *intentio* allerdings nicht.⁶⁵ Da der

⁵⁵ Zum Verhältnis der *a. seq. dep.* zur *a. dep.*: *Litenski*, *Figure speciali di deposito*, in: *Labeo. Rassegna di Diritto Romano* 20, 1974, S. 405 (411 f.).

⁵⁶ Im Folgenden *a. ad ex.* Für diese Verwendung von *exhibere* bei Labeo auch *Pomp.* 16 *epist. D.* 50.16.246.pr.

⁵⁷ Im Folgenden *r. v.*

⁵⁸ *Walter* (Fn. 37), S. 333.

⁵⁹ *Gai.* 4.39.

⁶⁰ *Gai.* 4.40.

⁶¹ *Gai.* 4.41.

⁶² *Nicosia* (Fn. 47), S. 121.

⁶³ *Ebd.*, S. 122.

⁶⁴ *Lenel*, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. Aufl. 1927, 2. Neudruck 1974, S. 220: „*Quanti ea res erit.*“

⁶⁵ *Kaser*, *Die formula der actio ad exhibendum*, in: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 47, 1967, S. 263 (272); *Pernice*, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Teil E III, 1893, Neudruck 1963, S. 208 Fn. 2; anders *Lenel*

Terminus „*incerti agere*“ auf die *intentio* bezogen ist, fällt ein *incertum* in der *condemnatio* nicht darunter.⁶⁶ Vor diesem Hintergrund kann „*incerti agere*“ kaum die *a. ad ex.* gemeint haben.

dd) Echtheit

Die Unvereinbarkeit von „*incerti agere*“ und „*id est ad exhibendum*“ lässt Zweifel an der Echtheit einer oder beider Wendungen aufkommen.

(1) „*id est ad exhibendum*“

Für eine Interpolation von „*id est ad exhibendum*“⁶⁷ sprechen das behelrende und häufig justinianische „*id est*“ sowie, dass „*id est ad exhibendum*“ in den Digesten ein Hapaxlegomenon ist. Denkt man sich zwecks Überprüfung der These, „*incerti agere*“ meine nicht die *a. ad ex.*, den Einschub „*id est ad exhibendum*“ sowie das darauf bezogene „*et exhibitam vindicare*“ weg, erhält man folgende Rechtsauskunft: *Tu* könne „*incerti agere*“, weil der Sklave sein Recht/seine Rechtslage nicht verschlechtern konnte. Obwohl die *a. seq. dep.* eine *intentio incerta* hatte, könnte sie in diesem Szenario kaum mit „*incerti agere*“ gemeint sein, andernfalls wäre die Begründung obsolet: Die *a. seq. dep.* war genau die Klage, die man hier erwarten würde. Sie zu gewähren, wäre nicht in dieser Weise begründungsbedürftig. Auch eine *condictio* an Stelle der *a. ad ex.* kommt nicht in Betracht, da sie genauso wie diese keine *intentio incerta* hatte.⁶⁸ Wie im Falle einer Interpolation von „*id est ad exhibendum*“ das ursprüngliche *responsum* gelautet haben soll, ist daher unklar.

(2) „*incerti*“ und „*id est*“

Man könnte stattdessen auch „*incerti*“ und „*id est*“ für interpoliert halten: „*[incerti] agere [id est] ad exhibendum*“.⁶⁹ Diese These verzichtet auf allzu weitgehende Interpolationsunterstellungen, eliminiert den Widerspruch zwischen „*incerti*“ und der *a. ad ex.* und streicht auch das in Ermangelung von „*incerti*“ obsolete, lehrhafte „*id est*“. Grund für diese Interpolation könnte der Wille der Kompilatoren

(Fn. 64), S. 222 ff., der u. a. aus Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 in zirkelverdächtiger Weise darauf schließen will, dass die *a. ad ex.* eine *intentio incerta* hatte.

⁶⁶ Dagegen verweist Kaser (Fn. 65), S. 276, auf die unstarre Begriffswelt der Römer.

⁶⁷ Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, Pars altera*, 1901, S. 432; Pernice (Fn. 65), S. 208 Fn. 2 und Lenel (Fn. 64), S. 224.

⁶⁸ Marrone, *Actio ad exhibendum*, 1959, S. 531. Zur Nichtklassizität der *condictio incerti*: Beseler (Fn. 32), S. 131; Pflüger, *Condictio und kein Ende. Eine Antikritik und auch eine Selbstkritik*, in: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum, 1911, S. 40 und Devilla (Fn. 31), S. 40.

