

Zum *dolus*-Begriff der *actio de dolo*

von Andreas WACKE

(Köln)

Überblick : I. Begriffsdefinitionen S. 350; II. Stand der Meinungen S. 354; III. Beispiele für den engen *dolus*-Begriff S. 357; IV. Die Zerstörung des geschuldeten Gegenstands S. 360; V. Anderweitig bewirkter Anspruchsverlust S. 368; VI. Der Bruch unklagbarer Verbindlichkeiten und anderer Zusagen S. 373; VII. Der Widerruf gefälligkeithalber eingeräumter Gestattungen S. 382; VIII. Zusammenfassung. Die moralische Komponente des *dolus*-Begriffs S. 383.

(*) Überarbeitete deutsche Fassung eines im Frühjahr 1979 auf Einladung der Universitäten Genua und Rom in italienisch gehaltenen Referats. Ulrich von Lübtow widme ich den Beitrag zum 80. Geburtstag am 21.8.1980 in dankbarer Anerkennung seiner verdienstvollen Untersuchungen über *metus* (Greifswald 1932) und *dolus* (Eranion Maridakis I, 1963, 183 ff.; Festschr. Bartholomeyczik, 1973, 249 ff.).

Schrifttum, das nur mit dem Verfassernamen zitiert wird : ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in: *Annali Palermo* 28 (1961) 173-321; BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis* (1912, rist. 1970) 78-105; BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I-II* (Milano 1973); CARCATERA: s. u. A. 1; DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati I* (1913), bes. 203-215; R. GRUNWALD, *Sittenswidrigkeit, Rechtswidrigkeit und dolus malus. Typen und Leitlinien der Entscheidung, entwickelt an der Bankhaftung für Kreditmaßnahmen* (Diss. Göttingen 1974); KASER, *Das Römische Privatrecht (= RP)* 2. Aufl. I (1971), II (1975); DERS., *Das Römische Zivilprozessrecht (= RZ)* (1966); F. LITTEK, *Zum dolus-Begriff in der actio de dolo*, Festgabe K. Güterbock (Berlin 1910) 257-280; G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo* (1937); DERS., *Ricerche = Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, in: LONGO, *Ricerche romanistiche* (1966) 765-796, auch in: *Studi Zingali III* 460 ff., auszugsweise auch in: *Annali Genova* 2 (1963) 79-95; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I* (1908 = RP); NÄF = HOFMANN: siehe u. A. 21; F.

I. Begriffsdefinitionen

1. Zur Definition des *dolus* in den römischen Rechtsquellen veröffentlichte Antonio Carcaterra vor einigen Jahren eine ausgreifende Monographie⁽¹⁾. Mit diesem Buch setzte Carcaterra kurz zuvor erschienene eigene Untersuchungen über die Definitionen der römischen Juristen und über die Struktur der römischen Rechtssprache fort⁽²⁾. Auch sein Werk über den *dolus* ist darum ganz überwiegend der einen Frage gewidmet, auf welche Weise die römischen Juristen den *dolus*-Begriff definiert haben. Seine Darlegungen über die in drei Schritten verlaufene Präzisierung dieser Definition im Rahmen der *actio de dolo* — von deren Schöpfer C. Aquilius Gallus über Servius Sulpicius zu Labeo⁽³⁾ — sind hier nicht zu wiederholen. Eine Anmerkung sei nur zu der Art und Weise gestattet, wie Carca-

PALUMBO, *L'azione di dolo. Diritto romano e vigente* (1935); PERNICE, *Labeo: Röm. Privatrecht II 1*, 2. Aufl. (1895) 200-231; H. SIBER, *Römisches Recht II: Privatrecht* (1928 = RP).

(1) A. CARCATERA, *Dolus bonus / dolus malus. Esegesi di D. 4,3,1,2-3* (Napoli 1970); dazu Rez. WACKE, ZSS 88 (1971) 440-445; weitere Rezensionen sind angeführt bei WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List (dolus bonus und dolus malus, dolus causam dans und dolus incidens)*, ZSS 94 (1977) 184 A. 1.

(2) CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani* (1966); DERS., *La struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano* (Bari 1968). S. die Rez. bei WACKE, ZSS 88 aaO. Weiter CARCATERA, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani* (Bari 1972); dazu LANTELLA, BIDR 80 (1977) 345 ff.

(3) Folgende Definitionen geben die Juristen:

a) im Rahmen der *actio de dolo*:

C. Aquilius Gallus: *Cum ex eo quaeretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum aliud actum.* (Cicero, *de officiis* 3,14,60; cf. PS 1,8,1).

Servius: *Dolum malum ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur.* (Ulp. D. 4,3,1,2).

Labeo: *sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labconis definitio vera est.* (Ulp. D. 4,3,1,2).

b) bei den *pacta*:

Pedius-Ulp. D. 2,14,7,9: *Dolus malus fit calliditate et fallacia: et ut ait*

terra die von Ulpian als 'vera' bezeichnete Definition des Labeo versteht (D. 4,3,1,2). Labeo definierte den *dolus* als:

*« omnem calliditatem fallaciam machinationem
ad circumveniendum fallendum decipiendum
alterum adhibitam ».*

Diese beiden asyndetischen Wortreihen löst Carcaterra auf und setzt sie paarweise zu drei Gruppen neu zusammen: 1. die *calliditas ad circumveniendum* bezeichne den Betrug durch Unterlassen unter Verletzung einer Aufklärungspflicht (S. 40 ff.); 2. die *fallacia ad fallendum* meine die schlichte Irrtumserregung ohne besondere Hilfsmittel (S. 48 ff.); 3. die *machinatio ad decipiendum* schließlich setze eine planmäßig inszenierte Veranstaltung voraus (wie z.B. die Vorspiegelung des Fischreichtums durch vom Grundstücksverkäufer gedungene Fischer in der *cause célèbre* bei Cicero, *de officiis* 3, 14, 58 ff.). Die drei möglichen Begehungsformen eines Betrages habe Labeo auf diese Weise in einer Typenreihe von stetig sich steigendem Unrechtsgehalt vollendet umschrieben; soweit Carcaterra.

Diese Ausdeutung von Labeos Definition ist jedoch schwerwiegenden Einwänden ausgesetzt⁽⁴⁾. Dreigliedrige Asyndeta der vorliegenden Art finden sich in der römischen Literatur recht häufig und reichen zurück bis in die archaische Zeit. Sie finden sich in der feierlichen Sprache des Gebets, der Dichtkunst, der öffentlichen Rede ebenso wie in der Amts-, Verwaltungs- und Rechtssprache⁽⁵⁾. Cicero liebt diese rhetorische Stilfigur sehr.

Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.

c) bei der *emptio venditio*:

Florentinus D. 18,1,43,2: *Dolum malum a se abesse praestare venditor debet; qui (sc. dolus) non tantum in eo est qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam <in eo> qui insidiose obscure dissimulat.*

(4) Vgl. bereits WACKE, ZSS 88, 442 f.

(5) Alfons BÜRGE, *Die Juristenkomik in Ciceros Rede pro Murena. Übersetzung und Kommentar* (Diss. phil. Zürich 1974) 74 ff. m. reichen Nachw. (S. 75 Hinweis auf Labeos *dolus*-Definition). Zur "magischen" Zahl 3 in den römischen Rechtsquellen reiche Belege in der lesenswerten, aber kaum bekannten (da sehr seltenen) Schrift von H. GOUDY, *Trichotomy in Roman Law* (Oxford 1910) = aus dem Englischen übersetzt von E.

Aus zahlreichen Beispielen (Fn. 5) sei nur ausgewählt, wie Cicero etwa die Tätigkeit des Juristen umschreibt (s. Bürge in Fn. 5): *respondendi, scribendi, cavendi* (*pro Murena* 19, 7, betreffend Servius), ähnlich *de orat.* 1, 212 über den *iuris consultus* allgemein: *et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset*. Daß damit sämtliche Betätigungsmöglichkeiten eines Rechtsgelehrten, in drei voneinander klar abgrenzbare Bereiche unterteilt, abschließend genau definiert seien, wird niemand behaupten wollen. Auffallend ist schon der Wechsel von *scribere* zu *agere*; *scribere* und *cavere* gehen sachlich ineinander über; und sowohl das Aufsetzen von Geschäftsurkunden wie das Betreiben von Prozessen ist weniger das Metier des angesehenen *iuris peritus* als seine eigentliche Berufung zum *respondere*. Auch die *tria verba solemnia* des Macrobius 1, 16, 14 über die Tätigkeit des Prätors «*do dico addico*» ergeben dreigeteilt noch kein Gesamtbild von dessen prozeßweisenden Funktionen; *dicere* insbesondere ist ganz farblos und umfaßt mannigfache Akte, auch ein *iubere* und *vetare* (6). Brauchbarer erscheint Papinians Dreigliederung des prätorischen Rechts in «*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*» (D. 1,1,7,1): Jede dieser drei Funktionen läßt sich durch praktische Beispiele belegen (7). Die Juristen bauten aber in ihrer bekannten systemfeindlichen Einstellung diesen brauchbaren Gliederungsansatz nirgends zu einer durchgängigen Systematisierung der zahllosen amtsrechtlichen Einzelanordnungen aus (8). In der häufigen Dreierformel «*actio petitio persecutio*» läßt sich ebenfalls keinem einzelnen dieser sich wechselseitig überschneidenden Termini ein fest abgegrenzter Bedeutungsgehalt zuweisen (9).

EHRlich: GOUDY, *Dreiteiligkeit im röm. Recht* (München/Leipzig 1914; vorh. z.B. im Institut für Römisches Recht der Universität Bonn).

(6) KASER, *RZ* 28 f.

(7) Instruktiv bes. die drei Fallgruppen bei der Erteilung der *bonorum possessio*: KASER, *RP* I² 675 f. Allg. KASER, *Zum "ius honorarium"*, in: *Estudios jurídicos en homenaje a U. Alvarez Suarez* (Madrid 1978) 231 ff.

(8) Vgl. KASER, *RP* I² 207; DERS., *Estudios cit.* 239.

(9) KASER, *RZ* 174 f. A. 32, bes. gegen CASAVOLA, *Actio petitio persecutio* (1966). Die Umschreibung der Leistungsinhalte mit *dare facere praestare* enthält gleichfalls Überschneidungen: KASER, *RP* I² 489.

: Aufgrund weiterer, kürzlich von Alfons Bürge (Fn. 5) beigebrachter Beispiele aus Ciceroschriften stellte Dieter Nörr zu Recht fest, daß die Suche nach präzisen Definitionen der Einzelglieder von dreigliedrigen Asyndeta oft unfruchtbar ist⁽¹⁰⁾. Genau dies aber war Carcaterras Anliegen bei seiner allzu subtilen Analyse von Labeos *dolus*-Definition. Gegen Carcaterras Auffassung asyndetischer Wortreihen als logische Disjunktionsleistung hatte auch Wieacker schon bei anderer Gelegenheit Bedenken angemeldet⁽¹¹⁾. Es handelt sich lediglich um eine beliebte rhetorische Stilfigur, die der Rede einen pathetischen Anstrich verlieh, von der Sache her aber oft keineswegs geboten war. Aus Vorliebe für derartige dreigliedrige Ausdrücke wurden viele Definitionen mit nebensächlichen oder gar überflüssigen Elementen angereichert⁽¹²⁾. Man denke etwa auch an die juristisch kaum brauchbare Gliederung der Sachen in *res immobiles*, *res mobiles aut se moventes*⁽¹³⁾. Die Zuweisung fester Einzelbedeutungen zu den Gliedern *calliditas ad circumveniendum*, *fallacia ad fallendum*, *machinatio ad decipiendum* ist schon sprachlich nicht möglich (*fallere* und *decipere* sind Synonyma, die anderen Ausdrücke nahezu ebenfalls); sachlich ist ihre Unterscheidung nicht geboten, da ja alle damit gemeinten Verhaltensweisen global unter den Tatbestand der *actio de dolo* fallen sollen. Abgesehen davon, daß « *fallacia ad fallendum* » eine nichtssagende Tautologie wäre, fällt nach Carcaterras Deutung vor allem Labeos wichtiges Wörtchen « *omnis* » unter den Tisch: Labeo will damit doch die *actio de dolo* auf alle genannten Verhaltensweisen angewendet sehen (sofern nicht speziellere Klagen vorgehen). Labeos Definition nach dem Muster einer beliebten rhetorischen Stilfigur besagt demnach nichts anderes als: « *dolus* ist jede Verstellung, Täuschung, listige Veranstaltung um einen anderen zu übervorteilen, zu betrügen

(10) D. NÖRR, Rez. Bürge, ZSS 92 (1975) 293 mit weit. Lit.

