

# “*Constitutum est*” in D. 47,2,14,4

von Georg KLINGENBERG

(Linz)

Zu den vielen Detailproblemen, die mit der Aktivlegitimation zur *actio furti* verbunden sind, gehört auch die Frage, ob eine Person, die selbst ein *furtum* begangen hat, ihrerseits die *actio furti* erheben kann, wenn ihr die Sache entwendet wird. Zu dieser Frage wird uns in der folgenden Stelle mit den Worten “*constitutum est*” eine ablehnende Regelung geschildert:

D. 47,2,14,3-4 (*Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum*) (1).

(3) *Is autem, apud quem res deposita est, videamus, an habeat furti actionem. et cum dolum dumtaxat praestet,*

---

1) Dazu C. FERRINI, *Opere* III (Milano 1929) 136 ff; F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 35; G. LONGO, *Il deposito (Corso 1933)* 21 ff; F. DE ROBERTIS, *Scritti vari di diritto romano* III (Bari 1987) 313 ff; J. ROSENTHAL, *SZ* 68 (1951) 247; H. T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen* (Helsinki 1969) 219; F. SITZIA, *BIDR* 74 (1971) 213; C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano* (Catania 1996) 68.

*merito placet non habere eum furti actionem: quid enim eius interest, si dolo careat? quod si dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem.*

*(4) Iulianus quoque libro vicensimo secundo digestorum scribit: quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt, non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius esse res coeperit qui eam contrectavit.*

Das 29. Buch des Ulpianischen Sabinus-Kommentars beschäftigt sich zwar zunächst mit dem Kaufrecht: Die *custodia*-Haftung des Verkäufers bietet dann den Anlaß, an dieser Stelle generell auf die Aktivlegitimation bei der *actio furti* einzugehen<sup>(2)</sup>, während das *furtum* selbst erst später (im 40. Buch) behandelt wird. Nach der generellen Feststellung *cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet* (D. 47,2,10) behandelt Ulpian im folgenden (fr. 12,14 und 17 h.t.) im einzelnen verschiedene Rechtsverhältnisse. In unserer Stelle fr. 14, 3-4 befaßt sich Ulpian mit dem *depositum*: Da der Verwahrer nur für *dolus* haftet, hat er kein Interesse und ist daher grundsätzlich nicht zur *actio furti* aktivlegitimiert<sup>(3)</sup>. Ulpian stellt sich dann die

---

2) Ähnliches findet sich, wie LENEL gezeigt hat, in den Sabinus-Kommentaren des Pomponius (LENEL, *Pal. Pomp.* Nr. 567-569) und des Paulus (LENEL, *Pal. Paul.* Nr. 1723-1726).

3) Vgl. Gai.Inst. 3, 207; allerdings ist der Verwahrer trotz Entfalls der *actio furti* zur *actio vi bonorum raptorum* aktivlegitimiert: Ulp.

Frage, wie sich ein *dolo facere* durch den Verwahrer auswirkt: Sowohl er selbst als auch der von ihm zitierte Julian gehen davon aus, daß dadurch die Sache beginnt *periculo suo esse*: Diese Ausdrucksweise zeigt, daß das *dolo facere* nicht im Sinn einer dolosen Beteiligung am oder einer dolosen Herbeiführung des *furtum* zu verstehen ist <sup>(4)</sup>, sondern einen zeitlich davor liegenden Akt darstellt <sup>(5)</sup>, der eine Verschärfung der Haftung mit sich bringt und insbesondere dem Verwahrer ab nun das Diebstahlsrisiko aufbürdet. Diesem Akt zuzuordnen ist sicher das in der Formel der *actio depositi* genannte *dolo malo redditam non esse*, also etwa die bewußt verzögerte Nichtrückgabe. Unserer Problematik näher steht freilich das in § 4 erwähnte *contrectare* durch den Verwahrer, welches selbst als *furtum* zu qualifizieren ist: Diese Qualifikation kommt immer dann zum Tragen, wenn der Verwahrer nicht bloß einen *animus infitiandi* bildet <sup>(6)</sup>, sondern einen nach außen tretenden Akt wie eben *contrectare* <sup>(7)</sup>, *intercipiendi causa occultare* <sup>(8)</sup>, *apiscere possessionem*

---

D. 47,8,2,23-24; dazu ausführlich H. T. KLAMI, *Mutua magis videtur* 219 ff.

4) So jedoch M. PAMPALONI, *Scritti giuridici I* (Pisa 1941) 707.