⁶⁹ Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, 1907, S. 78; Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1910, S. 11 und Marrone (Fn. 68), S. 527.

gewesen sein, die *a. ad ex.* mit der *actio praescriptis verbis* zu einer einheitlichen Vertragsklage mit Vorlegefunktion zu verschmelzen.⁷⁰ Gegen die Einfügung von „*incerti*“ wenden sich *Kaser* und *Artner* mit der Vermutung, im Ursprungstext habe „*incerta condemnatio(ne)*“ gestanden, womit die *a. ad ex.* gemeint gewesen sei.⁷¹ Diese Wendung gibt es aber kein einziges Mal in den Digesten. Plausibler bleibt also die These einer nachträglichen Ergänzung des Textes um *incerti* und *id est*.

ee) Fazit

Der Widerspruch zwischen „*incerti agere*“ und „*id est ad exhibendum*“ erklärt sich, wenn man „*incerti*“ und „*id est*“ für interpoliert hält. Der Ursprungstext gewährte ohne Umschweife die *a. ad ex.*

c) „*et exhibitam vindicare*“

aa) Zweifel an Echtheit

An „*incerti...exhibendum*“ ist „*et exhibitam vindicare*“ angeschlossen. Man könnte, als Arbeitshypothese, davon ausgehen, die Begründung („*quia...non potuisset*“) sei auf die Entscheidung bezogen, den *tu* nicht auf die wegen des Eigentumsbeweises nachteilige *a. seq. dep.* zu verweisen und ihm stattdessen eine vorteilhaftere Klage zu gewähren.⁷² In diesem Falle könnte man geneigt sein, die Echtheit von „*et exhibitam vindicare*“ zu bezweifeln,⁷³ da auch bei der *r. v.* ein Eigentumsbeweis erforderlich war und sie dem *tu* daher keinen Vorteil gebracht hätte.

bb) Prozessuale Unterschiede der Klagen

Dieses inhaltliche Interpolationsindiz könnte aber entkräftet werden, wenn es andere Vorteile der *r. v.* gegenüber der *a. seq. dep.* gab. Der Eigentumsbeweis bei der Sequestration musste womöglich – auf Anweisung des *index* – gegenüber dem Sequester erbracht werden, während er im Rahmen der *r. v.* vor dem *index* selbst erfolgte.⁷⁴ Daraus ergibt sich für die *r. v.* der rechtliche Vorteil der Judikaterfüllungssicherheit.⁷⁵ Im Übrigen hatte die Verurteilung bei der *r. v.*, anders als bei der *a. dep.*, keine infamierende Wirkung für den Beklagten.⁷⁶ Dies

⁷⁰ *Marrone* (Fn. 68), S. 532. Oder textliche Ergänzung durch Glossator, so *Lenel* (Fn. 64), S. 224.

⁷¹ *Kaser* (Fn. 52), S. 557 und *Artner* (Fn. 38), S. 92.

⁷² Siehe auch **C. II. 2. a)** cc).

⁷³ Zweifel an Echtheit u. a. bei *Marrone*, *Contributi in tema di legittimazione passiva alla "rei vindicatio"*, in: *Studi in onore di Gaetano Scherillo I*, 1972, S. 341 (373 Fn. 105) und *Walter* (Fn. 37), S. 339.

⁷⁴ *Beseler* (Fn. 32), S. 131.

⁷⁵ *Ebd.*

⁷⁶ *Walter* (Fn. 37), S. 313.

konnte von Vorteil sein, wenn die Parteien sich kannten und ohne die Gefahr der Infamie des Beklagten streiten wollten.⁷⁷ Zudem war bisweilen die Zuständigkeit für den Kläger bei der *r. v.* günstiger als bei der *a. (seq.) dep.*⁷⁸

cc) Fazit

Gegen die Interpolation von „*et exhibitam vindicare*“ spricht, dass – gerade, wenn man unterstellt, das *responsum* habe dem *tu* Klagen gewährt, die für ihn günstiger waren als die *a. seq. dep.* – die *r. v.* in prozessualer Hinsicht durchaus einige Vorteile gegenüber der vertraglichen Klage bot. Zudem wollte *tu* die Herausgabe des Geldes. Hielte man aber „*et exhibitam vindicare*“ für interpoliert, stünde die *a. ad ex.* allein. Das Klageziel der *a. ad ex.* war nur die Vorlage der Sache, nicht ihre Herausgabe. Sie hätte dem *tu* nicht bei der Durchsetzung seines Klagebegehrens geholfen. Erst in Verbindung mit der *r. v.* ergibt die *a. ad ex.* aus Sicht des Klägers Sinn. Eine Interpolation von „*et exhibitam vindicare*“ ist somit unplausibel.

d) *controversia* bereits entschieden?

