

Erklärungen römischer Juristen zur Funktion der Wendung *ex fide bona* in Klageformeln ⁽¹⁾

von Wojciech DAJCZAK

(Poznań/Toruń)

Unter den Rechtstexten der späten Republik und des Prinzipats weisen insbesondere Juristenschriften die Wendung *bona fides* auf, daneben Klagenformeln im prätorischen Edikt ⁽²⁾,

1) Für die sprachliche Verbesserung des Textes bin ich meinem Freund Dr. Martin AVENARIUS sehr dankbar.

2) Vgl. EP, S. 154; Tit. XIV *De iudiciis*, par. 56 *In bonae fidei iudiciis quando praescribatur?*; Vgl. jedoch: F. PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*, [in:] *Conferenze per il XIV centenario delle pandette 15 dicembre 530 - 15 dicembre 1930*, Milano 1930, S. 204; Tit. XV *De his quae cuiusque in bonis sunt*, par. 60 (59) *De Publiciana in rem actione*; EP, S. 288 ff; Tit. XIX *De bonae fidei iudiciis*; EP, S. 386; Tit. XXXI *De liberali causa*, par. 181 *Si quis ei, cui bona fide serviebat, damnum dedisse dicitur*. In der Wissenschaft gibt es Divergenzen bezüglich der Frage, in wessen Edikt eine Verweisung auf die *bona fides* früher erschien. Dazu vgl.: F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, ZSS 80 (1963), S. 9 ff., nach dem es in der Praxis des Stadtprätors geschah. Anders: M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, ZSS 59 (1939), S. 67 ff; W. KUNKEL, *Fides als*

die *lex Rubria de Gallia Cisalpina* (3) und etliche Konstitutionen vom Ende der klassischen Periode (4). Der Prätor erklärte nicht

schöpfendes Element im römischen Schuldrecht, [in:] *Festschrift Paul Koschaker*, Bd. 2, Weimar 1939, S. 8 ff. Weitere Meinungsverschiedenheiten betreffen das Problem, was der Ursprung der in die prätorische Praxis eingeflossenen Wendung *bona fides* war, ob die altrömische *fides*, so bei: F. PRINGSHEIM, *Aequitas...*, S. 193 ff, oder ob es aus fremden Recht entlehnt wurde, wie E. FERENCZY meint, *Fremde Einflüsse auf die Rechtsentwicklung der klassischen Republik*, R.I.D.A. 18 (1971), S. 522 ff. Dieser Meinung steht G. GROSSO, *Spunti e riflessioni su Cic. pro Q. Roscio Com. 5,15, sui Iudicia legitima da Cicerone e Gaio, e sull'origine dei bonae fidei iudicia*, [in:] *Studi in onore di Antonio Segni*, Bd. 2, Milano 1967, S. 495, skeptisch gegenüber und meint, die Diskussion, ob der Ursprung der *bona fides* beim Prätor oder in den Gewohnheiten zu finden sei, scheine eine reine Denkübung zu sein.

3) Vgl. BRUNS, S. 97 ff; O. GRADENWITZ, *Versuch einer Dekomposition des Rubrischen Fragmentes*, Heidelberg 1915. Dieses Gesetz, erhalten in den Fragmenten einer Bronzetafel, die 1760 in der Gegend von Piacenza gefunden wurde, stammt aus der Zeit zw. 49 u. 42 v. Chr., A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, S. 559; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, S. 373; F. SERRAO, *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Milano 1954, S. 89 ff. Darin sind zwei Formeln mit der Wendung *oportet ex fide bona* enthalten. In der Romanistik herrscht tiefe Uneinigkeit bezüglich der Frage, ob die genannte Wendung als Bezeichnung der Grundlage für ein Schuldverhältnis verwendet wurde, so bei: O. LENEL, EP, S. 4, Anm. 1; W. KUNKEL, *Fides...*, S. 2 u. *passim*; IDEM, *Epigraphik und Geschichte des römischen Privatrechts*, [in:] *Akten des VI. Internationalen Kongresses für Griechische und Lateinische Epigraphik München 1972*, München 1973, S. 201; M. HORVAT, *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb 1939, S. 79 ff. Eine andere Meinung, nach der die Wendung ein Hinweis auf das Bewertungskriterium war, vertreten: B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, [in:] *Annali del seminario giuridico della R. Università di Palermo*, Vol. 7, Palermo 1918, 253 ff; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1954, S. 307 ff; L. LOMBARDI, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961, S. 207 ff; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, S. 60 ff. B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozeß*, [in:] *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin 1980, S. 366 ff.

4) Vgl. C. 4,65,8 (231); C. 8,29,4 (240).

die Bedeutung der Wendung *ex bona fide* oder *bona fides*, die er in einer Klageformel verwendete, sondern überließ dem Richter die Feststellung der verfahrensrechtlichen Konsequenzen dieser Formulierung. Die Untersuchungen zu den Tätigkeiten der Juristen der Zeit der Republik und des Prinzipats lassen erkennen, daß sie als Berater des Richters oder der Parteien den Sinn der Worte *bona fides* ⁽⁵⁾ auslegten. Die Quellen bestätigen dies. Derartige Spuren juristischer Tätigkeit sind dagegen nicht zu finden bezüglich der *lex Rubria de Gallia Cisalpina* ⁽⁶⁾ und der spätklassischen kaiserlichen Konstitutionen ⁽⁷⁾.