(11) WIEACKER, Rez. Carcaterra, *Le definizioni* (o.A. 2), Iura 18 (1967) 202.

(12) BÜRGE (o.A. 5) 76 unter Hinw. auf die zahlreichen Beispiele bei GOUDY, *Trichotomy* 20 ff. (= *Dreiteiligkeit* 16 ff.).

(13) Nicht einmal die beiden ersten Begriffe benutzten die Juristen zu einer systematischen Gliederung: KASER, *RP* I² 382, A. 3.

und zu hintergehen ». Carcaterras Versuch, einzelne Wörter aus dieser sechsgliedrigen Kette zu lösen und zu drei selbständigen Begriffspaaren neu zusammensetzen, vermittelt keine neuen Erkenntnisse und verstößt m.E. gegen den Sinn von Labeos umfassend gemeinter Umschreibung: Die mit der asyndetischen Aneinanderreihung bezweckte rhetorisch-pathetische Ausdrucksverstärkung darf nicht dadurch abgeschwächt werden, daß man einzelne Wörter aus diesem Gesamtkontext löst.

2. Wesentlich wichtiger ist die sachliche Frage, wieweit sich die Juristen bei der konkreten Fallentscheidung an Labeos Definition gehalten haben. Die praktische Befolgung der abstrakten Umschreibung in der reichhaltigen Kasuistik hat Carcaterra nicht weiter verfolgt; sie ist noch heute ein offenes Problem. Bekanntlich waren die römischen Juristen Meister der lebendigen Kasuistik, aber nicht in der grauen Theorie. Die Frage, welchen Stellenwert sie begrifflichen Festlegungen einräumten, kann man erst ermessen, wenn man der begrifflichen Abstraktion den Spiegel der praktischen Kasuistik vorhält. Hier könnte sich zeigen, daß zwischen beiden Bereichen eine Diskrepanz klafft. Die Praxis könnte sich an die Regel nicht gehalten haben, nach Javolens bekannter Warnung: *omnis definitio in iure civili periculosa est: rarum est enim, ut non subverti possit* (D. 50,17, 202). Die Praxis könnte zumindest den Anwendungsbereich der Klage stark erweitert haben; wie dies beispielsweise mit der *actio legis Aquiliae* geschah, deren asyndetischer Gesetzeswortlaut *urere frangere rumpere* auf jedes schuldhaft rechtswidrige Zerstören und Beschädigen fremder Sachen erstreckt wurde⁽¹⁴⁾.

II. Stand der Meinungen

1. Der *dolus malus* hat je nach dem Sachzusammenhang drei mögliche Bedeutungen⁽¹⁵⁾: Im weitesten Sinn umfaßt er erstens jedes der *bona fides* widersprechende Verhalten; als Haftungs-

(14) Vgl. KASER, *RP* I² 620 f.

(15) SIBER, *RP* 234.

maßstab bedeutet er zweitens den Vorsatz als Gegenstück zu *culpa* und *casus*; in seiner engsten dritten Bedeutung bezieht er sich schließlich auf den Betrug. Die erstgenannte, weiteste Bedeutung hat der *dolus* als Konträrbegriff zur *bona fides* vor allem bei der *exceptio doli*, kraft deren präsentischer *dolus*-Klausel (« *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* », *Gai.* 4, 119) der Kläger auch jede Treuwidrigkeit bei der Rechtsverfolgung zu unterlassen hat. Die *exceptio doli* verschafft damit dem Richter bei strengen Klagen in der Beurteilung des vom Kläger gezeigten Verhaltens die gleiche Ermessensfreiheit, wie sie ihm bei den *bonae fidei iudicia* in der Beurteilung des Verhaltens beider Parteien zukommt⁽¹⁶⁾. Ein ähnlich weiter *dolus*-Begriff findet sich bei der manchen Stipulationen beigefügten *clausula doli*⁽¹⁷⁾, mit der der Schuldner dem Gläubiger die ehrliche Erfüllung seines Versprechens zusichert: « *dolum malum abesse afuturumque esse* ». All dies ist weithin bekannt und unstreitig.

2. Welche der drei genannten Bedeutungen der *actio de dolo* zugrunde liegt, ist dagegen umstritten. Ludwig Mitteis machte verdienstvoller Weise als erster darauf aufmerksam, daß die klassischen Juristen in vielen Fällen den Anwendungsbereich dieser Klage derart ausdehnen, daß die erwähnten, auf den engen Betrugstatbestand gemünzten *dolus*-Definitionen damit weit überschritten sind. Die *dolus*-Klage wurde den Quellen zufolge nicht nur in Fällen eindeutig arglistiger Täuschung gegeben, sondern auch wegen eines Verhaltens, das nicht in vorbedachter Schädigung, sondern bloß in treuwidriger Ausnutzung einer günstigen Situation besteht. Ihr *dolus*-Begriff näherte sich dadurch der *exceptio doli* soweit an, daß die *actio* nach Mitteis « fast eine allgemeine Billigkeitsklage » geworden sei⁽¹⁸⁾. Bei der Aufstellung ihrer Definitionen hätten C. Aquilius Gallus,

(16) So treffend KASER, *RP* I² 488 f.

(17) Vgl. MITTEIS, *RP* 317; KASER, *RP* I² 539, A. 10, 686 A. 2.

(18) MITTEIS 320. — Vgl. auch schon WINDSCHEID, *Pand.*⁹ § 451 A. 2: Betrug die wichtigste, aber nicht die einzige Form des *dolus*. Ältere Lit.: GLÜCK, *Pand.* 4² (1843) 108 ff., bes. 112.

Servius Sulpicius und Labeo noch den engen Arglistbegriff als ursprünglichen Anwendungsfall der *actio de dolo* vor Augen gehabt; die Hoch- und Spätclassiker seien jedoch nach Mitteis (S. 318 ff.) weit darüber hinausgegangen.

Diese im ersten Band seines leider unvollendet gebliebenen Lehrbuchs anhand von Beispielen erläuterte, aber nicht erschöpfend ausgeführte These von Ludwig Mitteis stieß zwei Jahre später auf den Widerspruch von Fritz Litten⁽¹⁹⁾. Litten verkannte nicht den weiten *dolus*-Begriff der *exceptio doli*. Für die *actio de dolo* hielt Litten jedoch an der engen Definition des Labeo für die ganze klassische Zeit hin fest. Die ihr scheinbar widersprechenden Klassikertexte legte Litten entweder in einem engeren, auf den Betrugsbegriff passenden Sinn aus, oder er erklärte sie für von Justinians Kompilatoren verfälscht. Littens Ansicht folgte alsbald die Autorität von Biondo Biondi, etwas später auch von Heinrich Siber⁽²⁰⁾. Marlies Näf = Hofmann führte sie zuletzt in einer von Alexander Beck betreuten Berner Dissertation von 1962 entschieden näher aus⁽²¹⁾. Trotz Max Kasers kritischer Anmerkung hierzu⁽²²⁾ kann es daher wohl heute als herrschende Ansicht gelten, daß es eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der *actio de dolo* in Annäherung an die *exceptio doli* in klassischer Zeit entgegen Mitteis nicht gegeben habe. Diese Lehre bedarf aber die Überprüfung; wie sich zeigen wird, ist den Thesen von Mitteis im Ergebnis zu folgen.

3. Im folgenden soll zunächst gezeigt werden, daß die *actio de dolo* nicht nur in Fällen eigentlichen Betrugs (also bei arglistiger Täuschung in Bereicherungsabsicht) gegeben wurde, sondern auch schon bei schlicht vorsätzlicher Schädigung (unten IV). Anschließend sollen die für den noch weiteren Anwendungs-

(19) Festg. Güterbock (1910) 257-280; vgl. o. Anm *).

(20) BIONDI, *Actiones arbitrariae* (1912/1970) 103 ff.; SIBER, *RP* II 234 f.

(21) M. NÄF = HOFMANN, *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo im römischen und gemeinen Recht*. (Winterthur 1962; Sammlung schweizerischer Dissertationen, Rechtswiss. Reihe Bd. 34). Die Autorin ist jetzt Vizepräsidentin des Bezirksgerichts Zürich.

(22) *RP*² II 91 A. 56. Vgl. auch dessen eigene Darstellung des *dolus*-Begriffs in *RP*² I 628, bes. bei und mit A. 30, 31.

bereich der Klage sprechenden Texte vorgeführt werden. (Die exegetisch analysierten Texte sind dabei fortlaufend mit den Ziffern 1-19 durchnummeriert). Die ältesten hierher gehörenden Quellenaussagen stammen von Labeo selbst (Text 11) und seinem Zeitgenossen Fabius Mela (Text 10). Weitere folgen von den Hochklassikern Neraz und Julian (Text 3 und D. 8,5,9pr. i.f., u.A. 54), von Pomponius (Texte 8, 11, 16, vgl. 12), sowie von den Spätklassikern Papinian, Paulus und Ulpian⁽²³⁾. Bei deren Betrachtung gehen wir jedoch nicht in dieser historischen Reihenfolge vor, um nicht sachlich Zusammengehöriges auseinanderzureißen. Vielmehr soll versucht werden, die Quellen nach Fallgruppen zu ordnen. In den folgenden Abschnitten werden somit als Beispiele für den weiten *dolus*-Begriff behandelt: 1. die Zerstörung des geschuldeten Gegenstandes, 2. der treuwidrig auf andere Weise bewirkte Anspruchsverlust, 3. der Bruch unklagbarer Verbindlichkeiten (und anderer Zusagen), 4. der verfrühte Widerruf von gefälligkeitshalber eingeräumten Gestattungen. Zuvor werfen wir zwecks Veranschaulichung noch einen Blick auf Fälle spezifischer Arglist.

III. Beispiele für den engen *dolus*-Begriff⁽²⁴⁾

Bei der Aufzählung einzelner Anwendungsfälle der *actio de*

(23) Papinian: Nr. 3 und 5; Paulus: Nr. 1, 2, 13; Ulpian: Nr. 6 und 7 (außer den bereits zitierten Nrn. 10 und 11). Ferner Diokletian Text Nr. 14.

(24) Eine brauchbare Übersicht über die Anwendungsfälle der *actio de dolo*, nach Perioden und Fallgruppen geordnet, bringt GRUNWALD (Diss. Göttingen cit.) 40 ff., auch S. 80 ff. zur Lehre und Praxis im 19. Jh. sowie S. 91 ff. zur Gesetzgebungsgeschichte des § 826 BGB mit rechtsvergleichen- den Hinweisen S. 101 ff. Vgl. auch Nic. DARBOVEN, *Die actio doli im römischen und gemeinen Recht und ihr Verhältnis zu den Vorschriften des BGB* (Diss. Göttingen 1901); F. KEPPMANN, *Die neuere dogmengeschichtliche Entwicklung der objektiven Tatbestände der §§ 823, 826 BGB* (Diss. Münster 1959) 64 ff.; ferner den Überblick bei PALUMBO cit.; die «cenni storici» bei A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere* (Padova 1937) 193-225; sowie CASAVOLA, voce *Dolo* (diritto romano) in *Novissimo Digesto Italiano VI* (1960) 147 ff. und LUZZATTO, voce *Dolo* (dir. rom.) in: *Enciclopedia del diritto XIII* (1964) 712 ff.

dolo nehmen die Quellen auf Labeos Definition auffallenderweise nirgends Bezug. Die Subsidiarität der *actio de dolo* war den Juristen ein seitenlang diskutiertes Problem der Klagenkonkurrenz: Ob statt ihrer eine andere Klage vorrangig Abhilfe schaffen könne, wurde fortwährend in immer neuen Fallkonstellationen ventiliert⁽²⁵⁾. Demgegenüber fällt auf, daß am Eingreifen der *actio de dolo* nur höchst selten deshalb gezweifelt wird, weil es dem Beklagten am subjektiven Tatbestand der Arglist gefehlt haben könnte! Die subjektive Seite der Täuschungsabsicht wird überhaupt nur selten ausdrücklich umschrieben (vgl. z.B. *decipere* in Ulp. D. 4,3,37; *persuadere* in Proc. D. 4,3,31; Paul. D. 4,3,25). Klar hervorgehoben findet sie sich etwa in Fur. Anth. D. 4,3,40: *Is, qui decipit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret*, oder für den Gegenfall in Ulp. D. 4,3,9,1: *Si mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit..., si callide hoc feceris*⁽²⁶⁾. Andere Fälle sind etwa das *mentiri* (Paul. D. 4,3,14; Ulp. D. 47,2,43,3) oder das *colludere* mit dem *procurator* des Klägers⁽²⁷⁾. Oft aber sagen die Juristen überhaupt nichts zur subjektiven Seite des Tatbestands, bisweilen beschreiben sie ihn nur mit einer nichtssagenden Tautologie⁽²⁸⁾, so wenn etwa die

(25) Dazu vor allem ALBANESE op. cit.; MASI, *Insolvenza dell'obbligato e sussidiarietà dell'actio de dolo* in: Studi Senesi 74 (1962) 40-50; LONGO, *Ricerche* 765 ff.; weit. bei KASER, *RP* I² 627 A. 21.