Die *controversia* könnte zum Zeitpunkt des *responsum* bereits entschieden gewesen sein. So geht Kaser davon aus, *tu* habe den Eigentumsstreit gewonnen.⁷⁹ Dagegen wendet sich Walter, der seine Ablehnung damit begründet, *tu* hätte von der *a. seq. dep.* Gebrauch machen können, wenn er im Eigentumsstreit gesiegt hätte.⁸⁰ Dass er dies gekonnt hätte, ist zwar richtig, da die *condicio* bei einem günstigen Urteil im Vindikationsprozess erfüllt gewesen wäre. Allerdings liegt Walters Argumentation das bereits erschütterte Vorverständnis zugrunde, es sei dem *tu* primär darum gegangen, den Eigentumsbeweis zu vermeiden.⁸¹ Insofern ist der Einwand gegen die These vom bereits entschiedenen Eigentumsstreit nicht schlagkräftig. Die These selbst findet indes auch keine Anhaltspunkte im Text und bleibt spekulativ.

e) Sprachliche Beobachtung: „*Posse dixi*“ als *Hapaxlegomenon*

In sprachlicher Hinsicht fällt die das *responsum* einleitende Wendung „*posse dixi*“ auf, welche in dieser Form in den Digesten nur in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 vorkommt. Dies wirft die Frage nach dem Grund für die Verwendung der einmaligen Formulierung auf. Grundsätzlich steht im Lateinischen an erster

⁷⁷ Walter (Fn. 37), S. 313.

⁷⁸ Ebd.

⁷⁹ Kaser (Fn. 52), S. 557.

⁸⁰ Walter (Fn. 37), S. 339 Fn. 692.

⁸¹ Siehe C. II. 1. c) bb).

Stelle das Subjekt,⁸² was in diesem Falle die Person des Sprechers im Verb „*dixi*“ wäre. Abweichungen von diesem Grundsatz erfüllen regelmäßig eine bestimmte Funktion.⁸³ Hier kommt die Fallgruppe des Aufgreifens einer Handlung des vorherigen Satzes, bzw. die der Weiterführung einer Erzählung in Betracht.⁸⁴ Im vorherigen Satz steht zwar nur die *narratio* und von einer Klage ist nicht die Rede. Aus dem Gesamtkontext ergibt sich aber eine recht klar rekonstruierbare *quaestio*, nämlich die Frage, wie der *tu* gegen den Maevius klagen konnte.⁸⁵ Auf diese implizit gestellte *quaestio* nimmt „*posse dixi*“ Bezug. Insoweit ist die Inversion grammatikalisch erklärbar.⁸⁶ Man könnte vor diesem Hintergrund zwar mutmaßen, ein Kompilator habe eine ehemals explizit gestellte *quaestio* aus dem Text entfernt und die Inversion sei gewissermaßen ein Relikt der verschwundenen *quaestio*. Allerdings bestehen am Inhalt der *quaestio*, wie bereits festgestellt, keine ernsthaften Zweifel, sodass wahrscheinlich bereits der ursprüngliche Verfasser auf sie verzichtete und die Inversion insoweit als Bezugnahme auf das Offensichtliche verstand.

2. Begründung der Entscheidung

Die Entscheidung, die *a. ad ex.* und die *r. v.* zu geben, wird mit „*quia...non potuisse?*“ begründet.

a) Was bedeutet „*ius deterius facere?*“?

Für das Verständnis der Begründung ist zunächst zu ermitteln, wie „*ius*“ zu verstehen ist und worin die Verschlechterung dieses „*ius*“ bestanden hätte, wenn der Sklave sie hätte bewirken können.

aa) Verwendung von „*ius deterius facere*“ in den Digesten

Die Wendung „*ius deterius facere*“ wird in den Digesten auf unterschiedliche Weise gebraucht: In Iul. 16 dig. D. 23.5.7.1. geht es um die Dienstbarkeit an einem Grundstück. „*Ius fundi deterius factum*“ ist damit auf die dingliche Rechtslage bezogen. Gai. 29 ad ed. provinc. D. 2.11.8 hingegen spricht von der möglichen Verschlechterung eines „*actoris ius*“ durch Verzug („*ex mora*“) – „*ius*“ meint hierbei wohl die prozessuale Situation des Klägers. Auch in Ulp. 7 ad ed.

⁸² Menge, Lehrbuch der lateinischen Syntax und Semantik, Neubearbeitung von Burkhard und Schauer, 2000, S. 577.