5) So auch J. ROSENTHAL, *SZ* 68 (1951) 249; G. MACCORMACK, *SZ* 96 (1979) 155 FN 125.

6) Cels. D. 47,2,68 pr; Paul. D. 41,2,3,18; D. 47,2,1,2; dazu J. A. C. THOMAS, *Studi Volterra 2* (1971) 762 ff.

7) Paul. D. 16,3,29 pr = PS 2,12,5.

8) Paul. D. 47,2,1,2.

*intervertendi causa* <sup>(9)</sup> oder ein unbefugtes *uti* <sup>(10)</sup> setzt. Die Entscheidungen in § 3 und in § 4 sind identisch: Wird in der Folge die Sache beim Verwahrer gestohlen, so ist dieser trotz des Umstandes, daß die Sache zum Diebstahlszeitpunkt *periculo suo* war, nicht zur *actio furti* gegen den Dieb aktivlegitimiert, die Klage bleibt wie zuvor beim *dominus*. Zur Begründung stützt sich Ulpian in § 3 auf das Prinzip, daß der Verwahrer nicht durch seinen *dolus* die *actio* erlangen soll <sup>(11)</sup>, § 4 hat für Ulpian die Funktion, diese Entscheidung durch ein Julian-Zitat (*Iulianus quoque ... scribit*) abzustützen. Julian seinerseits beruft sich auf einen Satz, wonach ein *fur* bezüglich der Sache, an der er das *furtum* begangen hat, keine *actio furti* haben soll: Darauf stützt er in logisch-deduktiver Weise seine ablehnende Entscheidung in dem konkreten Fall, in dem zunächst eine *contrectatio* durch den Verwahrer und daraufhin ein *furtum* durch einen Dritten erfolgt ist. Für Julian ist es ausreichend, sich ausschließlich auf die von ihm geschilderte Regelung als alleinige Entscheidungsgrundlage zu berufen.

---

9) Cels. D. 47,2,68 pr.

10) Mucius in Gell. 6,15,1-2; Gai.Inst. 3,196; Pomp. D. 13,1,16; D. 47,2,77 pr; C. FERRINI, *Opere* V (Milano 1930) 114 ff; G. GARRIDO, *El furtum usus del depositario y del comodatario*, in: *Atti Accad.Const.* IV (1981) 841ff; P. ZANNINI, *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana*, in: *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* 1987 (Milano 1990) 173 ff.

11) Vgl. auch Ulp. D. 47,2,12,1: *sed nemo de improbitate sua consequitur actionem*; D. 17,2,63,7: *nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare*; G. MACCORMACK, *SZ* 100 (1983) 521 f.

Es gab somit eine “*constitutio*”, die in allgemeiner Weise die *fures* von der *actio furti* hinsichtlich desselben Objektes ausschloß. Die Klassizität dieser allgemeinen Regelung hat allerdings DE ROBERTIS in einer ausführlichen Studie <sup>(12)</sup> bestritten und dazu folgende These entwickelt: Die generelle Regelung beruhe auf einem autoritativen Akt Justinians; die Klassiker hingegen hätten sich nicht an einer festen Regelung orientiert, sondern die Frage als Problem der Auslegung des *cuius interest rem salvam esse* behandelt und seien deswegen zu jeweils verschiedenen Ergebnissen gelangt. Daß trotz des Eingreifens Justinians das Erscheinungsbild in den Digesten widersprüchlich sei, erkläre sich aus der Schlampigkeit der Kompilatoren. In D. 47,2,14,4 ist nach DE ROBERTIS die gesamte Passage [*quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt*] interpoliert, da es eine klassische Kaiserkonstitution, welche die *fures* von der *actio furti* ausschloß, nicht gegeben hat.