Die Quellen begründen daher die Notwendigkeit die verschiedenartigen und umfangreichen romanistischen Untersuchungen zur römischen *bona fides* um die Darstellung dessen zu ergänzen, wie die römischen Juristen den Zweck der Klausel *ex fide bona* in Klageformeln des XIX. Titels des Edikts ⁽⁸⁾ auslegten.

5) Vgl. F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 57-63 u. 130-139.

6) Wenn man bedenkt, daß die Geltung des Gesetzes auf die Provinz Gallia Cisalpina sowie zeitlich begrenzt war, weil im J. 42 v. Chr. die Gallia Cisalpina für einen integralen Teil Italiens gehalten wurde (vgl. M. CARY, H. H. SCULLARD, *Dzieje Rzymu*, Bd. 1, Warszawa 1992, poln. Übers. J. SCHWAKOPF, S. 569), dann wird die Tatsache verständlich, daß keine Quellen vorhanden sind, die auf den Einfluß des Gesetzes auf die Praxis der römischen Jurisprudenz erkennen ließen.

7) M. E. wäre es sinnvoll, die Spuren des Einflusses der Juristenpraxis auf die Verwendung der Formel *bona fides* in diesen Konstitutionen zu suchen.

8) Vgl. EP, S. 288 ff, Tit. XIX *De bonae fidei iudiciis*.

Nicht später als im 2. Jh. v. Chr. traten in der römischen Gerichtspraxis Klagen auf, die zugunsten des Gläubigers entschieden wurden, und die die Klausel *ex fide bona* ⁽⁹⁾ enthielten.

Nach der von O. LENEL durchgeführten Rekonstruktion des *edictum perpetuum* erschien die Wendung *oportet ex fide bona* in Klageformeln des XIX. Titels: *depositi [vel contra]* ⁽¹⁰⁾, *mandati [vel contra]* ⁽¹¹⁾, *pro socio* ⁽¹²⁾, *empti venditi* ⁽¹³⁾, *locati conducti* ⁽¹⁴⁾. Wie man sieht, wurden in einem Titel des Edikts Klagen aufgeführt, die aus Schuldverhältnissen von verschiedenem Inhalt und unterschiedlicher praktischer Funktion herrührten. Ähnliches ist in der juristischen Praxis zu beobachten. Cicero nannte im Werk *De officiis* nebeneinander verschiedene Rechtsverhältnisse, deren Gemeinsamkeit darin bestand, daß die

9) Vgl. W. KUNKEL, *Fides...*, S. 12, ist der Ansicht, daß derartige Klagen bereits in der Plautus-Zeit bekannt waren; M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, [in:] *Studi Arangio-Ruiz*, Bd. 1, Napoli 1953, S. 437 ff, zeigt, daß die Anfänge dieser Klagen mindestens in das 3. Jh. v. Chr. zurückreichen; F. WIEACKER, *Zum Ursprung...*, S. 34, datiert die Entstehung der *bonae fidei iudicia* in die Mitte des 2. Jh. v. Chr. Vgl. auch G. GROSSO, *Spunti...*, S. 491 ff; E. FERENCZY, *op. cit.*, S. 522.

10) EP, S. 288 ff.

11) EP, S. 295 ff.

12) EP, S. 297 ff.

13) EP, S. 299.

14) EP, S. 299 ff.

mit ihnen zusammenhängenden Klagen die Berufung auf die *bona fides* ⁽¹⁵⁾ enthielten.

...summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur "ex fide bona", fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur;...

Die Juristen der klassischen Zeit gebrauchten Bezeichnungen wie: *in omnibus bonae fidei iudiciis...*⁽¹⁶⁾; *In haec actione, sicut in ceteris bonae fidei iudiciis...*⁽¹⁷⁾; *...in bonae fidei iudiciis...*⁽¹⁸⁾. Sie begriffen daher die verfahrensrechtliche Funktion der in der Formel auftretenden Wendung *ex fide bona* einheitlich, unabhängig davon, welches Schuldverhältnis der Klage ⁽¹⁹⁾ zugrunde lag.

Der Text, in dem die älteste Erklärung eines Juristen zur verfahrensrechtlichen Rolle der Klausel *ex fide bona* präsentiert wird, stammt aus Ciceros Werk *De officiis*. Er wird von der

15) Cic., *De off.* 3,17,70. L. LOMBARDI, *Dalla fides...*, S. 168, macht darauf aufmerksam, daß die in dem Text überlieferte Liste der Klagen auch in ähnlicher Form im von O. LENEL rekonstruierten XIX. Titel des Ediktes zu finden sei. Die Andersartigkeit in G. 4,62 und I. 4,6,28 soll nach L. LOMBARDI durch didaktische Gründe bedingt gewesen sein.

16) D. 5,1,41 (Pap.).

17) D. 13,6,3,2 (Ulp.).

18) D. 21,1,31,20 (Ulp.).

19) Vgl. A. BECK, *Zu den Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrecht*, [in:] *Aequitas und bona fides. Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius*, Basel 1955, S. 17; B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn...*, S. 33 ff.

Feststellung begleitet, daß die Bekämpfung der Unehrllichkeit mit Rechtsvorschriften ⁽²⁰⁾ schwierig und unvollkommen sei, obwohl es für einen Philosophen plausibel sei, daß nichts arglistig, heuchlerisch und unaufrichtig getan werden sollte.