⁸³ Ebd.

⁸⁴ Ebd., S. 577 f.

⁸⁵ Siehe dazu oben C. II. 1. a).

⁸⁶ Wie häufig derartige Inversionen in den Digesten im Allgemeinen und in den Werken Labeos und Javolens im Besonderen sind, kann an dieser Stelle nicht weiter untersucht werden.

D. 2.9.1.1 geht es um ein „*ius actoris*“ im prozessualen Kontext. Die Beispiele für die mögliche Verschlechterung dieses „*ius actoris*“ gehen aber über rein Prozessuales hinaus: Genannt werden Eigentumsverlust, der Verlust einer Klage oder sonstige Nachteile. In Ulp. 7. ad ed. D. 2.9.1.1 bezeichnet „*ius*“ also die allgemeine Rechtslage.

bb) Verschlechterung des dinglichen Rechts?

Mit „*ius*“ könnte in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 genau wie in Iul. 16 dig. D. 23.5.7.1 das dingliche Recht, d. h. das Eigentum am Geld, gemeint sein.⁸⁷ Eine Übereignung an den Maevius wurde aber als sehr fernliegend eingeschätzt.⁸⁸ Da so wenig für eine Übereignung oder auch nur die Absicht zu einer solchen spricht, wäre die ausführliche Begründung („*quia...*“) unnötig.

cc) Vorrang der *actio (sequestraria) depositi*?

Möglicherweise war – wie in Gai. 29 ad ed. provinc. D. 2.11.8 – an eine Verringerung der prozessualen Handlungsmöglichkeiten des *tu* gedacht worden. Dies wäre der Fall, wenn der Erwerb der *a. seq. dep.* andere potenziell vorteilhaftere Klagen, wie die *a. ad ex.* und die *r. v.*, verdrängte. Denkbar wäre, dass der Prätor, obwohl die Voraussetzungen aller drei Klagen vorlagen,⁸⁹ den Kläger auf die *a. seq. dep.* verwies. Ob ein solcher Vorrang der Vertragsklage bestand, ist anhand weiterer Quellen zu untersuchen.

(1) Vorrang vor *actio ad exhibendum*?

In Iul. 48 dig. D. 9.2.42 gewährt Julian wegen der Zerstörung einer (Testaments-)Urkunde neben der *a. dep.* und der *actio legis Aquiliae* auch die *a. ad ex.*⁹⁰ Das in Alex. A. Mestrio mil. C. 4.34.1 (a. 234) überlieferte Reskript gewährt gegen die Erben eines Verwahrers die *a. dep.*, die *a. ad ex.* und die *r. v.*:⁹¹ Dabei suggeriert die Formulierung „*tam...quam*“, die *a. ad ex.* und die *a. dep.* seien regelmäßig beide anwendbar gewesen. Schließlich wird auch in Pap. 3 resp. D. 16.3.25.pr. mit „*ut exhibeat...etiam actione depositi*“ die *a. dep.* gegeben. Aus dem „*etiam*“ kann man schließen, dass neben der *a. dep.* eine weitere Klage anwendbar war, mit der die

⁸⁷ So wohl bei Artner (Fn. 38), S. 91.

⁸⁸ Siehe C. I. 2. c).

⁸⁹ Bei der *r. v.* war dabei das Vorliegen der Passivlegitimation entscheidend: Nach Ulpian genügt dafür, dass der Verwahrer die Sache und die *facultas restituendi* hat, Ulp. 16 ad ed. D. 6.1.9 – einschränkend Walter (Fn. 37), S. 331. An Besitz und *facultas restituendi* des Maevius bestehen hier jedenfalls keine Zweifel.

⁹⁰ Für einen Ausnahmecharakter dieser Stelle: Walter (Fn. 37), S. 342 und 344.

⁹¹ Marrone (Fn. 68), S. 582 Fn. 430, hält „*set etiam in rem vindicatio*“ für die Ergänzung eines nachklassischen Bearbeiters.

Vorlage erreicht werden konnte: Die *a. ad ex.*⁹² Diese untersuchten Stellen zeigen, dass grundsätzlich die *a. dep.* und *a. ad ex.* nebeneinander anwendbar waren und kein Vorrang der Vertragsklage bestand.⁹³

(2) Vorrang vor *rei vindicatio*?