Demgegenüber glaube ich, daß sich das Bild in den Digesten besser und ohne Interpolationsannahme erklären läßt, wenn man in der Passage *quia in omnium furum persona constitutum est ...* nicht einen Verweis auf eine kaiserrechtliche Normierung, sondern auf Juristenrecht sieht. Ich gliedere meine Ausführungen dazu wie folgt: Zunächst wird die Frage untersucht, ob und wie sich die anderen Juristen an einer Regelung orientiert haben, die

---

12) F. DE ROBERTIS, *La Legittimazione attiva nell'actio furti. I: Sulla quaestione "an fur furti agere potest"* in: *Ann.Univ.Bari* 10 (1949) 55-92 = *Scritti varii di diritto romano* III (Bari 1987) 307-344.

den zur *actio furti* Passivlegitimierten von der Aktivlegitimation bezüglich derselben Sache ausschloß (I). Nach einem Exkurs zur Inkompatibilitätsregel von aktiver und passiver *a. furti noxalis* (II) wird noch der Sonderfall eines *furtum* durch den gestohlenen Sklaven an einer Sache des *fur* behandelt (III). Es folgen Betrachtungen zur Bedeutung des Passus “*constitutum est*” im Sprachgebrauch der klassischen Juristen im allgemeinen (IV). Daraus werden dann Folgerungen für das Verständnis der in D. 47,2,14,4 zitierten *constitutio* gezogen (V).

### **I. Die Behandlung des Problems durch die klassischen Juristen**

1) An den Beginn stellen wir folgenden Bericht des Pomponius:

D. 47,2,77,1 (*Pomponius libro trigensimo octavo ad Quintum Mucium*) (13).

*Si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, ideo quod domini interfuit, non*

---

13) Dazu P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* I (Lyon - Paris 1915) 338 ff (zu Mucius); 493 ff (zu Servius); F. BOSSOWSKI, *APal* 13 (1927) 417 f; F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 325 ff; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford 1965) 228; P. STEIN, *Regulae iuris* (Edinburgh 1966) 46 f; E. SEIDL, *Gedächtnisschrift für R. Schmidt* (Berlin 1966) 366 f (zu Mucius); D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht* (Göttingen 1972) 133 ff; O. BEHREND, *Index* 12 (1983) 204; T. GIARO, *BIDR* 90 (1987) 79 ff; W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht* (Berlin 1988) 36 f.

*prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset. haec Quintus Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem salvam esse, quia conditione tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest. nec utimur Servii sententia, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo exstaret nec exstaturus esset, furem habere furti actionem: non magis enim tunc eius esse intellegitur, qui lucrum facturum sit. dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilo minus duret: sed et conditionem, quia ex diversis factis tenentur.*

Eine Sache wird zunächst dem Eigentümer E vom *fur prior*, in der Folge diesem vom *fur posterior* gestohlen. Es geht um die Frage, wem die *actio furti* gegen den *fur posterior* zusteht.

Dazu begegnen die Ansichten dreier Juristen:

a) Nach Quintus Mucius, dessen Ansicht in der Einleitung bis *salvum esset* wiedergegeben wird <sup>(14)</sup>, steht die *actio furti* ausschließlich dem E zu, weil nur er, nicht aber der *fur prior* ein Interesse am Unterbleiben der *subreptio* hat <sup>(15)</sup>. Dieser Satz wird

---

14) Vgl. O. LENEL, *Palingenesia*, Mucius Nr. 9; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar 1961) 253 FN 7 (der allerdings eine Verwischung zwischen Lemma und Kommentar beanstandet); D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 133; zweifelnd D. NÖRR, *ANRW* II 15 (Berlin - New York 1976) 548 FN 225.