Der erwähnte Text lautet im Zusammenhang ⁽²¹⁾:

Nam quanti verba illa: “uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim!” quam illa aurea: “ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione!” Sed qui sint boni, et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur “ex fide bona”, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

Nachdem Cicero gezeigt hat, wie schwer die Frage zu beantworten sei, welche Menschen aufrichtig handelten und ehrlich seien, führt er eine Aussage des Quintus Mucius Scaevola an, die die Klagen betrifft, denen die Wendung *ex fide bona* ⁽²²⁾ hinzugefügt wurde.

20) Cic. *De off.* 3,17,68.

21) Cic. *De off.* 3,17,70.

22) Vgl. Cic. *Ad Att.* VI,1,15; Cicero informiert über die Verwendung der Klausel *ex fide bona* im afrikanischen Edikt. Zahlreiche Romanisten waren der Ansicht, die Wendung *ex fide bona* sei in dem Fall eine Bezeichnung einer

Sie beginnt mit der Feststellung, daß Klagen mit dem Zusatz *ex fide bona* eine *summa vis* hätten. Wenn man diese Bezeichnung wörtlich wiedergibt, dann kann man sagen, daß die genannten Klagen von höchstem Gewicht sind.

Marian HORVAT war der Ansicht, daß sie verwendet wurde, um zu veranschaulichen, daß in der Zeit von Cicero und Scaevola die Klausel *ex fide bona* einen neuen Sinn erhielt⁽²³⁾. Antonio CARCATERRA meinte, man solle die wörtliche Übersetzung verwerfen und die Tatsache berücksichtigen, daß die Bezeichnung von einem Juristen verwendet wurde. Deswegen sei anzunehmen, daß die Wendung *summam vim* den Geist und den Bestimmungszweck der Formel mit dem Zusatz *ex fide bona*⁽²⁴⁾ präge. Die Interpretation von A. CARCATERRA lag seiner Polemik gegen C. HERRMANN zugrunde, die sich für die wörtliche Übersetzung der Worte *summam vim*⁽²⁵⁾ aussprach. Pasquale VOCI hielt die Übersetzung von A. CARCATERRA für nicht richtig und stellte fest, daß der römische Jurist klar den

exceptio doli gewesen; so z.B.: H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, ZSS 11 (1890), S. 172; A. PERNICE, *Labeo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Bd. 2, Halle 1895, S. 198; M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München 1966, S. 194, Anm. 30. Anders A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 67.

23) M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 84 "...zaporka u to doba pocela dobivati neki novi smisao...".

24) A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 19 ff.

25) C. HERRMANN, *Rez.: A. CARCATERRA, Intorno ai bonae fidei iudicia*, *Latomus* 25 (1966), S. 185. Bezugnehmend auf die Rezension: A. CARCATERRA, *Ancora sulla fides e sui bonae fidei iudicia*, *SDHI* 33 (1967), S. 95 ff.

Umfang der Formel *bona fides* durch die Aufzählung der *iudicia bonae fidei* abstecke, indem er sie mit großem Pathos beschreibe; die Auslegung ihres Inhaltes habe er dagegen dem Richter überlassen. Er betont dabei, daß dieser, begabter er sei, ein desto besseres Ergebnis erziele ⁽²⁶⁾.

Meines Erachtens muß man beim Versuch, die genannten Worte Scaevolas zu erklären, berücksichtigen, daß seine Aussage, die Cicero zitiert, einen Ausschnitt von *summam vim* bis zum Ende des besprochenen Textes umfaßt. Wenn man das abgetrennte Fragment analysiert, so kann man darin drei Teile unterscheiden:

- 1) die Feststellung, daß Klagen mit dem Zusatz *ex fide bona* eine *summa vis* haben,
- 2) die Aufzählung derartiger Klagen und
- 3) die Mitteilung, daß zur Entscheidung dieser Klagen *magni iudices* nötig seien.

Im 1. und 3. Teil sind Elemente der Charakteristik der besprochenen Klagen enthalten. Die Verwendung von Adjektiven wie *summus*, *magnus* sollte m. E. betonen, daß diese Klagen strikt von anderen zu unterscheiden seien. Eine weitergehende Interpretation würde über den Quellentext hinausgehen. Der dritte Teil der Aussage weist – als Effekt der hervorgehobenen Besonderheit – darauf hin, daß ein *magnus iudex* zur Feststellung dessen notwendig sei, was der eine gegenüber dem anderen leisten solle.

26) P. VOCI, *Le obbligazioni romane (corso di pandette). Il contenuto dell' obligatio*, Bd. 1, Teil 1., Milano 1969, S. 65 ff.

Scaevola brachte also deutlich zum Ausdruck, daß die Wendung *ex fide bona* ein Einschätzungskriterium des Leistungsumfangs sei. Es ist P. VOCI darin zuzustimmen, daß der Jurist es bei der Erklärung des Verwendungsbereichs der Formel belassen habe, wobei er betont habe, daß dazu ein hervorragender Richter vonnöten sei. Dies erlaubt die Schlußfolgerung, daß es nach Scaevola schwierig ist, in positiver Weise die Richtlinien aufzuzeigen, die aus der Klausel *ex fide bona* abzuleiten wären. Diese Schwierigkeit ist darauf zurückzuführen, daß – wie anzunehmen ist – Scaevola selbst sich weigerte, solche Richtlinien zu formulieren. Ein Schüler von ihm, Cicero, bereicherte als Philosoph und aktiver Jurist den Kommentar seines Lehrers. In einem früheren Teil des Werkes *De officiis* meinte Cicero zum Problem der Beseitigung von Heuchelei und Unaufrichtigkeit aus dem menschlichen Leben (27):

...Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria, et sine lege iudiciis, in quibus additur “ex fide bona”...