Zunächst sei erneut auf Alex. A. Mestrio mil. C. 4.34.1 (a. 234) verwiesen, wo alle drei Klagen gewährt wurden. Aber auch Ulp. 16 ad ed. D. 6.1.9 spricht für eine gleichzeitige Anwendbarkeit der *a. dep.* und der *r. v.* Weitere Quellen, die dies eindeutig belegen, fehlen. Allerdings fehlt auch jeder Hinweis, dass die Prätores dazu neigten, die *r. v.* zu verweigern und den Kläger auf die *a. (seq.) dep.* zu verweisen.⁹⁴

(3) Fazit der Untersuchung

Ein Vorrang der *a. (seq.) dep.* gegenüber der *a. ad ex.* und *r. v.* lässt sich in den Quellen nicht belegen. Mit „*ius deterius facere*“ war also keine Verringerung des prozessualen Handlungsspielraums des *tu* gemeint.

dd) Rechtliche Nachteile der *sequestratio*?

Da weder eine Verschlechterung der dinglichen Rechtslage noch ein prozessualer Nachteil denkbar sind, bleibt die Möglichkeit, dass der Sequestration rechtliche Nachteile immanent waren, auf die sich „*ius deterius facere*“ bezog: Eine primäre Leistungspflicht traf zwar lediglich den Maevius. Allerdings konnten Verwahrer in bestimmten Situationen eine *a. dep. contraria* gegen die Hinterleger erheben, etwa um sich Aufwendungen und Schäden, die durch die verwahrte Sache verursacht wurden, ersetzen zu lassen.⁹⁵ Ob Sequester Zurückbehaltungsrechte hatten, ist umstritten, aber durchaus denkbar.⁹⁶ Eine weitere Gefahr mag in der Möglichkeit einer Herausgabeklage des Attius gelegen haben, bei welcher

⁹² Walter (Fn. 37), S. 343.

⁹³ Gegen den denkbaren methodischen Einwand, drei Quellen seien nicht repräsentativ: Das in den Quellen weitaus häufigere Szenario, dass nur die *a. ad ex.* und nicht die *a. dep.* gegeben wurde, war vielleicht gerade wegen des Ausfalls der *a. dep.* von größerem Interesse, wohingegen die gleichzeitige Anwendbarkeit beider Klagen der unproblematische Normalfall war.

⁹⁴ Eine ähnliche Bewertung der Quellenlage auch bei Marrone (Fn. 68), S. 580 f., und Walter (Fn. 37), S. 314. Anders hingegen Siber (Fn. 69), S. 79, der aus Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 einen zweifelhaften Umkehrschluss darauf ziehen will, dass die Grundregel gerade nicht in der Konkurrenz zwischen *r.v.* und *a. dep.*, sondern im Vorrang der Vertragsklage bestanden habe.

⁹⁵ Kaser/Knüttel/Lohse (Fn. 20), § 49 Rn. 18.

⁹⁶ Vgl. Walter (Fn. 37), S. 359 ff.

Maevius als Schiedsrichter⁹⁷ fungiert hätte. Dadurch hätte Attius auf prozessualen Wege den Besitz an der Sache erlangen können – zweifelsohne ein erheblicher Nachteil für *tu*.

ee) Fazit

Auf welche Verschlechterung mit „*ius deterius facere*“ angespielt werden sollte, liegt nicht auf der Hand. Die plausibelste Deutung ist, dass an die potenziell nachteiligen Auswirkungen einer wirksamen Sequestration auf die Rechtslage des *tu* gedacht wurde.

b) „*non potuisset*“ – *Unwirksamkeit der sequestratio*?

Vor dem Hintergrund, dass die besorgte Verschlechterung der Rechtslage in den rechtlichen Nachteilen der Sequestration bestand, stellt sich die Frage nach der Bedeutung von „*non potuisset*“: Sollte damit die – modernrechtlich gesprochen – „materiellrechtliche“ Aussage getroffen werden, der Vertrag sei unwirksam? Dann käme es, anders als in der Arbeitshypothese unterstellt,⁹⁸ gar nicht darauf an, ob die Entscheidung vorteilhaft für den *tu* war, sondern sie wäre schlicht das Ergebnis der Anwendung einer Regel des inneren Systems.

aa) Hinführung: Die Haftung eines Gewalthabers

Gewaltunterworfenen konnten, wie schon eingangs erwähnt, grundsätzlich wirksam Rechtsgeschäfte mit Wirkung für ihre Gewalthaber abschließen.⁹⁹ Für den Erwerb von Rechten und Forderungen gab es in dieser Hinsicht kaum Einschränkungen; Wissen und Wollen des Gewalthabers waren i. d. R. irrelevant für den Erwerb.¹⁰⁰ Anderes galt aber für Verpflichtungsgeschäfte:¹⁰¹ Diese führten nur unter bestimmten Umständen zu klagbaren Forderungen (sog. adjektivische Haftung) gegen den Gewalthaber, z. B., wenn sie aus dem *peculium* getätigt worden waren¹⁰² oder der Gewaltunterworfenen sie mit Ermächtigung oder auf Weisung (*iussum*) des Gewalthabers abgeschlossen hatte.¹⁰³ Diesen adjektivischen Klagen lag also stets ein bestimmtes Verhalten des Herrn

⁹⁷ Zum Schiedsrichteramt des Maevius vgl. *Beseler* (Fn. 31), S. 131.