15) Für G. LA PIRA, *SDHI* 1 (1935) 346 f ist dies ein Beispiel einer deduktiven Entscheidungsfindung aus einem allgemeinen Prinzip; kritisch dazu F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren Juristen bis Labeo* (Innsbruck 1969) 69.

zwar von PAMPALONI verdächtigt <sup>(16)</sup>, doch hat HUVELIN die Echtheit und Zuordnung zu Mucius vor allem damit untermauert, daß die gesamte Einleitung des Fragments und insbesondere die Passage *id quod subreptum est* sich stark an die Terminologie der *lex Atinia* anlehnt <sup>(17)</sup>. Mucius verneint jedenfalls überhaupt ein Interesse des *prior fur*: Das kann damit zusammenhängen, daß es zur Zeit des Mucius noch keine *condictio ex causa furtiva* gegeben hat <sup>(18)</sup> und damit ein Haftungsinteresse des *prior fur* nicht bestand, kann aber auch auf einer engen Auslegung des *cuius interest rem salvam esse* schon durch Mucius beruhen, die als Basis für ein Eigeninteresse nur ein *damnum*, nicht aber ein *lucrum cessans* akzeptiert <sup>(19)</sup>. Aus der bloß negativen Stellungnahme des Mucius läßt sich letztlich nicht entnehmen, ob er beim *prior fur* ein Eigeninteresse aus Besitz oder ein Haftungsinteresse verneinte. Etwas anders sieht BEHRENDTS <sup>(20)</sup> hinter der Entscheidung des Mucius die stoische Orientierung des *utile* am *honestum* <sup>(21)</sup>. Diese moralisierende Argumentation mit dem

---

16) M. PAMPALONI, *Scritti giuridici* I 711.

17) So P. HUVELIN, *Furtum* I 337 f.

18) Zur historischen Entwicklung der *condictio ex causa furtiva* W. PIKA, *Condicere* (oben FN 13) 21 ff: Aus Tryph. D. 13,1,20 ergibt sich, daß die "veteres" bereits die *condictio* gegen den Dieb kannten: Das läßt freilich offen, ob sie schon zur Zeit des Mucius bestand: dagegen jedenfalls P. HUVELIN, *Furtum* I 340; T. GIARO, *BIDR* 90 (1987) 82.

19) Dieser in der Stelle erst später formulierte und auch bei Javolenus D. 47,2,72,1 (unten FN 30) auftretende Gedanke wird von P. HUVELIN, *Furtum* I 340 und P. STEIN, *Regulae iuris* 47 bereits dem Mucius zugeschrieben.

20) O. BEHRENDTS, *Index* 12 (1983) 204.

21) Vgl. Cic. *de off.* III,3,11.



Hinweis auf die *honestas causa* stammt in der Stelle freilich erst aus der Feder des Pomponius (dazu unten c).

b) Auch Servius diskutiert nicht über die Frage, ob das Interesse auf einer *honestas causa* beruht, sondern ebenso wie Mucius die Frage, ob es überhaupt ein Interesse des *prior fur* gibt: Servius hält den *prior fur* dann für aktivlegitimiert, wenn niemand als Eigentümer auftritt oder mit seinem Auftreten nicht zu rechnen ist, etwa weil der *dominus* ohne Rechtsnachfolger gestorben ist<sup>(22)</sup>. Basis des Interesses des *fur* ist nach Servius, wie aus der ablehnenden Stellungnahme des Pomponius zu erschließen ist, ein *lucrum cessans*: Worin das *lucrum* des *fur prior* bestand, wird zwar nicht erwähnt, es kann aber wohl nur in den Besitzvorteilen liegen, die gerade in den geschilderten Situationen (Nichtauftreten eines *dominus*) zum Tragen kommen<sup>(23)</sup>; zu diesen Besitzvorteilen gehört wegen der eingetretenen Furtivität der Sache freilich nicht die Ersitzungsmöglichkeit<sup>(24)</sup>. Daß Servius nicht auf ein Haftungsinteresse abstellte (für seine Zeit ist wohl schon mit einer *condictio* zu rechnen), ergibt sich aus dem von ihm gewählten Beispiel, denn bei Nichtauftreten des *dominus* war auch nicht mit einer *condictio* durch diesen zu rechnen. Klar ist freilich, daß nach Servius der *prior fur* nicht

---

22) So F. BOSSOWSKI, *APal* 13 (1927) 418.