Cicero teilt mit, daß die *leges* nur in manchen Fällen die Bekämpfung der Arglist geleistet hätten. In Fällen dagegen, die gesetzlich nicht geregelt seien, sei es anhand der Klage möglich, in deren Formel die Wendung *ex fide bona* hinzugefügt werde. Cicero erklärt also in positiver Weise, daß die Funktion der Klausel *ex fide bona* darin bestehe, nicht zuzulassen, daß der

27) Cic., *De off.* 3,15,61.

dolus in der Rechtspraxis (28) Gewinn bringen könne. Es ist die älteste nachweisbare positive Richtlinie bezüglich der Klausel *ex fide bona*. Marijan HORVAT meinte, daß Auszüge aus Ciceros Werken darauf hinwiesen, daß die Wendung *ex fide bona* im Recht eine neue Funktion gewonnen hätte, und die Anweisung, die Arglist zu bekämpfen, der Ausgangspunkt der Entwicklung der Klausel gewesen sei (29). Bezugnehmend auf diese Ansicht denke ich, daß eine Unterscheidung nötig ist zwischen der Funktion der Klausel, deren Definition nach Scaevola einem hervorragenden Richter *ad casum* überlassen werden sollte, und Erklärung dieser Funktion durch die Jurisprudenz. Wenn man diese Unterscheidung vor Augen hat, kann man erkennen, daß der Text die Anfänge dieses Erklärungsprozesses reflektiert. Dieser Gesichtspunkt wird durch folgenden Text aus Ciceros *Topica*, bereichert (30):

In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus “ex fide bona” est additum, ubi [vero] etiam “inter bonos bene agier” [...] parati eis esse debent....

28) Vgl. F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin 1912, S. 47, meinte, der Text betreffe die *actio auctoritatis* wegen der Verheimlichung des Bestimmungszweckes, woraus die *actio empti ex fide bona* resultierte. Anders M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 89; er ist der Meinung, es sei wahrscheinlicher, daß Cicero eine *actio empti ex fide bona* gemeint habe.

29) M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 91; IDEM, *Osservazioni...*, S. 426. Nach M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 85, ist die Bekämpfung der Arglist die Hauptaufgabe der Klausel *ex fide bona* gewesen.

30) Cic. *Top.* XVII,66.

Cicero führt darin einen Gedanken von Scaevola weiter, der bereits im Werke *De officiis* dargestellt wurde, daß nämlich bei der Entscheidung einer Klage mit dem Zusatz *ex fide bona* eine wesentliche Bedeutung der juristischen Kompetenz zukomme, später fügt er hinzu, daß die Verhaltensweise ehrlicher Menschen⁽³¹⁾ den Maßstab der Bewertung bei der Verwendung der besagten Klausel liefere. Der Hinweis auf das “*inter bonos bene agier*” als Bewertungsstandard aufgrund der Klausel *ex fide bona* ist daher eine zweite, in den Schriften Ciceros enthaltene Erklärung. Wenn man bedenkt, daß Cicero aktiver Jurist war, kann man folgern, daß die von ihm gefundenen Erklärungen mit Erfahrungen aus der Rechtspraxis⁽³²⁾ verbunden waren.

Aus der Zeit der Wende von der Republik zum Prinzipat ist noch ein Juristenfragment erhalten geblieben, das eine allgemeine Erklärung zur Klausel *ex fide bona* enthält. Im 5. Buch der *epistulae* des Proculus ist zu lesen:

D. 17,2,78 (Proculus *libro quinto epistularum*). ...*in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

Bezugnehmend auf einen Streit zwischen Gesellschaftern, stellt der Jurist fest, daß die Beurteilung durch einen *bonus vir* erfolgen solle, weil die Klage *pro socio bonae fidei* sei. Proculus erklärte – ähnlich wie Cicero –, daß bei der Anwendung der

31) B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn...*, S. 360 ff.

32) Vgl. M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 91.

Klausel *ex bona fide* der richtige Bewertungsstandard der des *bonus vir* ⁽³³⁾ sei.

Die dargestellten Auszüge, die Aussagen von Juristen aus der Periode zwischen dem 2. Jh. v. Chr. und der Hälfte des 1. Jh. enthalten, zeigen, daß sie die wesentliche Funktion der Klausel *ex fide bona* als Kriterium der Bewertung bei Streitigkeiten zwischen Schuldner und Gläubigern ansahen. Erkennbar ist jedoch, daß eine "Umsetzung" dieser Vorstellung auf positive Richtlinien bezüglich der Funktion der Klausel nicht einfach war. Scaevola übertrug das gesamte Gewicht dieses Problems auf den Richter, der der hohen Anforderung gerecht werden mußte. Cicero und Proculus, die einige Jahrzehnte jünger waren, wiesen allgemein darauf hin, daß das richtige Beurteilungskriterium für die Klausel *ex fide bona* die Handlungsweise eines *bonus vir* sei. Darin lag jedoch in Wirklichkeit die Ersetzung eines Kriteriums der Bewertung durch ein anderes, das deutlicher auf die in der Gesellschaft herrschenden Vorstellungen ⁽³⁴⁾ zurückgriff, und m. E. dadurch besser verständlich für den Richter war ⁽³⁵⁾. Die einzige nachweisbare, aus der Zeit der Republik überlieferte

33) So auch D. 50,17,22 (Ulp.).