⁹⁸ Siehe **C. II. 1. c) aa**.

⁹⁹ Siehe **C. I. 3**.

¹⁰⁰ *Buckland*, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, 1908, S. 155; sogar *vetante domino*: Iul. 2 ex Minic. D. 45.1.62; speziell zur *a. dep.* siehe **C. I. 3**.

¹⁰¹ Auch für Verfügungsgeschäfte, die hier aber nicht interessieren. Vgl. hierzu *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 20), § 21 Rn. 15 und § 25 Rn. 10.

¹⁰² Zur *actio de peculio (vel de in rem verso)* vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 20), § 60 Rn. 5.

¹⁰³ Sog. *actio quod iussu*, vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 20), § 60 Rn. 11.

zugrunde, durch das er dem Gewaltunterworfenen „Autorität“ verliehen, oder ihn – modernrechtlich gesprochen – berechtigt hatte.¹⁰⁴ Eine solche Abstufung der Verantwortlichkeit eines Gewalthabers für das Verhalten seiner Gewaltunterworfenen existierte im Übrigen nicht nur im Vertragsrecht,¹⁰⁵ sondern auch im Bereich außervertraglicher Haftung.¹⁰⁶ Die Begrenzung der Haftung des Gewalthabers für das eigenmächtige Handeln eines Gewaltunterworfenen ist also ein allgemeines Prinzip des römischen Privatrechts.

bb) Untersuchung anderer Quellen

Ob diese prinzipielle Haftungsbegrenzung in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 gar zur Unwirksamkeit der Sequestration führte, wird im Folgenden anhand weiterer Quellen untersucht.

(1) C. 4.34.1 – keine *a. (seq.) dep.* in D. 16.3.33

In Alex. A. Mestrio mil. C. 4.34.1 (a. 234) wird neben der *a. ad ex.* und der *r. v.* ausdrücklich die *a. dep.* gegeben. In Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 wird die *a. seq. dep.* hingegen nicht erwähnt. Die vergleichende Betrachtung beider Quellen lässt vermuten, in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 sei die *a. seq. dep.* nicht gewährt worden. Zwar könnte man gegen diesen Umkehrschluss argumentieren, es seien nicht stets alle Klagemöglichkeiten explizit benannt worden, sondern nur die für den Adressaten interessanten. Allerdings gibt für Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 keinen Grund, die *a. seq. dep.* nicht zu erwähnen, zumal sie die Klage ist, von der man erwartet hätte, sie würde an erster Stelle genannt. Daher scheint die *a. seq. dep.* in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 nicht gegeben worden zu sein.¹⁰⁷

(2) D. 13.6.2 und D. 13.6.1.2 – Unwirksamkeit

In Paul. 29 ad ed. D. 13.6.2 wird dem Kläger die *actio commodati* gegen einen *furiosus* verwehrt und er wird auf die *a. ad ex.* und die *r. v.* verwiesen. Das Fragment nimmt durch „*nec*“ auf Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.1.2 und die dortige Begründung Bezug: Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.1.2 stellt klar, dass gegen *impuberes* nicht mit der *actio commodati* geklagt werden kann, da der Vertrag ohne die förmliche Zustimmung des *tutor* keinen Bestand habe („*nec constitit*“). Die *responsa* –

¹⁰⁴ Vgl. Zimmermann (Fn. 28), S. 52.

¹⁰⁵ Hierzu interessant: Paul. 6 brev. D. 14.1.6.pr.

¹⁰⁶ Etwa Marcian. l. s. de delator. D. 39.4.16.11.