(26) Weitere Täuschungen im Zusammenhang mit Erbfällen: Gai. D. 4,3,23: der mit einem übermäßigen Legat Bedachte erreicht, daß ihm der Erbe entgegen der *lex Falcidia* das volle Vermächtnis auszahlt. Ulp. D. 4,3,9 pr.: der Käufer täuscht den Verkäufer über den Wert der verkauften Erbschaft. Zur Unterdrückung bzw. Zerstörung von Testamenten Ulp. D. 4,3,9,2 und 35.

(27) MAYER-MALY, *Collusio im Zivilprozeß*, ZSS 71 (1954) 242 ff.; BRUTTI I 252 ff., 267 ff., II 476 ff., 487 ff.

(28) Nichtssagend tautologisch auch der vermutlich unechte Schlußsatz vom Ulp. D. 19,5,15 (zur Auslobung eines Lohns für das Anzeigen entlaufener Sklaven): *nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur*. Sich vorzustellen, inwiefern der Auslobende hier arglistig gehandelt haben könnte (nur er kommt dem Zusammenhang nach als Beklagter in Betracht, *aliquis* ist unpräzise), übersteigt die Phantasie des Interpreten. Treuwidrig ist es zweifellos, wenn er die Auszahlung der ausgelobten Summe verweigert, nachdem der entwichene Sklave auf die Anzeige hin wieder ergriffen wurde. Beim

actio de dolo gegen den Beklagten gewährt wird *qui dolo fecerit* (Lab.-Ulp. D. 39,5,18,3) oder *si dolus intercesserit* (Ulp. D. 21,2, 21pr.). Statt *dolo facere* wird gleichbedeutend auch *sciens* oder *callide facere* eingesetzt⁽²⁹⁾. Als *dolus* gilt in diesem Sinne etwa die wissentliche Leistung eines diebischen Sklaven, der den Empfänger bestiehlt (Iul.-Afr. D. 30,110) oder eines fremden Sklaven, der dem Empfänger evinziert wird (Iul.-Paul. D. 19,5, 5,2). Es genügt, daß der Geber die Schädigung des Empfängers beabsichtigt oder mit ihr rechnen muß, auch wenn er selbst keinen Vorteil erstrebt. Die *actio de dolo* greift daher auch ein beim wissentlichen Verleihen falscher Gewichte an einen Verkäufer von Waren (Trebatius-Paul. D. 4,3,18,3) oder beim wissentlichen Verschenken einer fremden Sache, auf die der Beschenkte später erhebliche Verwendungen macht, die er vom vindizierenden Eigentümer nicht erstattet verlangen kann (Labeo-Ulp. D. 39,5,18,3; vgl. heute § 523 BGB). Wer durch Bohrungen auf eigenem Grundstück dem Nachbarn eine Quelle abgräbt, haftet jedoch nur dann mit der *actio de dolo*, wenn dies der einzige Zweck seines Handelns war; nicht, wenn er die Quelle zum eigenen Nutzen erbohrte (Marcellus-Ulp. D. 39,3,1,12; vgl. heute § 226 BGB)⁽³⁰⁾: Hier zeigt sich ein Ansatz zur moralischen Bewertung des Verhaltens des Beklagten aufgrund der Zwecksetzung seines Handelns; ich komme am Schluß darauf zurück (unten VIII 2).

facio ut des ist die *actio de dolo* gegen den die *dare*-Zusage Verweigernden auch unzweifelhaft klassisch, s. unten VI 4 und ALBANESE 288. « *Ubi dolus aliquis arguatur* » ist dann aber zumindest ein verständnisloses Glossem. Weitergehender Verdacht bei NÄF = HOFMANN 42 f. m. Lit. Wie hier im Ergebnis PERNICE 217 f. A. 3; zust. insoweit auch DE FRANCISCI 209 ff., 214 ff. Zur Auslobung allg. weit. Lit. bei KASER, ZSS 95 (1978) 25; GIUFFRÈ, v. Offerta al pubblico, in: *Enciclopedia del diritto* 29 (1979) 754 ff., 760 z.d.St.

(29) Beide Ausdrücke gehäuft in D. 50,14,2 i.f.: *plane si dolo et calliditate creditorem circumvenierit (proveneta), de dolo actione tenebitur*. Unangefochten nach ALBANESE 289 A. 163.

(30) Über Rechtsmißbrauch und Schikane s. KASER, RP I² 221 A. 1 m. Lit.; M. ROTONDI jetzt als Monographie: *L'abuso di diritto, « acmulatio »* (Padova 1979, ex 1923).

IV. Die Zerstörung des geschuldeten Gegenstands

1. An einigen zuletzt erwähnten Beispielfällen sahen wir bereits, daß der rechtswidrige Schädigungsvorsatz für das Eingreifen der *actio de dolo* genügte und eine arglistige Täuschung sowie eine Bereicherungsabsicht somit nicht erforderlich war⁽³¹⁾. Zerstörte der Schuldner einer Stückschuld aus Stipulation oder Damnationslegat selber den geschuldeten Gegenstand, so stand dem Gläubiger allerdings kraft der auf die *veteres* zurückgeführten *perpetuatio obligationis* die *actio ex stipulatu* oder *ex testamento* zu; folglich entfiel die subsidiäre *actio de dolo*. Zur Perpetuierung der Obligation gelangte man mittels der Fiktion der Fortexistenz des versprochenen Gegenstands bei einer vom Verpflichteten selber herbeigeführten Leistungsunmöglichkeit. Der Schuldner darf sich demnach nicht auf sein eigenes früheres Verhalten berufen, das nach strengem Recht den Anspruch des Gläubigers vereitelt hätte. Dieses Verbot des treuwidrig-widerspruchsvollen Verhaltens entwickelte sich vermutlich aus der Stipulationen wie Testamenten beigefügten *clausula doli*⁽³²⁾.

2. Obwohl die *actio de dolo* wegen ihrer Subsidiarität ausscheidet, soweit andere Klagen vorgehen, sind die ihre Anwendbarkeit diskutierenden Texte dennoch für unser Thema verwertbar. Wo immer die Juristen danach fragen, ob statt der *actio de dolo* eine andere Klage den Vorrang habe, geben sie nämlich implizite zu verstehen, daß sie den Tatbestand der *actio de dolo* grundsätzlich für erfüllt halten und sie beim Fehlen einer vorrangigen Klage folglich auch anwenden würden: Anderenfalls würde sich ihnen die Konkurrenzfrage nämlich gar nicht gestellt haben, wenn es schon an den Sachverhaltsvoraussetzungen der *actio de dolo* ermangelt hätte. Für den *dolus*-Begriff der *actio*

(31) Vgl. PERNICE 210 f.

(32) MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit*, ZSS 86 (1969) 71 f.; aufgrund des Schlußsatzes von PS 5,7,4: *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret: ideoque promissor aestimatione eius punitur, maxime si in dolum quoque eius concepta fuerit stipulatio.*

de dolo können mithin auch diejenigen Quellen Aufschluß geben, die ihre Gewährung lediglich an ihrer Subsidiarität scheitern lassen. Ein Beispiel hierfür ist:

(TEXT 1:) D. 4,3,18,2 (Paulus libro 11. ad edictum):

Si dominus proprietatis insulam, cuius ususfructus legatus erat, incenderit, non est de dolo actio, quoniam aliae ex hoc oriuntur actiones.

Der Erbe steckt das Mietshaus in Brand, dessen Nießbrauch einem anderen vermacht ist. Paulus läßt der subsidiären *actio de dolo* andere Klagen vorgehen, ohne sie konkret zu benennen. Außer krimineller Bestrafung des Brandstifters⁽³³⁾ ist hier zu denken an eine mittels *perpetuatio obligationis* anwendbare *actio ex testamento* (wie wir an Text 6 sehen werden; ebenso Ulp. D. 4,3,7,5) oder auch an eine *actio utilis ex lege Aquilia* des Nießbrauchers⁽³⁴⁾. Ohne diese vorrangigen Klagen würde Paulus jedoch gewiß die *actio de dolo* eingreifen lassen. Das lehrt sein folgender § 5 (Text 2), in dem die Obligation deswegen nicht als perpetuiert gelten kann, weil ein Dritter den versprochenen Sklaven getötet hat:

(TEXT 2:) D. 4,3,18,5 (Paulus libro 11. ad edictum):

Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem <mihi> in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur⁽³⁵⁾.

Da der Schuldner die Handlung des Dritten nicht zu vertreten hat, stellt sich der Tod des Sklaven für den Schuldner als zufällige Unmöglichkeit dar und wird er befreit. Paulus gewährt mit der Mehrzahl der Juristen dem um seinen Anspruch geschädigten Gläubiger die *actio de dolo* gegen den Dritten; die

(33) MACCORMACK, *Criminal Liability for Fire in... Roman Law*, Index 3 (1972) 382 ff.; weit. Lit. bei WACKE, *Fahrlässige Vergehen im röm. Strafrecht*, RIDA 26 (1979) sub X (552 ff.).

(34) Vgl. ALBANESE 277 f. Die Veränderung der Entscheidung ins Gegenteil durch LONGO 151 ist nicht zu billigen.

(35) Beifallswert interpretiert von KNÜTEL, *Stipulatio poenae* (1976) 248 f. mit reichen Lit.-angaben. Zur *denegatio* der *actio legis Aquiliae* dort S. 249. METRO, *La denegatio actionis* (1972) geht auf den Text nicht ein.

actio legis Aquiliae gegen den Dritten verweigert er dem Schuldner (obschon der Schuldner als formaler Eigentümer dazu noch legitimiert wäre), weil sein Interesse infolge der Gefahrverlagerung auf den Gläubiger wegfiel (offenbar verneint Paulus auch ein Haftungsinteresse des Versprechenden, vgl. heute § 281 BGB; Fälle dieser Art sind dem deutschen Juristen unter dem Stichwort « Drittschadensliquidation » geläufig) ⁽³⁶⁾.

3. Der folgende Text 3 enthält einen Spezialfall des soeben behandelten: Der das versprochene Tier tötende Dritte hat sich für dieselbe Leistung verbürgt.

(TEXT 3:) D. 4,3,19 (Papinianus libro 37. quaestionum):

Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.

Der Bürge soll dem Gläubiger nach einer Ansicht ebenfalls mit der *actio de dolo* haften, sofern bezüglich der Leistung nicht bereits Verzug eingetreten war ^(36a). Andere Juristen erstrecken dagegen die *perpetuatio obligationis* hier auf den Bürgen (Pomp.-Paul. D. 45,1,91,4; Paul. eod. 88) oder gewähren eine *actio utilis* ⁽³⁷⁾. Ohne den kontroversen Befund an dieser Stelle zu vertiefen, können wir feststellen, daß bei absichtlich herbeigeführter Leistungsunmöglichkeit die *actio de dolo* dort eingreift, wo es an einer Klage aus der prepetuierten Obligation mangelt. Aber es fragt sich: reicht diese Aushilfe aus? Die *perpetuatio obligationis* verlangte keinen *dolus*; sie ließ eine « *facto promissoris* » (PS. 5, 7,4) oder « *culpa debitoris* » (Paul. D. 45,1,91,3) herbeigeführte Leistungsunmöglichkeit genügen ⁽³⁸⁾. Die Texte 1 bis 3 lassen

(36) Dazu KNÜTEL 246 ff.