23) O. BEHRENDTS, *Index* 12 (1983) 204 spricht von einem “semplice e naturale interesse patrimoniale” des *prior fur*.

24) So auch F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 97 und F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 326.

generell <sup>(25)</sup>, sondern nur in den Ausnahmesituationen aktivlegitimiert ist <sup>(26)</sup>. Servius ging es in dieser Diskussion wohl in erster Linie darum zu zeigen, daß die Lösung des Mucius nicht in allen Fällen anzuwenden ist: Würde man mit Mucius nämlich auch in den geschilderten Fällen (*dominus nemo exstaret nec exstaturus esset*) ein Interesse des *fur prior* verneinen und ihm die *actio furti* versagen, so würde dies dazu führen, daß der *fur posterior* straflos bleibt: Auch wenn Servius generell eine kritische Haltung gegenüber Mucius hatte, so glaube ich nicht, daß er hier eine “*deductio ad absurdum*” vornehmen wollte, welche die Lösung des Mucius grundsätzlich ablehnte; vielmehr spricht er sich für eine subsidiäre Aktivlegitimation des *prior fur* aus, wenn der *dominus* ausfällt.

c) Pomponius schließt sich mit den Worten *et vera sunt* der Meinung des Quintus Mucius an und lehnt jedwede Aktivlegitimation des *prior fur* (wohl auch eine subsidiäre) ab. Von ihm stammt auch eine weitere Begründung: Zwar hat der *prior fur* dadurch, daß er der *condictio* des E ausgesetzt ist, ein Haftungsinteresse, doch dieses beruht nicht auf einer *honesta causa*. Wie GIARO deutlich dargetan hat, stimmt Pomponius damit zwar in der Entscheidung des Falles, nicht aber in der

---

25) Das wäre nur anzunehmen, wenn man Servius unterstellt, er sehe das *furtum* als Delikt gegenüber dem Besitz schlechthin an: So H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII,2 De furtis* (Cambridge 1940) 113; dagegen mit Recht A. WATSON, *Law of Obligations* 228.

26) Den Ausnahmecharakter betonen mit Recht P. HUVELIN, *Furtum* I 493 (“cas exceptionnel”) und F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 327 (“caso particolare”).

Begründung mit Mucius überein <sup>(27)</sup>: Eine geänderte Begründung war wohl deswegen erforderlich, weil zur Zeit des Pomponius die *fures* der *condictio* unterlagen und daher das Argument des Mucius, der *prior fur* habe kein Interesse, bezüglich des Haftungsinteresses nicht mehr zutraf. Pomponius fühlt sich freilich auch bemüßigt, das von Servius gebrachte Eigeninteresse aus den Besitzvorteilen als nicht ausreichend zu qualifizieren und die *sententia Servii* abzulehnen: Er argumentiert damit, daß der *fur*, der zu einem *lucrum* gelangen könnte, deswegen nicht wie ein Eigentümer anzusehen ist <sup>(28)</sup>: *non magis enim tunc eius esse intellegitur, qui lucrum facturum sit*: Statt *esse* findet sich freilich aufgrund einiger Handschriften auch die Lesung *interesse* <sup>(29)</sup>: Diese erinnert an den schon bei Javolen formulierten Gedanken, wonach nur ein *damnum emergens*, nicht aber ein *lucrum cessans* ein Interesse begründet, auf welches die Aktivlegitimation zur *actio furti* gestützt werden kann <sup>(30)</sup>. Auch wenn die Lesung *esse* eine platte Selbstverständlichkeit ausdrückt, so spricht für diese Lesung der Umstand, daß auch die Byzantiner den Gedanken des fehlenden Eigentums überliefern, und zwar nicht bei der Wiedergabe dieser Stelle, wo die entsprechende Passage

---

27) T. GIARO, *BIDR* 90 (1987) 79; *Labeo* 36 (1990) 207 FN 103.