¹⁰⁷ Ohne Begründung ebenso Beseler (Fn. 32), S. 131. Anders Marrone (Fn. 68), S. 579: Die *a. ad ex.* sei zwar vorteilhafter, *tu* habe aber auch die *a. seq. dep.*

Gewährung der *a. ad. ex* und *r. v.* sowie Denegation der Vertragsklage – von Paul. 29 ad ed. D. 13.6.2, Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.1.2 und Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 gleichen sich. Dass auch in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 die Unwirksamkeit des Vertrages zugrunde liegt, ist wegen der Verschiedenheit des Rechts der *furiosi* und *impuberes*¹⁰⁸ auf der einen und der Personen *alieni iuris* auf der anderen Seite zwar nicht zwingend. Aber es ist durchaus plausibel – zumal auch keine Anhaltspunkte für eine rechtliche Trennung der Verweigerung der Vertragsklage und der Unwirksamkeit des Vertrages vorliegen.¹⁰⁹

Vielmehr scheinen sie die zwei Kehrseiten einer Medaille zu sein.

(3) C. 3.42.8.pr. – Unwirksamkeit

In Diocl./Maxim. AA. et CC. Photino C. 3.42.8.pr. (a. 293) wird einem gewissen Photinus reskribiert, er könne seine Sachen, welche von einem Dritten leihweise oder zur Verwahrung weggegeben worden waren, mit der *a. ad. ex.* und der *r. v.* vom *tenens* herausverlangen. Eine Begründung fehlt, aber es liegt sehr nahe, dass die Weitergabe der Sache ohne Zustimmung des *tu* erfolgt war und aus diesem Grunde zwischen *tu* und dem *tenens* kein Vertrag bestand, welcher eine Klage gewährt hätte. Abgesehen von der Tatsache, dass der Unberechtigte in Diocl./Maxim. AA. et CC. Photino C. 3.42.8.pr. (a. 293) wohl kein Gewaltunterworfener des Adressaten war, ähnelt das Fragment in den wesentlichen Punkten Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33. Insbesondere haben beide Stellen gemeinsam, dass die Vertragsklage, obwohl sie ja die prozessualen Möglichkeiten des Klägers erweitert hätte, aus anscheinend „materiellrechtlichen“ Gründen nicht gewährt wurde.

cc) Fazit

In Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 wird – anders als in Alex. A. Mestrio mil. C. 4.34.1 (a. 234) – neben der *a. ad. ex.* und der *r. v.* keine *a. (seq.) dep.* erwähnt. Allem Anschein nach stand sie dem *tu* nicht zu. In den anderen untersuchten Quellen, in denen nur die nichtvertraglichen Klagen gegeben werden, ist der Grund für die Nichtgewährung der Vertragsklage offenbar die Unwirksamkeit des Vertrages. Daher ist es sehr plausibel, dass auch die Sequestration des „*servus*“

¹⁰⁸ Die wegen des Mangels (geistiger) Reife des Schutzes bedurften, *Nicosia* (Fn. 47), S. 77 f., 81.

¹⁰⁹ Zu den unscharfen Grenzen zwischen materiellem Recht und Prozessrecht vgl. *Kaser/Knüttel/Lobsse* (Fn. 20), § 4 Rn. 1.

im vorliegenden Fragment unwirksam war.¹¹⁰

c) *Wie ist die Entscheidung zu verstehen?*

Der eigenmächtig handelnde Sklave konnte die Rechtslage des *tu* nicht verschlechtern. Daher war die Sequestration, welche auch rechtliche Nachteile mit sich gebracht hätte, unwirksam. Wegen der Unwirksamkeit erwarb der *tu* nicht die *a. seq. dep.* Ihm verbleiben also die *a. ad ex.* und die *r. n.*, welche er auch gehabt hätte, wenn die Sequestration wirksam gewesen wäre. Der *quia*-Satz ist nicht als Begründung für eine ausnahmsweise Gewährung der *a. ad ex.* und der *r. n.* zu verstehen, sondern vielmehr als Begründung für die Unwirksamkeit der Sequestration und damit das ausnahmsweise Ausscheiden der *a. seq. dep.*

3. „*dixi*“ und „*potuisset*“ – wer spricht?

Die Verbformen „*dixi*“ und „*potuisset*“ werfen die Frage nach der Autorenschaft auf: „*Dixi*“ steht im Indikativ Perfekt. Der Autor spricht in der ersten Person. Da in der *Labeo*-Reihe tendenziell das unstrittige Recht der *libri posteriores* überliefert und sprachlich kaum verändert wurde,¹¹¹ liegt der Schluss nahe, *Labeo* spreche selbst.¹¹²

„*Potuisset*“ steht im Konjunktiv Perfekt. Der Modus fällt auf, da im *quia*-Satz grundsätzlich der Indikativ steht.¹¹³ Weil der Konjunktiv grammatikalisch nicht indiziert ist, muss er eine besondere Bedeutung haben. Ein Irrealis scheidet aus, weil dieser im Plusquamperfekt stehen müsste.¹¹⁴ Es kann nur um die Wiedergabe einer fremden Meinung gehen:¹¹⁵ Javolen gibt in indirekter Rede die Meinung Labeos wieder.¹¹⁶ Das Problem der zwei unterschiedlichen Sprecher

¹¹⁰ Auch wenn soeben plausibilisiert wurde, dass in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 eine materiellrechtliche Erwägung entscheidungsleitend war, darf nicht vergessen werden, dass derartige Überlegungen im vom Prozess her gedachten römischen Recht eher die Ausnahme waren, vgl. erneut Kaser/*Knütel/Lohsse* (Fn. 20), § 4 Rn. 1.