34) P. BONFANTE, *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore*, BIDR 6 (1893), S. 97 ff, meint, "buona fede è un concetto etico e sociale". Anders A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 17 ff und S. 81: er leugnet einen Zusammenhang zwischen gesellschaftlichen Vorstellungen und dem Verständnis von der Wendung *bona fides* in Klageformeln. Diese Meinung von A. CARCATERRA wird kritisiert in der Rezension von M. KASER, ZSS 82 (1965), S. 423 ff.

35) L. LOMBARDI, *Dalla fides...*, S. 181. Er bemerkt, daß in der Prozeßpraxis auf die *bonae fidei* zurückgegriffen wurde, weil *fides* "tout court" als *fides boni viri* ersetzt wurde.

genaue Richtlinie für denjenigen, der die Klausel *ex fide bona* anwendete, war der Grundsatz, daß die Arglist keinen Gewinn bringen dürfe. Dieser wurde von Juristen aus der Zeit des Prinzipats aufrechterhalten⁽³⁶⁾.

Sehen wir, wie die Juristen der klassischen Zeit zur Erklärung der Funktion der Klausel *ex fide bona* beitrugen. Hinweise auf die Obliegenheiten des Richters bei der Anwendung einer *bonae fidei*-Klage enthalten zwei Auszüge aus den *Institutionen* des Gaius:

G. 4,63. *Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere, nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.*

G. 4,114. *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare,[...]. Et hoc est, quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. [...] de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis....*

Im ersten Text erklärt der Jurist, daß der Richters bei *bona-fides*-Klagen, den Einwand der Aufrechnung berücksichtigen müsse, obwohl es nicht eindeutig (*aperte*) in der Formel geboten wird

36) Vgl. D. 24,3,21 (Ulp.); D. 27,17,8,1 (Paul.); D. 30,84,5 (Iul.). In diesem Text betont A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 150, die Stelle: "... *hoc iudicium fidei bonae est, et continet in se doli mali exceptionem*"; D. 50,17,23 (Cel. u. Ulp.); D. 50,17,116 pr. (Ulp.)

(³⁷). Im zweiten angeführten Text meint Gaius, daß allgemein anerkannt sei, daß im Falle der Befriedigung des Klägers im Laufe des Prozesses die *bona-fides*-Klage abgewiesen werde (³⁸). Der Jurist liefert eine Erklärung dieser Lösung, indem er darauf hinweist, daß bei derartigen Klagen der Richter bei der Entscheidung ungebunden sei (*liberum est officium iudicis*) (³⁹).

37) A. BECK, *op. cit.*, S. 22, sieht die Aufrechnung als eine typische prozessuale Erscheinung des *iudicium bonae fidei* an. Der angeführte Text wurde mehrmals in Aufsätzen zur *compensatio* besprochen: S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli 1950, S. 13; W. OSUCHOWSKI, *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim*, Warszawa - Kraków 1970, S. 123 ff; W. ROZWADOWSKI, *Studi sulla compensazione nel diritto romano*, BIDR 81 (1978), S. 73.

38) Der Text wurde mehrmals angeführt in Ausführungen zur *litis contestatio*, vgl. z.B. M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht...*, S. 226; IDEM, *Nuovi studi sul processo civile romano*, Labeo 15 (1969), S. 194; W. LITEWSKI, *L'effet libératoire de la "litis contestatio" dans les obligations solidaires actives en droit de Justinien*, Labeo 24 (1978), S. 313. Der allgemeine Gedanke des Gaiustextes, daß bei den *bona-fides*-Klagen der Richter sich nicht darauf beschränke, was in der Formel steht, weil er nicht an ihren Wortlaut gebunden sei, wird von Ulpian weitergeführt. In der Erklärung zum *commodatum* meint er, bei den *bona-fides*-Klagen sollen die Begründung der Forderung und der Wert des Prozeßgegenstandes zum Zeitpunkt des Urteilens erwogen werden (D. 13,6,3,2). Angesichts vieler durch Quellenbefunde begründeter Zweifel bezüglich dessen, ob in der Formel der *actio commodati* die Klausel *ex fide bona* vorhanden war, erscheint es zweifelhaft, daß es der authentische Aussage Ulpians war. Zur Diskussion zu dem Thema vgl.: M. KASER, *Oportere und ius civile*, ZSS 83 (1966), S. 30, Anm. 139, und letztens R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town - Wetton - Johannesburg 1990, S. 190, Anm. 22. In der Konsequenz kann man den durch Quellen begründeten Verdacht schöpfen, daß die angeführten Erklärungen von Ulpian zur Entscheidungsgrundlage in der nachklassischen Zeit formuliert worden sein könnten, wenn auch aufgrund der Erfahrungen der klassischen Jurisprudenz.

39) Vgl. A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 89, nach dem Gaius über die Freiheit von der formalen Ordnung der *litis contestatio* spricht.

Wenn von den Folgen der Bezahlung im Laufe des Prozesses sowie von der Pflicht, den Einwand der Aufrechnung zu berücksichtigen, die Rede ist, so meint Gaius zur Begründung der Lösungen, daß die in die Formel eingeführte Wendung *ex fide bona* die Abtrennung des *officium iudicis* vom Wortlaut der Formel bewirkt habe.