(36a) Im Verzug haftet der Schuldner für Zufall, folglich wird auch der Bürge nicht befreit.

(37) Paul. D. 45,1,45 pr.; Marci. D. 22,1,32,5. Vgl. ferner Afr. D. 46,3,38,4 i.f.; dazu und zum Fragenkreis WACKE, ZSS 88 (1971) 129 ff.; zu Afr. cit. BRUTTI II 582 ff.; zur *actio de dolo* in Text 3 bes. IMPALLOMENI, SDHI 25 (1959) 84 f.

(38) MEDICUS (o.A. 32) 72 A. 15.

aber für den Fall der fahrlässigen Sachzerstörung die Lösung offen. Im Falle 2 ist dieser Mangel besonders auffallend: Die *actio de dolo* wird dort als Ersatz für die unanwendbare *actio legis Aquiliae* angeboten; sie kann sie aber nicht vollständig ersetzen, da die *actio legis Aquiliae* auch bei fahrlässigen Verhalten hilft, die *actio de dolo* hingegen nicht. Der Fall scheint insoweit nicht zu Ende gelöst zu sein. Oder darf man hier etwa wie folgt argumentieren: Der Dritte hat den Sklaven zwar nicht vorsätzlich getötet, sondern nur fahrlässig. Auch wegen *culpa* würde er aber mit der *actio legis Aquiliae* haften, wenn nicht der Eigentümer diesen Sklaven zufällig einem anderen, dem *ego*, zu leisten versprochen hätte. Auch bei bloßer *culpa* des Dritten trifft aber die maßgebliche *ratio decidendi* der Gefahrtragung des Versprechensempfängers zu: *quia tu a me liberatus sis*. Die damit für den Schädiger zufällige Gefahrverlagerung dürfe ihn aber nicht entlasten; mit seiner Berufung hierauf handele er in einem weiteren Sinne *dolos*, nämlich treuwidrig. Deshalb müsse er nun dem Versprechensempfänger *ego* mit der *actio de dolo* in gleicher Weise haften, wie mit der *actio legis Aquiliae*, wenn dem *ego* der getötete Sklave bereits übereignet gewesen wäre. Das Auseinanderfallen von Anspruchsberechtigtem *tu* und Geschädigtem *ego* ist ein für den Schädiger zufälliger Umstand, der nicht der natürlichen Billigkeit zuwider zu seiner Leistungsfreiheit führen dürfe (vgl. u. Text 4). Ob schon die Römer diese zugegebenermaßen sehr subtile Erwägung hier anstellten, möchte ich ausdrücklich offenlassen⁽³⁹⁾. Es kann sehr wohl sein, daß sie (ähnlich wie im Strafrecht nach der *lex Cornelia de sicariis*)⁽⁴⁰⁾ nur die vorsätzliche Tötung des Sklaven oder Tieres im Auge hatten und den Fahrlässigkeitsfall nicht bedachten. Fahrlässigkeit als *dolus* (in einem weiteren Sinne) umzudeuten, indem man die Berufung darauf als treuwidrig bezeichnet, mutet zugegebenermaßen wie ein rabulistischer Trick an. Wenn die geschil-

(39) Denkbar wäre es stattdessen, wengleich bei Klagen auf *dare* einer *certa res* wie hier wohl schwer zu bewerkstelligen, nach dem Prinzip «*tenetur quia habet actionem*» den von seiner Leistung befreiten Schuldner zur Abtretung seiner *actio legis Aquiliae* gegen den Drittschädiger zu zwingen (entspr. § 281 BGB); vgl. KNÜTEL (o.A. 35) 247, auch 249.

(40) Vgl. WACKE (o.A. 33).

derte Erwägung aber zutrifft, daß für den Schädiger zufällige Sachverhaltsumstände (wie hier die Gefahrtragung durch den Versprechensempfänger) nicht der Billigkeit zuwider zu seiner Entlastung führen dürfen, dann entspricht der *dolus*-Begriff hier der *exceptio doli*. Von ihr sagt Paulus in

(TEXT 4:) D. 44,4,1,1 (Paulus libro 71. ad edictum):

Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

Die *actio de dolo* war danach zumindest in einigen Fällen anwendbar, die bei der *exceptio doli* unter den *dolus praesens* zu subsumieren waren («*neque fiat*»).

Wenn im Spezialfall von Text 3 der *fideiussor* das geschuldete Tier fahrlässig tötet, läßt sich die angestellte Erwägung umso leichter verteidigen: Der Bürge haftet zwar ebensowenig wie der Hauptschuldner für den zufälligen Tod; er hat aber dafür aufzukommen, wenn der Hauptschuldner fahrlässig das Tier tötet. Umso weniger darf der Bürge nach der «*naturalis aequitas*» freikommen, wenn er selber das versprochene Tier fahrlässig tötet: Dieses Verhalten des Bürgen wird zwar dem Hauptschuldner nicht zugerechnet und ist daher ein ihn entlastender zufälliger Umstand, der sich kraft des Akzessorietätsprinzips der Bürgschaft grundsätzlich auch zugunsten des Bürgen auswirkt, so daß «*per consequentias*» seine Bürgenhaftung erlischt. Auf die durch eigenes schuldhaft rechtswidriges Verhalten herbeigeführte Befreiung darf sich der Bürge nach Treu und Glauben jedoch nicht berufen, so daß er nach den in Text 3 zitierten Juristen mit der *actio de dolo*, nach anderen mittels perpetuierter Bürgschaftsklage haftet (vgl. o. bei A. 37).

4. Für die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners findet sich die eben dargestellte Erweiterung des *dolus* der *actio de dolo* in Richtung auf den *dolus praesens* der *exceptio doli* noch deutlicher in ⁽⁴¹⁾

(41) Die Parallele zur eben behandelten Bürgenhaftung lag für Papinian

(TEXT 5:) D. 46,3,95pr. + § 1 (Papinianus libro 28. quaestionum):

«*Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes?*»
altero mortuo qui vivit solus petetur... § 1: Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aequae peti poterit. enimvero si factio debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio..., si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur...

Der hier nur auszugsweise wiedergegebene Text enthält trotz unübersichtlichen Satzbaus und kleinerer sprachlicher Schnitzer⁽⁴²⁾ einen streng folgerichtigen Gedankengang. Sind Stichus oder Pamphylus alternativ geschuldet und einer von ihnen gestorben, kann der andere eingeklagt werden, gleichviel wem das Wahlrecht zustand (nach dem *pr.* dem Gläubiger, nach § 1 dem Schuldner). Hat der wahlberechtigte Schuldner den Stichus getötet, so kann er immer noch den lebenden Pamphylus wählen und beging folglich dem Gläubiger gegenüber noch kein Unrecht, da der Gläubiger auf die Wahl des Stichus keinen Anspruch hatte. Eine Anwendung der *perpetuatio obligationis* auf den getöteten Stichus verneint Papinian in dem hier weggelassenen Mittelteil aufgrund einer beachtenswert feinen Erwägung, auf die näher einzugehen aber von unserem Thema zu weit wegführen würde⁽⁴³⁾. Stirbt später auch Pamphylus ohne Verschulden des

so nahe, daß er sie am Schluß dieser Stelle (freilich ohne Hilfe der *actio de dolo*) behandelt: *aliter quam in persona fideiussoris...*; vgl. dazu KASER, *RP I* 664 A. 48.

(42) Namentlich in dem hier ausgelassenen Mittelteil von § 1 passen «*quamvis... tamen*» sprachlich nicht recht zusammen. Der Sinn der verschachtelten Sätze ist jedoch klar. Die Dichte seines Ausdrucks wurde Papinian oft zu Unrecht als Dunkelheit des Inhalts angekreidet. Der Stil der Erörterung ist einem Quästionenwerk durchaus angemessen.

(43) Die *perpetuatio obligationis* als gläubigerbegünstigende Regel könnte sich bei ihrer Anwendung auf die Wahlschuld ihrem Sinn zuwider zugunsten des Schuldners auswirken, wenn er den Geldbetrag der etwa wesentlich geringwertigeren untergegangenen Leistung erbringen könnte: *neque defuncti (sc. servi) offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum*

Promittenten, so ist infolgedessen jeder Anspruch aus der Stipulation erloschen. Denn zu diesem Zeitpunkt war die Wahlschuld bereits auf den zunächst überlebenden Pamphylus konzentriert; sein natürlicher Tod aber bringt die Stipulation ebensowenig zum Verfall wie der schuldhaft herbeigeführte Tod des Stichus vor der Konzentration: *nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem*. Dem Gläubiger soll aber die *actio de dolo* zustehen, weil Vergehen nicht ungestraft bleiben dürfen. Diesen Satz erklärten zahlreiche Interpreten für unecht⁽⁴⁴⁾. Impallomeni verteidigte jedoch zuletzt mit Recht wieder seine Echtheit, im Anschluß an eine schon von Mitteis (S. 319) angedeutete Erklärung⁽⁴⁵⁾. Gewiß ist die seltene Bezeichnung « *actio doli* » statt der korrekten « *actio de dolo* » formal nicht über jeden Zweifel erhaben⁽⁴⁶⁾, desgleichen nicht die emphatische kriminalrechtliche Erwägung « *quoniam impunita non debent esse admissa* ». Diese ausgefallene, aber nicht einzigartige Ausdrucksweise⁽⁴⁷⁾ ist andererseits des eigen-

est... Da Ulp. D. 30,47,3 hierin anderer Ansicht war, war die Frage wohl kontrovers; zur Verdächtigung der einen oder anderen Meinung besteht jedoch kein Anlaß, s. KASER, *RP*² I 339 A. 25, II 495 A. 10 m. Lit.; anders zu Ulp. cit. noch IMPALLOMENI, *SDHI* 25 (1959) 90 f.

(44) S. Ind. Intpp.; bes. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916) 104 ff.; PALUMBO 20 f.; LONGO 242 f.; NÄF = HOFMANN 35 ff.; dort überall weit. Lit., auch bei IMPALLOMENI (u.A. 45) 60 A. 10.

(45) IMPALLOMENI, *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente*, *SDHI* 25 (1959) 55, 82 ff., 88 ff.

(46) « *Actio doli mali* » begegnet auch bei Paul. D. 44,7,35 pr.; beide nach KASER, *RP* I² 627 A. 20 formal verdächtig.

(47) Vgl. die Parallele « *cum neque impunita maleficia esse oporteat* » in Iul. D. 9,2,51,2 zur überholenden Kausalität (dazu die Lit. bei KASER, *RP* I² 503 A. 2 a.E.). Die Phrase wurde als « zu betonte strafrechtliche Erwägung » gleichfalls verdächtig (s. bes. SCHINDLER, *ZSS* 74, 1957, 209 ff., 228). Die Andeutung solch kriminalpolitischer Motive ist jedoch in beiden Texten nicht fehl am Platze, da *actio de dolo* wie *actio legis Aquiliae* nach klassischem Recht nun einmal Bußklagen sind. Eine Einfälschung dieser Motivation durch die Kompilatoren in Iul. cit. ist umso unwahrscheinlicher, als sich der Strafcharakter der *actio legis Aquiliae* im justinianischen Recht stark abgeschliffen hat, vgl. KASER, *RP* II² 438. Gerade bei der *perpetuatio obligationis* spielt der Bußgedanke im klassischen Recht eine Rolle, vgl. PS. 5,7,4 (o.A. 32): *ideoque promissor aestimatione eius puniatur* und Pap. cit. (o.A. 43): *quoniam id pro petitore in*

willigen Stilisten Papinian nicht unwürdig. Nachdem Papinian die *perpetuatio obligationis* hier mit ausdrücklicher und gewiß echter Begründung (o.A. 43) abgelehnt hatte, lag die Frage nach dem Eingreifen der *actio de dolo* nach den obigen Ausführungen zu den Texten 1 bis 3 in diesem Fall sogar besonders nahe. Denn jedermann sieht ein, daß dem um sein Recht geprellten Gläubiger irgendwie geholfen werden muß. Läge keine Wahlschuld vor, bestünde am Eingreifen der *perpetuatio obligationis* kein Zweifel; und nach natürlichem Rechtsgefühl ist nicht einzusehen, daß der Kläger seines Anspruchs nur wegen des Zufalls verlustig gehen soll, daß die Zerstörung der einen Sache vor statt nach der Konzentration der Wahlschuld stattfand; weshalb es also einen Unterschied machen soll, ob der Schuldner am Tod des Stichus statt des Pamphylus Schuld hatte. Der *actio de dolo* steht allerdings das Bedenken entgegen, daß von vorsätzlicher Tötung des Stichus im Sachverhalt keine Rede ist. Stichus kam « *facto debitoris* » ums Leben, entsprechend der normalen Voraussetzung der *perpetuatio obligationis* also eventuell auch nur fahrlässig⁽⁴⁸⁾, wie auch *e contrario* aus dem « *sine culpa* » herbeigeführten Tod des Pamphylus zu folgern ist⁽⁴⁹⁾. Hätte der Schuldner den Stichus absichtlich getötet, bestünde am Eingreifen der *actio de dolo* wohl kein Zweifel: Selbst wenn er fest damit rechnete, noch den Pamphylus leisten zu können, hat er sich damit eben das Risiko dessen natürlichen Todes bewußt überbürdet; darum grenzt sein Ver-

poenam promissoris constitutum est. « *Punire* » bei privaten Bußklagen beweist also nur einmal mehr die Beweglichkeit des Vokabulars der Klassiker, denen auch umgekehrt eine Ausdrucksweise wie « *crimen contrahere* » nicht anstößig erscheint; vgl. WUNNER, *Contractus* (1964) 19. Zu *impunitas (-tus)* überdies HEUMANN/SECKEL, *Handlexikon* s.v. und VIR III 453 f. Zu « *admissa* » DE DOMINICIS, *La ratio delle espressioni « admissum, commissum... » nella terminologia del diritto criminale romano*, in: *Atti Ist. Veneto* 92 II (1932) 1215-77.