28) So verstanden auch von M. PAMPALONI, *Scritti giuridici* I 712 und D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 134.

29) Th. MOMMSEN, *Ed. mai.* 756, 36.

30) D. 47,2,72,1: *...interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturum esset.*

überhaupt fehlt <sup>(31)</sup>, sondern bei der Wiedergabe von D. 47,2,14,3-4: Als Entscheidungsbegründung wird dabei nicht die von Julian erwähnte *constitutio* <sup>(32)</sup>, sondern folgender kanwvn erwähnt: κλεψθη" το; κλοπιμαί'ον ε[κων ουκ εϋχουσιανζει <sup>(33)</sup>. Da dieser von den Byzantinern übernommene Satz ein Vorbild im klassischen Schrifttum gehabt haben muß, ist es sehr wahrscheinlich, daß sie ihn aus D. 47,2,77,1 entnommen haben.

Außerhalb unserer Problematik liegt das Ende der Stelle: Hier geht Pomponius noch auf das Konkurrenzproblem ein und spricht sich für die Kumulation der *actiones furti* gegen den *prior fur* und gegen den *posterior fur* in der Hand des E aus <sup>(34)</sup>.

---

31) Bas. 60,12,77,1 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL A VIII 2848 = Hb V 526).

32) Sie ist freilich in Schol. 15 überliefert (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL B VIII 3346 = Schol. 16 Hb V 459).

33) Bas. 60,12,14, 3-4 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL A VIII 2821 = Hb V 459). Vgl. auch das zugehörige Schol. 16 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL B VIII 3346 = Schol. 17 Hb V 459) i{na duvnhtai w|" despovth" kinei'n.

34) E. LEVY, *Konkurrenz* I 481; D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 133 ff. Umstritten ist freilich die Echtheit des hier nicht näher interessierenden Schlußsatzes, der durch seine Anknüpfung mit *et ideo* zum selben Ergebnis auch für die *condictio* kommt: Für Unechtheit insbesondere E. LEVY, *Konkurrenz* I 481 ff, F. BOSSOWSKI, *APal* 13 (1927) 418; H. F. JOLOWICZ, *Digest XVII,2 De furtis* 113; dagegen freilich D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 135 f; wieder anders W. PIKA, *Condicere* 38, der darin nur eine Klarstellung des Pomponius sieht, "daß die *condictio* aus dem ersten *furtum* durch den zweiten Diebstahl weder übergegangen (auf den ersten Dieb) noch untergegangen ist".

2) Eine ähnliche Situation wie in D. 47,2,77,1 – nämlich die *subreptio* der gestohlenen Sache durch einen Dritten – begegnet auch in folgendem Celsus-Fragment <sup>(35)</sup>:

D. 47,2,68,2 (*Celsus libro duodecimo digestorum*).

*Infans apud furem adolevit: tam adolescentis furtum fecit ille quam infantis, et unum tamen furtum est: ideoque dupli tenetur, quanti umquam apud eum plurimi fuit. nam quod semel dumtaxat furti agi cum eo potest, quid refert propositae quaestioni? quippe, si subreptus furi foret ac rursus a fure altero eum recuperasset, etiam si duo furta fecisset, non amplius quam semel cum eo furti agi posset. nec dubitaverim, quin adolescentis potius quam infantis aestimationem fieri oporteret. et quid tam ridiculum est quam meliorem furis condicionem esse propter continuationem furti existimare?*

Ein *servus infans* wurde gestohlen und erreichte beim *fur* die Adoleszenz, wodurch er an Wert gewann. Celsus spricht sich dafür aus, daß der (nur einmal zu gewährenden) *actio furti* der Höchstwert und nicht der Wert des *infans* zugrunde gelegt wird, wie dies von Sabinus vertreten wurde <sup>(36)</sup>, gegen den das

---

35) Zur Stelle E. KALINKA, SZ 47 (1927) 334; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* (Milano 1939) 80; H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII,2 De furtis* 105; D. DAUBE, SZ 76 (1959) 161; F. WIEACKER, *Iura* 13 (1962) 9 ff; SZ 94 (1977) 345; H. HAUSMANINGER, ANRW II/15 (Berlin - New York 1976) 396 ff; B. SANTALUCIA, *BIDR* 72 (1969) 131 f; D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 126; J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen* (Berlin 1999) 35 f.