Der Jurist formulierte somit bei der Erörterung einzelner Fragen den allgemeinen Gedanken, daß sich der Richter bei der Entscheidung einer *bona-fides*-Klage nicht zur Beurteilung auf den Inhalt der Formel ⁽⁴⁰⁾ allein beschränken dürfe. Aus praktischer Sicht seien für den Richter Richtlinien besonders wertvoll, die die Folgen der Abtrennung der Bewertung vom Wortlaut der Formel präzisieren.

Dem Buch 33. Buch von Paulus' Ediktkommentar ist zu entnehmen, daß eine solche Konsequenz durch einen Zeitgenossen des Gaius, Salvius Julianus genannt wurde:

D. 18,5,3 (Paulus *libro trigensimo tertio ad edictum*).
Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si [...] venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: ...

40) Vgl. *ibid.*, S. 91. CARCATERRA meinte aufgrund der Stelle G. 4,63, der Richter habe das gesamte Verhältnis berücksichtigen sollen, d.h. Forderungen und gegenseitige Forderungen *ex eadem causa*.

Paulus stellt folgendes fest: Wenn der Kaufvertrag *consensu* abgeschlossen wird, so kann derselbe vor der Erfüllung durch eine Übereinstimmung wieder aufgehoben werden. Dann bespricht er u.a. einen Fall, in dem die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen hatten und eine Stipulation von Seiten des Verkäufers erfolgt ist, später aber vor der Erfüllung der Vertrag einvernehmlich aufgelöst wurde. Der Jurist erklärt, daß dem Käufer keine *actio empti* zustehe. Paulus beruft sich auf die Worte Julians, daß bei den *bona-fides*-Klagen *exceptiones*, die aus dem *pactum* herrühren, mit einzubeziehen sind. Nach Renato QUADRATO hätte die Anführung der Ansicht Julians dazu gedient, die Unannehmbarkeit der Folge zu bestätigen, daß der Käufer eine Klage ⁽⁴¹⁾ einlegen könnte. Die Aussage Julians stellte daher für den Richter einen Hinweis dar, das *pactum* achten zu müssen ⁽⁴²⁾.

Die Pflicht, den Inhalt des *pactum* berücksichtigen zu müssen, ist daher eine zweite besondere Richtlinie, formuliert von Juristen bei der Auslegung der Klausel *ex fide bona* ⁽⁴³⁾.

41) R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, S. 35. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Graz 1968, S. 102 ff, führt aus, der besprochene Text zeige, daß es zwischen klassischen Juristen, hier vertreten durch Iulian und Paulus Divergenzen bezüglich der Frage gegeben habe, ob der *contrarius consensus* die Folge eines *pactum* hatte, und eine *exceptio* gab, oder ob der *actus contrarius* "ipso iure" zum Erlöschen des Schuldverhältnisses führte.

42) M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 131, hat auf die Pflicht hingewiesen, den Einwand aus dem *pactum* neben der Bekämpfung der Arglist als eine zweite Funktion der Wendung *ex fide bona* zu berücksichtigen. Vgl. auch B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1939, S. 503.

43) Die Regel ist auch zu finden in D. 2,14,7,5-6 (Ulp.).

Weitere präzise Hinweise für den Richter, der eine Klage mit der Klausel *ex fide bona* entscheiden sollte, sind in den Werken der spätklassischen Juristen anzutreffen. Im 7. Buch der Quaestionen von Papinian ist zu lesen:

D. 17,1,54 pr. (Papinianus *libro vicesimo septimo quaestionum*). *Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agatur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam) ...*

Der Jurist erklärt, wenn der Verkäufer dem Käufer die Freilassung des erworbenen Sklaven auftrage, dann stehe ihm im Falle der Nichterfüllung des Auftrages die Erstattung des Preises sowie eine Klage mit Rücksicht auf die *affectus ratio* zu. Im weiteren Textteil erklärt Papinian zusätzlich, die *affectus ratio* sei Bestandteil der *bonae fidei iudicia* ⁽⁴⁴⁾. Zur Analyse des vorliegenden Textes stellte Heinrich HONSELL fest, daß der einzige Zweck der *actio mandati* der Schadenersatz gewesen sei, der sich auf die Berücksichtigung des *affectus* ⁽⁴⁵⁾ gestützt habe.

44) Der klassische Ursprung dieser allgemeinen Aussage war Gegenstand eines Streites in der Romanistik. F. RABER, *Zum "pretium affectionis"*, [in:] *Festgabe für Arnold Herdliczka*, München 1972, S. 205, Anm. 43, meint zum Verlauf dieser Diskussion, daß die meisten Kritiker des Textes Argumente verwendeten, die in der heutigen Interpolationskritik als veraltet gälten.

45) H. HONSELL, *Quod interest in bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München 1969, S. 154. Vgl. auch F. M. DE

Fritz RABER stimmte dem zu und baute die Interpretation aus, indem er meinte, daß *affectus* keinen besonderen Wert des Verkaufsgegenstandes (*premium affectionis*) bedeute, sondern lediglich dazu diene, die Sympathie des Kontrahenten gegenüber dem verkauften Sklaven zum Ausdruck zu bringen, die durch Freundschaft oder Verwandtschaft bedingt war ⁽⁴⁶⁾.