(48) Über « *facto* » und « *culpa debitoris* » MACCORMACK, *TR* 41 (1973) 59-74.

(49) Wenn der zuerst getötete Stichus weniger wert war (wie nach der Sachverhaltsvariante o.A. 43), wird ihn der Schuldner jedenfalls kaum absichtlich getötet haben auf die Gefahr hin, dann den höherwertigen Pamphylus leisten zu müssen.

halten an modernen *dolus eventualis* ⁽⁵⁰⁾. Aber auch ohne Vorsatz führt die mit der zurechenbaren Tötung des Stichus verbundene Gefahrerhöhung und die dadurch selbst geschaffene Einschränkung der Wahlmöglichkeit dazu, daß sich der Schuldner auf den späteren zufälligen Tod des Pamphylus nicht mehr mit befreiender Wirkung berufen darf. Die zivilrechtliche Regel «*impossibilium nulla obligatio*» schränkt das prätorische Recht mittels der *actio de dolo* in ähnlicher Weise ein, wie in den klassischen Anwendungsfällen der *perpetuatio obligationis* die Fiktion der Fortexistenz der Sache. Die *actio de dolo* bringt damit den Perpetuierungsgedanken in einem abgeschwächten Sinn wieder zur Geltung: Solange der wahlberechtigte Schuldner einer Alternativobligation sein Wahlrecht nicht ausgeübt hat, treffen ihn hinsichtlich beider Leistungsobjekte Obhutspflichten, deren Verletzung zur Folge hat, daß ihn ein späterer zufälliger Untergang der zunächst allein möglich gebliebenen Leistung nach Amtsrecht nicht mehr befreit, sondern zur *actio de dolo* führt.

V. Anderweitig bewirkter Anspruchsverlust des Gläubigers

1. Dem Anspruchsverlust durch Sachzerstörung kommt nahe der Fall, daß der Eigentümer ein Grundstück bebaut, dessen Nießbrauch einem Dritten zusteht oder gebührt:

(TEXT 6:) D. 7,4,5,3 (Ulpianus libro 7. ad Sabinum):

Si areae sit ususfructus legatus et in ea aedificium sit positum, rem mutari et usum fructum extinguere constat: plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento vel de dolo tenebitur.

Bestellter Nießbrauch wie Anspruch auf Nießbrauchbestellung erlöschen mit der Bebauung des vermachten Grundstücks nach

(50) LITTEN 277 f. wollte eine vorsätzliche Schädigung nur in dem Fall annehmen, daß der Schuldner bei der Tötung des Stichus bereits wußte, der kranke Pamphylus werde ebenfalls bald sterben. Aber eine solch phantasievolle Verengung des Sachverhalts ist dem Text nicht zu entnehmen (vgl. NÄF = HOFMANN 36 f.) und außerdem eine *petitio principii*, denn ob die *actio de dolo* stets eine vorsätzliche Schädigung erfordert, ist doch gerade die zu untersuchende Frage.

der formalen Rechtsregel « *extinguitur ususfructus rei mutatione* » (51). Ulpian gewährt jedoch (wohl analog der *perpetuatio obligationis*) die *actio ex testamento* oder die *actio de dolo* (52). « *Vel* » bedeutet keine freie Wahlkonkurrenz beider Klagen, die mit der Subsidiarität der *actio de dolo* unvereinbar wäre; vielmehr steht die *actio de dolo* nur hilfsweise zu, falls die *actio ex testamento* versagt, nämlich beim Vindikationslegat eines Nießbrauchs oder bei einem aufgrund Damnationslegats bereits vor der *mutatio rei* bestellten Nießbrauch (53). Die *actio de dolo* gewährten nach dem Paralleltext D. 8,5,9pr. auch Julian und Paulus (54). Die Ausnutzung des Rechtssatzes vom Erlöschen des Nießbrauchs *rei mutatione* durch den Eigentümer ist in gleicher Weise *dolos* (treuwidrig) wie die Berufung auf die Regel « *impossibilibus nulla obligatio* » durch den Schuldner oder Bürgen, der die Unmöglichkeit selber (wenngleich unvorsätzlich) herbeiführte (oben IV). Eine anfängliche Schädigungsabsicht wird dabei nicht vorausgesetzt: Der Grundeigentümer haftet auch dann mit der *actio de dolo*, wenn er den Rechtssatz über die *mutatio rei* bei der Errichtung des Bauwerks nicht kannte und ihm eine Schädigung des Nießbrauchers fernlag — ebenso wie der Schuldner einer Alternativobligation nach Papinian (Text 5) bei Tötung des Stichus trotz seiner Hoffnung haftet, noch den Pamphylus leisten zu können.

2. Ein unabsichtlich herbeigeführter Anspruchsverlust findet sich auch in

(51) DAZU KASER, *RP* I² 452 f.; bes. P.-E. CAVIN, *L'extinction de l'usufruit rei mutatione* (Thèse Lausanne 1933). (Cavin ist jetzt Präsident des Schweizer Bundesgerichts).

(52) Die *actio de dolo* erklärte CAVIN 32 f., 79 hier wie im Paralleltext (u.A. 54) für interpoliert. Für Echtheit jedoch NÄF = HOFMANN 21 m. Lit.

(53) Zutr. ALBANESE 294 f. gegen die Interpolationsbehauptung von LONGO 151. « *Vel* » heißt hier « oder wenigstens », « oder auch nur »; vgl. HEUMANN/SECKEL s.v. Nr. 3-4, VIR V 1248 ff.

(54) ... *quod si iam aedificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere ius sibi esse, fructuarius autem non potest, quia amisit usum fructum: et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Iulianus ait...*

(TEXT 7:) D. 4,3,38 (Ulpianus libro 5. opinionum):

Quidam debitor epistulam quasi a Titio mitti creditori suo effecit, ut ipse liberetur: hac epistula creditor deceptus Aquiliana stipulatione et acceptilatione liberavit debitorem: postea epistula falsa vel inani reperta creditor maior quidem annis viginti quinque de dolo habebit actionem, minor autem in integrum restituetur.

Ein Schuldner legt seinem Gläubiger den Brief eines gewissen Titius vor, in dem Titius verspricht, für die Verbindlichkeiten des Schuldners aufzukommen. Aufgrund dieses *constitutum debiti alieni* erläßt der Gläubiger dem Schuldner seine sämtlichen, durch *stipulatio Aquiliana* novierten Verpflichtungen im Wege förmlicher *acceptilatio*. Stellt sich nun das Konstitut des Titius als gefälscht oder auch nur als unwirksam heraus, erhält der volljährige Gläubiger gegen den Schuldner die *actio de dolo*, der Minderjährige aber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Obwohl die « *opiniones* » wahrscheinlich erst in nachklassischer Zeit zusammengestellt wurden⁽⁵⁵⁾, ist das Fragment seinem Inhalt nach gewiß klassisch⁽⁵⁶⁾. Näf = Hofmann (S. 20) nahm diesen Text als Hauptbeleg für den engen *dolus*-Begriff (Fälschung) in Anspruch, übersah dabei aber vollkommen die zweite Sachverhaltsvariante « *vel inani reperta* ». Die *actio de dolo* soll nicht nur bei absichtlich gefälschtem Konstitut eingreifen, sondern auch wenn es sich später aus irgendeinem Grund als unwirksam (*inanis*) herausstellt⁽⁵⁷⁾. Ob der Schuldner diese Unwirksamkeit bei der Vornahme der *acceptilatio* sogleich

(55) So zuletzt LIEBS, *Ulpiani opinionum libri VI*, TR 41 (1973) 179 ff. gegen SANTALUCIA, *I libri opinionum di Ulpiano I/II* (1971), der ihre Authentizität verteidigt; Santalucia eher zustimmend BONINI, *Iura* 22 (1971) 250-256. Alt. Lit. bei WACKE, ZSS 88 (1971) 110 A. 22.

(56) Klassisch ist insbesondere, daß nur ein minderjähriger Gläubiger die *restitutio in integrum* (sc. *propter minorem aetatem*) beanspruchen kann, da es eine Wiedereinsetzung Volljähriger im Edikt nicht gab, die *actio de dolo* vielmehr deren Funktion miterfüllte: WACKE, *Kannte das Edikt eine i. restitutio propter dolum?* ZSS 88 (1971) 105 ff., zum Text 109 ff.; im gleichen Sinn SANTALUCIA II 226 ff. (insbes. gegen Biondi); BRUTTI II 613; zum Fragenkreis zuletzt KASER, ZSS 94 (1977) 143 ff.

(57) Vgl. WACKE aaO. 111 A. 26; SANTALUCIA II 227 A. 63; von SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*² (1935) 263 A. 3 (non vidi) als glossematisch verdächtig.

erkannt hat (dann wäre ein arglistiges Verhalten zweifellos zu bejahen), geht aus dem Text nicht hervor und wird somit wohl nicht vorausgesetzt. Auch aus « *creditor deceptus* » ist eine Betrugsabsicht des Schuldners nicht notwendig zu folgern, vielmehr sieht sich der Gläubiger nur in seinem Vertrauen auf die Gültigkeit des Konstituts enttäuscht. Das Passiv « *deceptus* » setzt eine Täuschungshandlung des Gegners nicht voraus. Der Gläubiger ist « betrogen », wenn die formlose Expromissionszusage nicht wie erwartet zu seiner Befriedigung führt. Wenn der zu expromittierende Schuldner dennoch auch bei bloß unwirksamen Konstitut mit der *actio de dolo* haften soll, dann erlegt ihm der Jurist eine Garantiehaftung für die Verität der von Titius übernommenen Verbindlichkeit auf. Infolge der *acceptilatio* sind seine Schulden zwar *ipso iure* erloschen und können daher auch nach prätorischem Amtsrecht nicht wieder aufleben⁽⁵⁸⁾. Der Schuldner ist aber zumindest sittlich verpflichtet, den Gläubiger anstelle des Titius zu befriedigen; mit der Berufung auf seine ohne Gegenleistung eingetretene Befreiung handelt der Schuldner *dolos*, auch wenn sich das Konstitut später als wirkungslos herausstellt.

3. Den Fall einer *expromissio* haben wir auch in

(TEXT 8:) D. 4,3,7,8 (Ulpianus libro 11. ad edictum):

Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea conditione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio: manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit locum habere de dolo actionem. sed si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur, dicendum ait patronum exceptione a reo summovendum...⁽⁵⁹⁾.

(58) Insbesondere entfällt die Möglichkeit, dem Gläubiger gegen eine vom Schuldner eventuell nur vorzuschützende Einrede eine *replicatio doli* zu gewähren, wie in Paul. D. 4,3,25; dazu WACKE, ZSS 88, 116 ff.; BRUTTI II 531 ff.; KASER, ZSS 94, 149 f. Zur Novationswirkung der *stipulatio Aquiliana* vgl. STURM, *Stipulatio Aquiliana* (1972) 326, 336 z.St.