¹¹¹ *Jörs* (Fn. 15), S. 2553.

¹¹² „*Dico*“ und „*dixi*“ als direkte Aussagen Labeos, z.B.: Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19.2.58.2, Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 18.1.78.1. Zu den Ausnahmen: *Jörs* (Fn. 15), S. 2553.

¹¹³ *Throm* (Fn. 49), S. 267.

¹¹⁴ Insoweit fragwürdig die Übersetzung bei *Otto/Schilling/Sintenis*, Das Corpus iuris civilis (romani) II, Pandekten Buch 12 – 27, 1831, Neudruck 1984, S. 268.

¹¹⁵ Zu *obliquen* Nebensätzen: *Kühner/Stegmann*, Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache, Zweiter Teil: Satzlehre, 2. Aufl. 1912, Neudruck 1971, S. 200. Ähnlich: Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 32.30.pr. („*respondi*“, „*esset*“).

¹¹⁶ So *Marrone* (Fn. 68), S. 527 Fn. 261 und *Litenski* (Fn. 26), S. 57 Fn. 49.

löst sich auf, wenn man „*dixi*“ durch <*dixit*> ersetzt.¹¹⁷ Dann wäre Javolen der alleinige Sprecher in der Quelle. Wie es dabei zur Änderung von <*dixit*> zu „*dixi*“ kam, ist unklar. Nach *Paola* gab es eine Tendenz, den ursprünglichen „*discorso riferito*“ in einen „*discorso autonomo*“ umzuwandeln.¹¹⁸ Eine andere Erklärung könnte in der Überlieferung zu finden sein: Wären alle Perfekt-Formen mit „*dix.*“ abgekürzt worden, wäre schon die Entscheidung eines Abschreibers, es als „*dixi*“ deuten, interpretativ gewesen.¹¹⁹

D. Vergleich zum geltenden Recht

Eine mit Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 vergleichbare Konstellation ist heute schwer vorstellbar, da sich das Recht der Personen *alieni iuris* erheblich vom Recht der Stellvertretung, §§ 164 ff. BGB, unterscheidet. Auch im BGB gibt es aber die Verwahrung, §§ 688 ff. BGB, und die mit dem *depositum irregulare* vergleichbare Regelung des § 700 BGB. Die *a. dep. contraria* findet Niederschlag in § 693 BGB, die sofortige Rückforderbarkeit der hinterlegten Sache in § 695 BGB. Eine von streitenden Parteien vorgenommene Sequestration erwähnt das BGB nicht; § 938 Abs. 2 Var. 1 ZPO ermöglicht jedoch dem Gericht, eine solche mittels einer einstweiligen Verfügung anzuordnen.¹²⁰ Bei Unwirksamkeit eines Verwahrungsvertrages kann der Hinterleger-Eigentümer die Sache nach § 985 BGB vom Verwahrer-Besitzer herausverlangen, da wegen der Unwirksamkeit des Vertrages ein Besitzrecht i. S. v. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB fehlt. Bei Konkurrenz von Vindikation und vertraglichen Herausgabeansprüchen besteht nach der h. M. kein Vorrang der Vertragsverhältnisse.¹²¹

¹¹⁷ *Paola*, L'opera di Giavoleno Prisco sui "libri posteriores" di Labeone, in: *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"* 49, 1947, S. 277 (317); *Marrone*, (Fn. 68), S. 527 Fn. 261 und *Litewski* (Fn. 26), S. 57 Fn. 49.

¹¹⁸ *Paola* (Fn. 117), S. 315.

¹¹⁹ Zur Abkürzung von „*dixi*“ vgl. etwa *Mazal*, *Lehrbuch der Handschriftenkunde*, 1986, S. 142.

¹²⁰ *Zimmermann* (Fn. 28), S. 220.

¹²¹ *Baldus*, in: *MüKo-BGB VIII*, 8. Aufl. 2020, Vor. § 985 Rn. 46 f.