Meines Erachtens führt zum richtigen Verständnis des im Text enthaltenen Wortes *affectus* die Berücksichtigung seiner Verwendung am Ende des Textes, wo ein Prinzip enthalten ist, das über den besonderen Fall hinausgeht und daher einen allgemeineren Sinn des besprochenen Wortes nahelegt. Dies erlaubt meiner Meinung nach, die Interpretation von F. RABER weiterzuführen und festzustellen, daß Papinian die Zuerkennung der Auftragsklage aufgrund *affectus ratio* für die Anwendung einer Richtlinie hielt, nach der bei einer Entscheidung *ex fide bona* eine Absicht, ein Vorhaben oder eine Neigung des Kontrahenten zu berücksichtigen sei. Eine wertvolle Vertiefung und Ergänzung der dargestellten Erklärung von Papinian bietet ein Auszug aus dem 32. Buch des Ediktcommentars Ulpianus:

D. 19,1,11,1 (Ulpianus *libro trigesimo secundo ad edictum*). *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit*

ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Bari, Reihe III Vol. 1. (1965-1966), S. 505.

46) F. RABER, *op. cit.*, S. 206.

bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est; quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.

Im ersten Teil des erörterten Textes brachte der Jurist eine ähnliche Ansicht zum Ausdruck, wie die im Kommentar Papinians auftretende, d.h., daß bei der Anwendung der *bona-fides*-Klagen die Entscheidung in Einklang mit dem stehen sollte, was die Parteien vereinbart hatten (*quod inter contrahentes actum est*). Weiter erklärt Ulpian, daß in dem Falle, daß die Vertragsparteien irgend etwas nicht vereinbart hatten, die Leistung so bestimmt werden sollte, wie sie naturgemäß diesem *iudicium* innewohnen könne⁽⁴⁷⁾. Der Jurist stellt somit fest, daß bei der Beurteilung einer Klage mit der Klausel *ex fide bona* auch die Begleitumstände des Schuldverhältnisses zu berücksichtigen seien, die nicht in den Willenserklärungen der Parteien enthalten waren⁽⁴⁸⁾. Was bei der Bewertung solcher Begleitumstände entscheidend sein sollte, konnte der Richter in anderen Texten der Werke Ulpians und seiner Zeitgenossen finden. Im 10. Buch des Kommentars Ulpians zum Edikt ist zu lesen:

47) C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, IURA 44 (1993), S. 35.

48) So: A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. Geschichte des Kaufes im römischen Recht*, Erlangen 1876, S. 667 ff; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 22; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, S. 360 ff; P. FREZZA, *Fides bona*, [in:] *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, S. 29 ff.

D. 22,1,37 (Ulpianus *libro decimo ad edictum*). *Et in contraria negotiorum gestorum actione usurae veniunt, si mutuatus sum pecuniam, ut creditorem tuum absolvam, quia aut in possessionem mittendus erat bonorum tuorum, aut pignora venditurus. quid si domi habens propter eandem causam solvi? puto verum, si liberavi ex magno incommodo, debere dici usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei iudiciis constitutum ...*

Der Jurist bespricht einen Fall, in dem ein Geschäftsführer ohne Auftrag mit seinem eigenen Geld einen Gläubiger des *dominus negotii* (49) befriedigte. Das erörterte Problem besteht darin, in welcher Höhe dem Geschäftsführer Zinsen von der Summe zustehen, mit der er die Schuld beglich. Wenn es eine *negotiorum gestio* ist, dann existiert freilich, besonders bezüglich dieser Frage, keine Vereinbarung zwischen den Parteien. Ulpian erklärt, die Zinsen seien in der Höhe fällig, die in der Gegend üblich sei (*quae in regione frequentatur*) (50) und fügt hinzu, daß dies für die *bona-fides*-Klagen (51) gelte. Ulpian zeigt somit bei der Entscheidung eines besonderen Falls, daß die Klausel *ex fide bona* erforderte, beim Urteilen entsprechende örtliche

49) G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle "usurae" c.d. legali*, Milano 1969, S. 104, Anm. 167, folgert bei der Darstellung der Diskussion zur Authentizität des Textes, daß keine Gründe dafür sprächen, seine Klassizität anzuzweifeln.

50) Vgl.: G. BILLETER, *Geschichte des Zinsfusses*, Leipzig 1898 (Neudruck Stuttgart 1970), S. 179.

51) Ähnlich: D. 21,1,31,20 (Ulp.).

Gewohnheiten zu berücksichtigen⁽⁵²⁾. Der Fall der Bemessung der Zinsen, die von den Parteien nicht vereinbart wurden, wird auch im 5. Buch der *responsa* des Paulus behandelt:

D. 19,2,54 pr. (Paulus *libro quinto responsorum*). *Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur nec prosint ei constitutiones quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis, etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes? vel ita: indemnem me praestabis?*

Der Jurist erörtert die Frage, ob ein Bürge, der bei einer *locatio conductio* für die ganze vertragliche Schuld berufen wurde (*in omnem causam*) auch für die Zinsen, die wegen der Verzögerung der Mietzahlung geschuldet werden, einzustehen habe. Paulus

52) A. CARCATERRA, *Ancora sulla fides...*, S. 87, beruft sich auf die Wendung aus dem Textauszug *in bonae fidei iudiciis constitutum* und meint, es handele sich nicht um eine Bezugnahme auf das gesellschaftliche Empfinden, sondern um das Aufzeigen des eigentlichen Zweckes der Klage. Eine solche Interpretation hielt M. KASER in der Rezension der Monographie von A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, ZSS 82 (1965), S. 417, für nicht zufriedenstellend.