(59) Zum Text ausführlich ALBANESE 219-230; JACOTA, RIDA 13 (1966) 209-215 (beide in Einzelheiten nicht ganz unbedenklich). Eine weitere einschlägige Abhandlung von JACOTA ist jetzt angeführt in RHD 56 (1978) 537.

Nach einer Freilassungsabrede hatte der Sklave seinem Herrn einen *Expromissor* zu stellen mit der Zusage, daß er dessen Verbindlichkeit nach seiner Freilassung selber übernehmen werde. Die als Umweg erscheinende Interzession des *Expromissors* war notwendig wegen des Rechtssatzes, wonach Freigelassene aus Handlungen, die sie noch als Sklaven vornahmen, weder haften noch Rechte herleiten können⁽⁶⁰⁾. Rechtshandlungen eines Sklaven werden dem späteren Freigelassenen aus durchaus humanen Gründen nicht zugerechnet. Mit der *manumissio* entsteht eine neue Rechtsperson; deren Identität mit demselben versklavt gewesenen Menschen wird juristisch geleugnet. — Weigert sich nun der Freigelassene, die Verbindlichkeit des nur gefälligkeitshalber eingesprungenen *Expromissors* abredgemäß selbst zu übernehmen, so haftet er nach Pomponius mit einer *actio de dolo*. Ebenso steht auch der Klage des *Patrons* gegen den *Expromissor* die *exceptio doli* entgegen, wenn sich der *Patron* weigert, anstelle des *Expromissors* abredgemäß *novandi causa* vom *libertus* zu stipulieren.

Text 8 ist meines Wissens der einzige Text, der *actio de dolo* und *exceptio doli* nebeneinander erwähnt. Daß er den Gleichklang des *dolus*-Begriffs in beiden prätorischen Rechtsbehelfen verdeutlicht, macht ihn besonders wertvoll. Der Verstoß gegen das *quod actum est* ist ein anerkannter, seit *Ofilius* wiederholt bezeugter Anwendungsfall der *exceptio doli*⁽⁶¹⁾ und nach vorliegendem Text auch der *actio de dolo*. Auf die Weigerung zu abredgemäßem Verhalten reagiert der *Prätor* mit beiden Rechtsbehelfen; und ob nun die *actio* oder die *exceptio* eingreift, ist lediglich eine Frage der Parteistellung: die *actio de dolo* bei Weigerung des Schuldners, die *exceptio doli* bei Weigerung des Gläubigers.

Text 8 spricht somit gegen die häufige Annahme unterschiedlicher *dolus*-Begriffe von *exceptio doli* und *actio de dolo*.

(60) Vgl. Marcellus-Ulp. D. 2,14,7,18: *quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem*; ebenso Paul D. 50,17,146; dazu WACKE, ZSS 90 (1973) 241 ff. 243 A. 107, 244.

(61) *Ofil.*-Ulp. D. 44,4,4,6; dazu WACKE, RIDA 17 (1970) 345 ff.; ferner etwa Ulp. D. 45,1,36; Paul. D. 19,2,54,1.

In der Tat wissen die Quellen von einem solchen, besonders von Litten (o.A. 19) behaupteten Unterschied nichts. Ulpian erklärt im Gegenteil am Beginn seines Kommentars zur *exceptio doli* deutlich:

(TEXT 9:) D. 44,4,2pr. (Ulpianus libro 76. ad edictum):

Palam est autem hanc exceptionem ex eadem causa esse propositam, ex qua proposita est de dolo malo actio.

Damit scheint die von Labeo für die *actio de dolo* gegebene *dolus*-Definition (oben I) auch für die *exceptio doli* in Bezug genommen. Im Anschluß an diesen Einleitungssatz reiht Ulpian zahlreiche Beispielfälle für die *exceptio doli* aneinander, ohne eines unterschiedlichen Anwendungsbereichs zur *actio de dolo* zu gedenken. Wenn es derartige Unterschiede gegeben haben sollte, dann sind sie den römischen Juristen jedenfalls kaum bewußt geworden.

VI. Der Bruch unklagbarer Verbindlichkeiten und anderer Zusagen

1. Schon Labeos Zeitgenosse Fabius Mela reagierte auf den im Bruch einer unklagbaren Verbindlichkeit liegenden Verstoß gegen die *bona fides* mit der *actio de dolo* nach

(TEXT 10:) D. 11,7,14,2 (Ulpianus libro 25. ad edictum):

Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit: credo tamen et extra ordinem eum a praetore compellendum funus ducere.

Der Erblasser beauftragte eine Person, nach seinem Tode für seine Bestattung zu sorgen. Der Beauftragte nahm sogar schon das Geld für die Bestreitung der Begräbniskosten entgegen, kümmert sich dann aber nicht darum, so daß der Erbe oder sonst Bestattungspflichtige⁽⁶²⁾ die Leiche bestattet. Hier hat der

(62) Vgl. zur *actio funeraria* die Angaben bei KASER, *RP* I² 626 A. 8, dazu M. RICCA = BARBERIS, *Funerali* (Milano 1906, estratto da Enciclopedia Giuridica Italiana); RABIE, *L'acte juridique post mortem* (1955) 459-468. über testamentarische Anordnungen und Auflagen hinsichtlich der

Erbe die *actio de dolo* gegen den Beauftragten auf Erstattung seiner Auslagen. Die *actio mandati* ist deswegen unanwendbar, weil ein *mandatum post mortem* nach einem formalen Rechtsprinzip ungültig ist⁽⁶³⁾. Eine analoge Mandatsklage (als *actio utilis*) wird nicht diskutiert, da hier die *actio de dolo* zur Verfügung steht. Da es aber gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wenn Leichen unbestattet bleiben⁽⁶⁴⁾, und da nicht abgewartet werden kann, bis sich hierfür ein Kläger findet, soll nach Ulpian der Magistrat⁽⁶⁵⁾ auch vom Amte wegen den Beauftragten zur Beerdigung zwingen⁽⁶⁶⁾. Die Nichterfüllung eines *mandatum post mortem* gilt hiernach jedenfalls dann als dolos, wenn der Beauftragte dafür einen Kostenvorschuß empfing (wohl keine Vergütung, sondern nur Aufwendungsersatz), obschon der Auftrag selbst nichtig ist und ein rechtsgeschäftlicher Erfüllungszwang somit nicht ausgeübt werden kann. Auch Verstöße gegen nicht einklagbare *fides*-Pflichten können danach einen *dolus*-Vorwurf begründen.

Moralisch erscheint das Verhalten des Beklagten hier beson-

Bestattung F. MAROI, *Scritti giuridici I* (1956) 541 ff. (ex *Studi Arangio-Ruiz II* 1952); AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale I* (Firenze 1966) 158 ff.

(63) KASER, *RP²* I 578 m. A. 19, 22 m. Lit.; zum Text bes. RABIE aaO. 461 f.; WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law* (1961) 150 f. (mit nur teilweise akzeptabler Begründung). «*Mandaverit*» ist von Mela daher untechnisch gebraucht: KASER 577 A. 1.

(64) So bes. Pap. D. 11,7,43: *nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent...* dazu Th. HONSELL, *ZSS* 95 (1978) 128.

(65) Die Zuständigkeit des Prätors bezweifelt u.a. PERNICE, *Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren i.d. röm. Kaiserzeit*, Festg. G. Beseler (Berlin 1885) 57; vgl. KASER, *RZ* 360 A. 66 zum Bestattungszwang *extra ordinem*. (*Funus ducere* hat entgegen *RZ* 364 A. 28 mit Notwegrecht zum Grab nichts zu tun). Zur Zuständigkeit der kurulischen Ädilen, u.U. der Pontifices für Entscheidungen über die Zulässigkeit von Bestattungen s. KASER, *ZSS* 95 (1978) 88.

(66) Vgl. J.L. MURGA, *Donaciones y testamentos in bonum animae en el derecho romano tardío* (Pamplona 1968) 166 A. 260, 303 A. 18, 305 A. 22; O. BEHREND, *Die röm. Geschworenenverfassung* (1970) 185 A. 11. Kein Verstoß gegen die Subsidiarität der *actio de dolo*: ALBANESE 298. Das *mandatum post mortem* wird durch den hoheitlichen Zwang aber nicht gültig. Für Unechtheit ohne Begründung BESELER, *ZSS* 44, 391.

ders anstößig, denn mit der unterlassenen Totenbestattung verletzte er zugleich eine sakrale *fides*-Pflicht⁽⁶⁷⁾ (vgl. nur das Antigone-Motiv).

2. In einem vergleichbaren Fall reagierte schon Labeo selber auf die Nichterfüllung einer nicht erzwingbaren Zusage mit der *actio de dolo*:

(TEXT 11:) D. 4,3,9,3 (Ulpianus libro 11. ad edictum):

Labeo libro trigesimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos deiudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta conditione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. Sed Pomponius libro vicesimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo; quae distinctio vera esse videtur.

Titius beanspruchte dem Tu gehörendes Öl als sein Eigentum (vielleicht bestand Anlaß zur Annahme einer Verwechslung mit seinem Öl beim Pressen in einer Ölmühle). Tu wollte das Öl wohl ohnehin verkaufen und einigt sich mit Titius in dem Sinne, daß Tu das Öl beim Ölhändler Sejus zwecks Veräußerung in Verwahrung gibt. Den erzielten Erlös soll Sejus solange zu treuen Händen verwahren, bis der Rechtsstreit über das Eigentum am Öl zwischen Tu und Titius entschieden ist. Nachdem Sejus das Öl auftragsgemäß verkauft hat, weigert sich jedoch Titius, sich auf den Rechtsstreit über das Eigentum einzulassen. Ob Titius zur Einlassung irgendwie gezwungen werden könnte, bleibe dahingestellt. Die Defensionsverweigerung betrachten die Juristen jedoch übereinstimmend als *dolos*. Da dem Tu gegen Sejus weder die *actio mandati* zusteht noch die *actio sequestraria* mangels erfüllter Hinterlegungsbedingung⁽⁶⁸⁾, gewährte Labeo

(67) Vgl. PERNICE 218 f. z.St. Zum Zusammenhang von Sakralordnung und weltlichem Recht im röm. Grabrecht jetzt KASER, ZSS 95 (1978) 17 ff., 21 ff.

(68) Zur *actio sequestraria* s. die Angaben bei KASER, *RP*² I 536, II 372 A. 34, 600 (zu § 126 a.B.).

dem Tu die *actio de dolo* gegen Titius. An dieser Lösung befremdet, daß dann Sejus den für das Öl erzielten Verkaufserlös ungerechtfertigterweise für sich behalten könnte. Vermutlich aus diesem Grunde gewährte Pomponius dem Tu in erster Linie eine *actio praescriptis verbis* gegen Sejus. Sie ist in einem solchen Fall gewiß klassisch, wo Sachen zu vorübergehender Zweckbestimmung übergeben wurden⁽⁶⁹⁾. Die *actio de dolo* gewährt Pomponius gegen Titius nur in dem Fall, daß Sejus inzwischen in Konkurs gefallen sein sollte. Die abredewidrige Verweigerung der Einlassung auf einen Rechtsstreit um das Eigentum betrachten die beteiligten Juristen somit unter den gegebenen Umständen übereinstimmend als *dolus*. Denn darüber, daß Titius den Tatbestand der *actio de dolo* erfüllt hat, bestand unter den zitierten Juristen kein Streit⁽⁷⁰⁾. Ob Titius von vornherein dazu entschlossen war, sich auf den Rechtsstreit nicht einzulassen und seine Prozeßführungsabsicht somit nur vortäuschte, um den Tu zu schikanieren, erscheint dabei nicht erheblich: Auch wenn er die Verabredung mit Tu redlichsten Sinnes einging und erst später wortbrüchig wurde, gilt sein Verhalten als *dolus* (Ingerenz-Gedanke: « Wer A sagt muß auch B sagen »).

3. Bei der nicht einklagbaren Beauftragung eines Feldmessers gewährt Ulpian die *actio de dolo* auch in

(TEXT 12:) D. 11,6,5pr. (Ulpianus libro 24. ad edictum):

Si mentor non falsum modum renuntiaverit, sed traxerit renuntiationem et ob hoc evenerit ut venditor laederetur, qui adsignaturum se modum intra certum diem promisit, haec actio locum non habet: sed nec dari utilem debere Pomponius ait. erit ergo ad actionem de dolo decurrendum.