36) Pomp. D. 47,2,9 pr.

polemische *ridiculum est* wohl gerichtet ist<sup>(37)</sup>. Zur Stützung seiner Ansicht, daß die *actio furti* nur einmal zu gewähren ist, verwendet Celsus aber zunächst einen Vergleichsfall. Wäre der *servus infans* nicht beim *fur* verblieben, sondern wäre er diesem von einem anderen gestohlen und dann wiederbeschafft worden, so würden zwar zwei *furta* vorliegen, aber ebenfalls nur einmal die *actio furti* gewährt werden, und zwar wieder unter Zugrundelegung des höheren Wertes beim zweiten *furtum*: Was für zwei Diebstähle gelte, müsse umso eher für eine fortgesetzte Verwirklichung des *furtum*-Tatbestandes gelten. Zu Recht wurde darauf hingewiesen, daß Celsus sich nicht nur auf die “*deductio ad absurdum*”<sup>(38)</sup> stützt, sondern einer “Ähnlichkeitsrelation”<sup>(39)</sup> bzw eines “*argumentum a maiore ad minus*”<sup>(40)</sup> bedient. Es ist daher von der Echtheit des Vergleichsfall auszugehen<sup>(41)</sup>.

---

37) P. VOICI, *Risarcimento e pena* 80; B. SANTALUCIA, *BIDR* 72 (1969) 132.

38) Vgl. V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella storia giuridica fra Nerva e Adriano* (Napoli 1979) 147 f; M. BRETONE, *Techniche ed ideologie dei giuristi romani*<sup>2</sup> (Napoli 1982) 205; H. HAUSMANINGER, *ANRW* II/15, 398.

39) H. HAUSMANINGER, *ANRW* II/15, 398.

40) J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana* 36.

41) Selbst G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV (Tübingen 1920) 230 beläßt trotz seiner sonstigen Verdächtigungen den *duo-furta*-Fall. Verdächtig wurde er vor allem von WIEACKER, der es zunächst für “undenkbar” hielt, den Fall Celsus zuzuschreiben (*Iura* 13 [1962] 11), unter dem Eindruck der Ausführungen HAUSMANINGERS (*ANRW* II 15, 396 ff) für die Interpolationsannahme aber “nicht mehr auf die Barrikade” gehen will (*SZ* 94 [1977] 345); für die Echtheit des Vergleichsfalls auch D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 126, für die Echtheit des Fragments insgesamt schon zuvor

Genau genommen sind im Vergleichsfall insgesamt drei *furta* erfolgt, nämlich zunächst durch den ersten Dieb, dann durch den zweiten Dieb (*si subreptus furi foret*) und schließlich noch einmal durch den ersten Dieb (*ac rursus ab eo recuperasset*). Celsus interessieren für seine Argumentation freilich nur das erste und das dritte *furtum*: Daher können wir der Stelle auch keine Informationen zur *actio furti* gegen den zweiten *fur* abgewinnen.