meinte, der Bürge müsse die Zinsen bezahlen. Zur Erläuterung seiner Antwort erklärt er, daß die Verpflichtung des Bürgen gegenüber der gesamten aus der *locatio conductio* hervorgehenden Schuld bedeute, daß er sich in dem Ausmaß verpflichtet habe, das *ex fide bona* begründet wurde, und daß bei den *bona fides*-Klagen Zinsen nicht die Folge des Schuldverhältnisses selbst seien, sondern eine Entscheidung, die dem *officium iudicis* unterliege. Paulus zeigt somit, daß die Klausel *ex fide bona* die volle Zweckverwirklichung des durch die Parteien vorgenommenen Rechtsgeschäftes garantieren sollte, auch in Fällen, die im verabredeten Inhalt des Schuldverhältnisses nicht vorgesehen waren (⁵³). Die dargestellten Richtlinien zur Klausel *ex fide bona* werden durch zwei ähnliche Auszüge aus Buch 2. und 28. der *quaestiones* Papinians ergänzt:

D. 22,1,1 pr. (Papinianus *libro secundo quaestionum*).
Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat.

D. 22,1,5 (Papinianus *libro vicesimo octavo quaestionum*).
Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.

⁵³ Vgl. auch D. 16,3,24 (Pap.); D. 16,3,28 (Scaev.); D. 16,3,29 (Paul.).

Im ersten der Texte stellt Papinian fest, daß im Falle der Beurteilung des *iudicium bonae fidei* der Richter bei der Festlegung der Zinsen die Gewohnheiten des Ortes des Vertragsschlusses beachten sollte⁽⁵⁴⁾, ohne jedoch dabei gegen das geltende Recht zu verstoßen⁽⁵⁵⁾. Im 28. Buch der *quaestiones* meint der Jurist in der für die Spätclassiker typischen Praxis der Berufung auf die *boni mores*⁽⁵⁶⁾, daß ein *bona-fides*-Kläger kein Erfolg erreichen dürfe, der die guten Sitten verletzte⁽⁵⁷⁾. Den dargestellten Texten Papinians ist somit zu entnehmen, daß der Urteilende das Prinzip befolgen sollte, daß die Klausel *ex fide bona* Lösungen erforderte, die nicht gegen das Recht oder die guten Sitten verstießen.

Zum Abschluß sollte betont werden, daß – wenn Scaevola von der *summa vis*⁽⁵⁸⁾ solcher Klagen sprach und Ulpian die

54) A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 143, meint, der Text könne nicht anders verstanden werden, als daß der Richter die Berechtigung zur Beurteilung der Interessen (*arbitrium*) *ex more regionis* habe.

55) Vgl. M. KASER, *Mores...*, S. 81; B. SCHMIEDEL, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*, Graz - Köln 1966, S. 38. G. CERVENCA, *Contributo...*, S. 252, betont, die Authentizität des Textes sei unzweifelhaft.

56) Th. MAYER-MALY, *Contra bonos mores*, [in:] *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien - Köln - Graz 1986, S. 160.

57) I. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Uwzględnienie przez sedziego zwyczajów obrotu w prawie klasycznym rzymskim*, [in:] *Księga pamiątkowa ku czci Leona Pinńskiego*, Bd. 2, Lwów 1936, S. 4 ff, führt aus, daß Papinian im analysierten Text die Geltungskraft der Gewohnheiten des Verkehrs in Frage gestellt hätte, weil nach dem Juristen der Richter sie kontrollieren und überprüfen sollte, ob sie die guten Sitten nicht verletzten. Vgl. auch D. 27,3,1,2 (Ulp.).

58) Cic. *De off.* 3,17,70.

potestas huius iudicii (59) erwähnte – dies bedeutet, daß die Juristen von der Zeit der späten Republik bis zum Ende der klassischen Periode die praktische Bedeutsamkeit der Klausel *ex fide bona* in Klageformeln eingesehen hätten. Quintus Mucius Scaevola überließ jedoch die Ermittlung ihrer Funktion dem Richter. Einige Jahrzehnte später ist bei Cicero und Proculus die Erklärung zu finden, daß der für diese Klausel richtige Bewertungsstandard der des *bonus vir* sei. Dagegen erfolgte die “Umsetzung” der allgemeinen Klausel *ex fide bona* auf positive Richtlinien für den Richter, worin die Funktion der Wendung *ex fide bona* in einer Klage bestehen sollte, erst allmählich. Eine erste Nachweise dafür – man solle die Arglist bekämpfen –, ist bereits bei Cicero zu finden, aber die meisten davon befinden sich in den Werken der spätclassischen Juristen. Wenn also die Formulierung der Richtlinien bezüglich der Funktion der Klausel *ex fide bona* im Laufe eines einige Jahrhunderte dauernden Prozesses erfolgte, dann liegt die Vermutung nahe, daß dies eng mit der kasuistischen Praxis der römischen Jurisprudenz zusammenhing und eine teilweise Synthese der Erfahrungen von Juristen in der Anwendung der Formel *bona fides ad casum* (60) darstellte.

59) D. 19,1,11,1 (Ulp.).

60) Dazu vgl.: W. DAJCZAK, *Zwrot bona fides w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego* (Die Wendung *bona fides* in Entscheidungen zu Kontrakten bei klassischen römischen Juristen), Toruń 1998, S. 125 ff.