Die oft sehr angesehenen, später durch Privilegien ausgezeichneten römischen Agrimensoren leisten Dienste höherer Art

(69) KASER, *RP²* I 581 A. 6 a.E., II 421 m.A. 19, je z.St. Vgl. den ähnlichen Fall bei Ulp. D. 19,5,18 mit guter Begründung.

(70) Zu der im Text behandelten Kontroverse vgl. NÄF = HOFMANN 41 f.; ALBANESE 253-261; LONGO 154, 156 ff.; DERS., *Ricerche* 773 f.; alle m. weit. Lit.

(*operae liberales*)⁽⁷¹⁾. Sie haften daher nicht aus *locatio conductio*, aber regelwidrig auch nicht aus Mandat⁽⁷²⁾. Vielmehr enthält das prätorische Edikt gegen sie eine spezielle Klage für den Fall vorsätzlich falscher Erstattung ihres Vermessungsgutachtens: *Si parcat Numerium Negidium... modum falsum renuntiasse dolo malo*⁽⁷³⁾. Für fahrlässig falsche Vermessung haftet ein *agrimensor* nicht; nur *culpa lata* soll dem *dolus* sinnvollerweise gleichstehen (Ulp. D. 11,6,1,1)⁽⁷⁴⁾, vermutlich weil der Beweis für eine bewußt falsche Vermessung sehr schwer zu führen ist. Die Klage richtet sich gegen den, der absichtlich ein falsches Gutachten erstattet hat: *Is autem tenetur hac actione, qui renuntiavit* (Ulp. eod. § 2). Schädigt der *ensor* seinen Auftraggeber wie im Fall von Text 12 lediglich durch eine Verzögerung der Vermessung, so sind die Voraussetzungen für diese Klage somit nicht erfüllt; nach Pomponius ist sie auch nicht als analoge zu gewähren⁽⁷⁵⁾. Vielmehr muß auf die allgemeine *actio de dolo* zurückgegriffen

(71) Vgl. CHANTRAINE, *Kleiner Pauly* II 528 ff.; K. VISKY, *Geistige Arbeit und die artes liberales* (Budapest 1977) 35 ff.

(72) Nach VISKY 42 liegt der Beauftragung des Feldmessers dennoch ein Mandat zugrunde; vgl. *mandaverim* in D. 11,2,6,1. Aber der Sprachgebrauch im Sachverhalt muß nicht technisch sein, ebensowenig wie in Text 10, vgl. o.A. 63.

(73) LENEL, *EP*³ 219. Sehr weit geht die Haftung des beauftragten *agrimensors* für die Übertragung der Vermessungstätigkeit auf einen Dritten: *quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti* (D. 11,6,2,1). Diese Begründung paßt nur in dem seltenen Fall, daß der Übertragende von vornherein weiß oder damit rechnen muß, sein Substitut werde vorsätzlich falsch vermessen. Im übrigen klingt sie rabulistisch und deutet eher auf eine erstrebte Garantiehaftung (die für Erfüllungsgehilfen angemessen wäre) denn auf bloße Haftung für *culpa in eligendo*.

(74) Dazu F. MOMMSEN, *Über die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus*, Anhang II zu dessen *Erörterungen aus dem Obligationenrecht* II (1879) 175-215, 185 f. z.d.St.; BURCKHARDT, *Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und culpa lata* (1885) 12 f. z.d.St.; weit. Lit. bei WACKE, *RIDA* 26 (1979) sub XII.

(75) Weshalb die Erwähnung der *actio utilis* hier interpoliert sein soll (so VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona 1974, 349 f.), ist nicht einzusehen. LENEL, *EP*³ 219 A. 4 äußerte an analogen Klagen in solchen Fällen keine Bedenken.

werden⁽⁷⁶⁾. Die von C. Aquilius Gallus erst um 60 v. Chr. relativ spät eingeführte *actio de dolo* ist hiernach als die historisch jüngere anzusehen: Die speziell gegen den *agrimensor* gerichtete *dolus*-Klage muß es zu diesem Zeitpunkt bereits gegeben haben, denn für ihre spätere Proponierung neben der generellen *actio de dolo* hätte kein Bedürfnis mehr bestanden. Die *ratio* für die Gewährung der *actio de dolo* ist die gleiche wie in den zuvor behandelten Fällen: die Nichterfüllung einer formal nicht einklagbaren Zusage. Die *actio de dolo* fungiert also auch hier als Lückenbüßer für fehlenden ordentlichen Klageschutz, insbesondere für das Versagen der (bei *operae liberales* an sich zuständigen) *actio mandati*; insofern gleicht die Entscheidung dem *mandatum post mortem* im Fall von Text 10. Eine Schadenshaftung wegen treuwidrig verzögerter Vermessung setzt allerdings voraus, daß dem Mensor ein Termin bestimmt war und er um den drohenden Schadenseintritt beim Auftraggeber wußte⁽⁷⁷⁾. War der Mensor wegen Überlastung zur termingerechten Vermessung nicht imstande, so durfte er den Auftrag eben nicht übernehmen. Unvorhersehbare Umstände wie Krankheit u. dgl. dürften ihn jedoch entlasten.

4. Nach den bisherigen Ausführungen überrascht es nicht, mit welcher Selbstverständlichkeit Paulus in Text 13 bei einem auf «*facio ut des*» gerichteten Innominatkontrakt in Ermangelung einer zivilen Klage auf die *actio de dolo* rekurriert. Sie ist zweifellos echt⁽⁷⁸⁾:

(76) Zu Unrecht für interpoliert erklärt von LITTEN 279 ff., NÄF = HOFMANN 31 f. (beide auch zu *dolo trahere* i.S.v. böswilligem Verschleppen). Der Gedankengang: keine ediktale Klage — auch keine *actio utilis* — folglich *actio de dolo*, ist entsprechend der Subsidiarität der letzteren logisch korrekt; s. ALBANESE 286 f. (A. 160 gegen Litten).

(77) Ein Schaden kann dem Verkäufer beispielsweise unter der Voraussetzung entstehen, daß er das Grundstück unter einer auflösenden Bedingung oder mit einem Rücktrittsvorbehalt für den Fall verkauft hat, daß es nicht termingerecht vermessen würde.

(78) MITTEIS 319 A. 15. Nicht überzeugende Verdachtsgründe bei LITTEN 275, LONGO 241 f., NÄF = HOFMANN 33 ff. (m. weit Lit.); sie alle lassen den Paralleltext 14 in diesem Zusammenhang unberücksichtigt. Die beanstandete Wendung «*et ideo de dolo dabitur*» paßt zur Subsidiarität dieser

(TEXT 13:) D. 19,5,5,3 (Paulus libro 5. quaestionum):

Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur.

Diokletian bestätigt diese Ansicht in einem konkreten Beispielfall:

(TEXT 14:) C. 2,20,4 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Menandreae):

Cum proponas inter te et eum, quem in contubernio ancillam tuam sibi coniunxisse memorasti, placuisse, ut tibi pro eadem daret mancipium, intellegis, quod, si manumisisti vel ei tradidisti et ille manumisit, revocandae libertatis potestatem non habes, sed solum, si necdum statutum tempus excessit et fidem placiti rumpat, desiderare debes de dolo tibi decerni actionem. quod si penes te dominium eius remansit, adito praeside provinciae cum natis hanc potes recuperare, si nulla moveatur status quaestio. (a. 294)

Sklave und Sklavin verschiedener Herren lebten miteinander im *contubernium*. Der Herr des *servus* wollte seinen Sklaven freilassen und war daran interessiert, daß die mit dem *servus* zusammenlebende *ancilla* ebenfalls frei käme. Dem Herrn der *ancilla* versprach er zum Ausgleich die Gewährung eines anderen Sklaven. Der Herr der *ancilla* hat sie freigelassen oder dem Herrn des *servus* zwecks Freilassung übergeben, bekommt dann aber nicht den versprochenen Ersatzsklaven. In Ermangelung anderer Rechtsbehelfe⁽⁷⁹⁾ erhält der Herr der früheren *ancilla* hier die *actio de dolo* gegen den ungetreuen Kontrahenten, der « *fidem placiti rumpat* »⁽⁸⁰⁾. Eine vorbedachte Schädigung liegt

Klage, zu der sich Paulus in dem Zusammenhang wahrscheinlich ausführlicher geäußert hat. Zu Text 13 überdies eingehend DE FRANCISCI, *Synagoga* I 203 ff. PARTSCH hielt in seiner Rezension dazu die *actio de dolo* in Fällen des *facio ut des* sogar allein für klassisch: ZSS 35 (1914) 339 f.

(79) Insbesondere kann die bereits erfolgte Freilassung nicht rückgängig gemacht werden (« *revocandae libertatis postestatem non habes* »), da es gegen *manumissiones* aus Gründen des *favor libertatis* keine *in integrum restitutio* gibt: ALBANESE 190 A. 24, 290; WACKEL, ZSS 88 (1971) 112. — Zu dem in Reskripten häufigen Refrain *adito praeside* etc. s. GRADENWITZ, ZSS 23 (1902) 356 ff. m. zahlreichen Parallelen.

(80) Klassisch auch nach DE FRANCISCI I 208 f.; vgl. PARTSCH (o.A. 78); vgl. VOGL, *Dottrina romana del contratto* (1946) 272 (*non vidi*).

auch hier nicht vor. Zu unterstellen, der Herr des *servus* sei schon bei der Eingehung der Tausch-Absprache entschlossen gewesen, die zugesagte Gegenleistung nicht zu erbringen, wäre willkürlich; diese Absicht zu beweisen, wäre kaum möglich. Der bloße Wortbruch, das *rumpere fidem*, genügt für die *actio de dolo*. Der *dolus* liegt schon in der Weigerung allein, eine mögliche Leistungspflicht zu erbringen. Für die *actio mandati* bestätigt dies etwa Ulp. D. 17,1,8,9: *dolo facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit*; für die *actio de peculio* ebenfalls Ulp. D. 15,1,36 i.f.: *videtur autem dolo facere dominus, qui cum haberet restituendi facultatem non vult restituere*.

5. Die deliktische *dolus*-Klage hat demnach sogar einen weiteren Anwendungsbereich als die vertraglichen *bonae-fidei-iudicia*, die wegen der Begrenztheit des römischen Klagensystems in den vorgeführten Fällen nicht zur Verfügung standen. Die Hypothese hat danach einiges für sich, daß der Ursprung vieler Kontraktklagen im deliktischen Bereich zu suchen sei. Zuzustimmen ist jedenfalls der Vermutung von Mitteis (S. 320), daß die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der *actio de dolo* mit der Enge des römischen Aktionenschemas zusammenhängt⁽⁸¹⁾. In dieser Ausdehnung waren die Juristen, wie wir sahen, von den Frühklassikern Fabius Mela und Labeo (Texte 10 und 11) über die Spätclassiker Ulpian und Paulus (Texte 12 und 13) bis hin zu Diokletian (Text 14) einer Meinung. Die konsequente Schlußfolgerung aus der Annäherung der *actio de dolo* an die Vertragshaftung zog ebenfalls bereits Labeo bei der Haftung für Gewalt unterworfenen:

(TEXT 15:) D. 4,3,9,4a (Ulpianus libro 11. ad edictum):

Haec de dolo actio noxalis erit: ideo Labeo quoque libro trigensimo praetoris peregrini scribit de dolo actionem servi nomine interdum de peculio, interdum noxalem dari.

(81) Auch wenn mit der *actio de dolo* haftet, wer wissentlich eine fremde Sache verschenkt (Lab.-Ulp. D. 39,5,18,3), falsche Gewichte verleiht (Treb.-Paul. D. 4,3,18,3) oder einen ihm bloß verpfändeten Sklaven *noxae* dediert (Ulp. D. 4,3,9,4), so beruht dies ebenfalls auf dem Fehlen entsprechender Vertragsklagen.

nam si ea res est, in quam dolus commissus est, ea qua de peculio daretur actio, et nunc in peculio dandam: sin vero ea sit, ex qua noxalis, hoc quoque noxale futurum.

Als deliktische Klage ist die *actio de dolo* zwar grundsätzlich noxal⁽⁸²⁾, bisweilen aber nach Labeo auch *de peculio* gegen den Gewalthaber zu richten. Das richtet sich nach der zugrunde liegenden *causa*: *De peculio* ist die *actio de dolo* dort zu gewähren, wo der Kläger mit dem Gewaltunterworfenen in rechtsgeschäftliche (oder geschäftsähnliche) Beziehungen eingetreten war und infolgedessen, falls für diesen Sachverhalt eine Vertragsklage zur Verfügung stünde, auch die Vertragsklage *de peculio* zu gewähren wäre. In den vorerwähnten Texten war dies stets der Fall. Zahlreiche Interpreten, die den Text für interpoliert erklärten⁽⁸³⁾, erkannten diesen Zusammenhang nicht. Die Funktion der zugleich sachverfolgenden *actio de dolo* als Aufgangtatbestand und Annex der Vertragshaftung wurde danach aber schon von Labeo deutlich herausgestellt⁽⁸⁴⁾: Wenn sie sich dazu eignete, die im System der benannten Schuldverträge und Innominatkontrakte verbliebenen Lücken zu schließen, dann mußte es konsequent erscheinen, sie auch in ihren Wirkungen einer Vertragsklage insoweit anzunähern. Denn ein rechtsgeschäftlicher Kontakt zwischen Schädiger und Geschädigtem ist doch sogar bei der schlimmsten Begehungsform des *dolus* — beim Betrug — gegeben⁽⁸⁵⁾.

(82) Vgl. zum *dolo desinere possidere* Paul. D. 10,4,16.

(83) u.a. BIONDI, *Actiones noxales* 155; LONGO, 244; VOCI, *Risarcimento e pena privata* (1939) 115; DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité* (1947) 487; zuletzt VALIÑO, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, *AHDE* 38 (1968) 459 f.; dagegen KASER, *RP* II² 431 A. 52, bes. 482 A. 57; für Echtheit im Kern auch bereits PERNICE 202 f. Wenn die Textkritiker eine Pekuliarhaftung bei einer Klage für undenkbar hielten, die wie die *actio de dolo* « per definitionem pönal » sei (so VOCI aaO), so ist dies eine *petitio principii*. Ulpian D. 50,17,58 kennt Ausnahmen: *Ex poenaliibus causis non s o l e t in patrem de peculio actio dari*; zutr. KASER aaO. Die für Labeo ausdrücklich angegebene Fundstelle kann zudem schwerlich später erfunden worden sein; s. dazu SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino* (1954) 108 ff.

(84) Zutr. PERNICE 202 f.

(85) Zutr. Hinweis von GRUNWALD 52.

VII. Der Widerruf gefälligkeitshalber eingeräumter Gestattungen

Hier sind zwei Texte mit fast identischem Sachverhalt zu behandeln ⁽⁸⁶⁾:

(TEXT 16:) D. 19,5,16,1 (Pomponius libro 22. ad Sabinum):
Permisisti mihi ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem; sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.

(TEXT 17:) D. 4,3,34 (Ulpianus libro 42. ad Sabinum):
Si cum mihi permisisses saenum ex fundo tuo eicere vel cretam vel arenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit.

Ein Grundeigentümer gestattet seinem Nachbarn unentgeltlich, seinen Acker zu bestellen und die Früchte zu ernten. Nachdem der Nachbar den Acker umgegraben und die Saat in den Boden gebracht hat, verbietet ihm der Eigentümer zu ernten (Text 16). Oder der Eigentümer erlaubt einem anderen, Steine oder Kreide aus seinem Grundstück zu brechen oder Stand zu graben. Nachdem der Begünstigte zu diesem Zweck im Vertrauen auf die Erlaubnis kostspielige Investitionen erbrachte, sperrt ihm der Eigentümer den Zugang (Text 17). Da die Gebrauchserlaubnis hier nicht in Stipulationsform versprochen wurde, bleibt nur die *actio de dolo* übrig. Mangels vereinbarter Vergütung entfällt insbesondere eine *locatio conductio* des Grundstücks oder *emptio venditio* der Erzeugnisse ⁽⁸⁷⁾. Der *dolus* liegt ähnlich den vorigen Fällen im Bruch des gegebenen Wortes,

(86) Dazu neuerdings beiläufig J. DE BOER, *De winning van delfstoffen* (= Mineralien) *in het romeinse recht* etc. (Leiden/Zwolle 1978) 77. Hinsichtlich des *dolus*-Begriffs interpretiert NÄF = HOFMANN 21 f., 29 f. beide Texte merkwürdigerweise an verschiedenen Stellen und zu Unrecht in unterschiedlichem Sinn.

(87) Vgl. Pomp. D. 19,5,16 pr. Da der Kläger ohne Trennung auch noch nicht Eigentümer der Erzeugnisse geworden ist, entfallen zugleich die *rei vindicatio*, die *actio ad exhibendum* und die *actio iniuriarum*; vgl. Pomp. aaO; Iul. D. 19,1,25; dazu RABER, *Grundlagen klassischer Injuriensprüche* (1969) 163 ff.

d.h. im unzeitgemäßen Widerruf der gefälligkeitshalber eingeräumten Gestattung. Daß der Eigentümer seine Bereitschaft nur vortäuschte und von Anfang an dazu entschlossen war, sein Wort nicht zu halten, kann hier ebensowenig unterstellt werden wie in den vorigen Fällen. Die Verwandtschaft mit den Voraussetzungen der *exceptio doli* zeigt sich auch an diesen Entscheidungen: Der Benachteiligte könnte nämlich, falls er das Grundstück besäße, seinen Anspruch auf Verwendungsersatz mit der *exceptio doli* durchsetzen⁽⁸⁸⁾ (die subsidiäre *actio de dolo* würde für ihn dann entfallen: D. 4,3,1,4; cf. D. 4,3,40). Wegen des hier hinzukommenden Wortbruchs des Grundstückseigentümers wiegt der *dolus*-Vorwurf aber noch schwerer als in den gewöhnlichen Fällen eines Retentionsrechts.

VIII. Zusammenfassung. Die moralische Komponente des *dolus*-Begriffs

1. Überschauchen wir abschließend nochmals die vorgeführte Kasuistik, so ist festzustellen: Der *dolus* liegt einmal in der Berufung auf eine vom Verpflichteten selbst in zurechenbarer Weise herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung (Texte 3, 5 und 6). Zweitens liegt er in der Nichteinhaltung gewisser Zusagen, auch wenn sie als solche nicht einklagbar sind, wie in den Fällen des «*facio ut des*» (Texte 13 und 14), in der Nichterfüllung der *pactio pro libertate* (Text 8), des *mandatum post mortem* (Text 10), der Sequestrierungsübereinkunft (Text 11), der Vermessungszusage innerhalb bestimmter Frist (Text 12). Dieser objektivierte, über Betrug und arglistige Täuschung weit hinausgehende *dolus*-Begriff der *actio de dolo* ist mit Labeos Definition in D. 4,3,1,2 (o.A. 3 sub a) kaum noch zu vereinbaren. Eher trifft Ulpians für die *exceptio doli* angegebene *ratio* in Text 4 auch auf die *actio de dolo* zu: *ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem acquitatem prosit*. Billigkeit und Treu und Glauben fordern, daß das Vertrauen

(88) Dazu jetzt A. BÜRGE, *Retentio in röm. Sachen- und Obligationenrecht* (Zürich 1979) 14 ff.

auf das gegebene Wort geschützt wird: *Bona fides exigit, ut id quod conventit fiat* (Iav. D. 19,2,21)⁽⁸⁹⁾. Ein Bruch dieses Vertrauens ist auch und gerade dann *dolos*, wenn das Zivilrecht aus einem mehr oder weniger zufälligen Grunde keinen besonderen Klageschutz zur Verfügung stellt. Solche « Rechtszufälle » oder « *occasiones iuris civilis* » sind unter gewissen, vom Verpflichteten zu verantwortenden Umständen die Regeln « *impossibilium nulla obligatio* » (Texte 3 und 5) — « *extinguitur ususfructus rei mutatione* » (Text 6) — Unklagbarkeit der *pactio pro libertate* (Text 8) — Ungültigkeit des *mandatum post mortem* (Text 10) u.s.f., sowie allgemein das Fehlen spezieller Klagen bei den Innominatkontrakten (Texte 13 und 14). Derartige bei ihrer Einführung und vielleicht in ihrem Kernbereich auch später noch berechnete Regeln des Strengrechts empfindet das entwickelte hoch- und spätklassische Recht als in ihren Auswirkungen zu starr. Die *actio de dolo* schränkt sie daher zugunsten des Klägers in ähnlicher Weise ein wie die *exceptio doli* in anderen Fällen zugunsten des Beklagten. Wegen dieser Verwandtschaft mit der *dolus*-Einrede bezeichnete Mitteis (S. 320) die *actio de dolo* somit nicht zu Unrecht als « fast allgemeine Billigkeitsklage ».

2. Trotzdem darf die ethische Komponente des *dolus*-Vorwurfs nicht übersehen werden⁽⁹⁰⁾. Er enthält auch für die Spätklassiker ein sittliches Unwerturteil über den Beklagten, wie die Ulpiantexte 18 und 19 lehren:

(TEXT 18:) D. 4,3,7,10 (Ulpianus libro 11. ad edictum):

Idem Pomponius refert Caccidianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui affirmaverat ideonum esse eum, cui mutua pecunia dabatur; quod verum est: nam

(89) Zum Zusammenhang s. KNÜTEL, *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften*, in: Studien im röm. Recht für Max Kaser (Hamburg 1973) 37 ff.

(90) Vgl. KASER, *RP II*² 349. Gegen CARCATERRA, der die Zusammenhänge der generalklauselartigen Blankettbegriffe *bona fides* und *dolus malus* mit der römischen Sozialmoral wiederholt leugnete, s. außer KASER aaO A. 21: WACKE, *ZSS* 88 (1971) 443 und 94 (1977) 224 A. 117 m. weit Nachw.; dort insbes. zur Abgrenzung vom erlaubten Gewinnstreben (*invicem se circumscribere*, S. 185 ff.) und vom *dolus bonus* (S. 221 ff.).

nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari.

(TEXT 19:) D. 4,3,7,7 (Ulpianus libro 11. ad edictum):

Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.

Nach Text 18 setzt die *actio de dolo* eine « *magna et evidens calliditas* » voraus und darf darum nicht gewährt werden, wenn jemand leichtfertig einen Darlehnsnehmer als kreditwürdig ausgab und dadurch den Geldgeber schädigte. In diesem Fall fehlt es an der *iusta causa* für die der prätorischen Ermessensprüfung vorbehaltene, infamierende *actio de dolo*. Denn auf die unverbindliche Auskunft durfte sich der Kreditgeber nicht verlassen: Sofern nicht etwa ein Kreditmandat vorlag, hatte er die Zahlungsfähigkeit des Darlehnsnehmers auf eigenes Risiko zu prüfen⁽⁹¹⁾.

Nach Text 19 entfällt gleichfalls die *actio de dolo*, wenn jemand einen fremden gefesselten Sklaven aus Mitleid losbindet und ihm so zur Flucht verhilft. Obgleich er den Eigentümer des Sklaven dadurch schädigt, wird sein sittlich billigenswertes Motiv anerkannt, da die Gebote der *humanitas* nach *ius naturale* auch Sklaven gegenüber zu wahren sind⁽⁹²⁾.

Wegen des moralischen Unwerturteils über den Beklagten darf die *actio de dolo* nach Ulpian D. 4,3,11 auch nicht gegen Respektspersonen und sonstige hochgestellte Persönlichkeiten gewährt werden: Kindern nicht gegen ihre Eltern, Freigelassenen nicht gegen ihren Patron, einem Plebejer nicht gegen eine Person von konsularischem Rang. Die statt ihrer zu gewährende *actio in factum* dürfte der in Text 19 erwähnten entsprechen: Ihr schonend-euphemistisch umschriebener Tatbestand bezog sich nur auf den objektiven Verstoß gegen die *bona fides*.

(91) Vgl. WACKE, ZSS 94 (1977) 196 f. A. 54. S. aber für den betrügerischen Darlehensvermittler oben A. 29.

(92) Vgl. WACKE aaO. 227 f. A. 193; allg. bereits WINDSCHEID, *Pand.*⁹ I § 101 A. 6 m. weit. Ang.

Insgesamt machen sich im Anwendungsbereich der *actio de dolo* somit gegenläufige Tendenzen bemerkbar, deren Vereinigung der klassischen Jurisprudenz vielleicht nicht mehr ganz gelungen ist.