3) Von besonderem Interesse ist die Haltung der Spätclassiker: Im Fall eines diebischen *nauta* folgt Paulus ganz offensichtlich unserer *constitutio*:

D. 4,9,4 pr (*Paulus libro tertio decimo ad edictum*).

*Sed et ipsi nautae furti actio competit, cuius sit periculo, nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur, aut alio subripiente ipse nauta solvendo non sit.*

Am Ende des vorangehenden Ulpian-Fragments D. 4,9,3,5 wird eine elektive Konkurrenz zwischen der *actio de recepto* und der *actio furti* in der Hand des Befrachters bejaht und damit eine Aktivlegitimation des Befrachters und Eigentümers vorausgesetzt. In 4 pr soll das einleitende *sed et ipsi* den Eindruck erwecken, der *nauta* sei neben dem Befrachter zur *actio furti* aktivlegitimiert. Für die Unechtheit der Konkurrenz in

D. 4,9,3,5<sup>(42)</sup> und der Einleitungsworte in fr. 4 pr<sup>(43)</sup> wurde auf Ulp. D. 47,5,1,4 verwiesen, wo die Aktivlegitimation dem Eigentümer ausdrücklich versagt und wegen des *periculum custodiae* ausschließlich dem *nauta* zugestanden wird. Dagegen haben aber VOCI<sup>(44)</sup> und LIEBS<sup>(45)</sup> darauf hingewiesen, daß bei Diebstählen durch den *nauta* selbst oder einen seiner Gewaltunterworfenen die Aktivlegitimation der zivilen oder honorarrechtlichen *actio furti* beim Eigentümer liegt.

Daß der *nauta* aufgrund seiner strengen Haftung<sup>(46)</sup> ein Interesse hat *rem non subripi*, ist unbestritten; daher ist er bei Diebstählen durch einen Dritten zur *actio furti* gegen diesen

KALINKA, SZ 47 (1927) 345. Keine Einwände finden sich bei P. VOCI, *Risarcimento e pena* 80 und J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana* 35 f.

42) Für den kompilatorischen Ursprung dieser Konkurrenz F. SCHULZ, SZ 32 (1911) 69 ff; *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 50 (1911) 32; E. LEVY, *Konkurrenz* II/1 85 ff; G. BESELER, SZ 44 (1924) 366.

43) L. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia* I (Modena 1902) 39; F. SCHULZ, SZ 32 (1911) 71; *Krit. Vierteljahresschrift* 50 (1911) 33; E. LEVY, *Konkurrenz* II/1 86.

44) P. VOCI, *Risarcimento e pena* 130 f.

45) D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 108 f.

46) J. PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain* (Paris 1926) 13; G. I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limiti alla responsabilità contrattuale* I (Milano 1938) 157-178; F. DE ROBERTIS, *Annali Bari* 12 (1952) 5 ff; *Rivista dir. navigazione* 24 (1958) 241 ff; *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* II (Bari 1982) 1001 ff; M. SARGENTI, *SDHI* 20 (1954) 148 ff; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (Napoli 1958) 103 ff; L. R. MÉNAGER, *RH* 38 (1960) 385 ff; R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain* (Bruxelles 1987) 66 ff.



aktivlegitimiert. Und nur an Diebstähle durch Dritte und nicht seiner Gewalt unterworfenen Personen kann in fr. 4 pr gedacht sein. Für uns von Interesse ist der von Paulus gemachte erste Vorbehalt *nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur*: In dieser Situation – zuerst unterschlägt der *nauta* die Sache und in der Folge wird sie ihm von einem Dritten <sup>(47)</sup> gestohlen – kommt die Aktivlegitimation gegenüber dem zweiten *fur* – genauso wie im Fall der Insolvenz des *nauta* – nicht dem *nauta*, sondern dem Befrachter zu. Zwar wurden gegen die von Paulus gemachten Vorbehalte textkritische Verdächtigungen ausgesprochen <sup>(48)</sup>, doch kann gegen die sachliche Echtheit und Klassizität kein Einwand erhoben werden: Die Rückkehr der Aktivlegitimation zum Eigentümer im Fall der Insolvenz des Haftungsinteressenten ist vielfach gesichert <sup>(49)</sup>, und der Fall des *nauta subripiens* entspricht ja nicht nur dem Inhalt unserer *constitutio*, sondern paßt auch zur rechtspolitischen Motivation, die hinter dem *receptum*-Edikt steht, nämlich der Bekämpfung der *improbitas* dieser Leute <sup>(50)</sup> und deren häufiger Kooperation mit Dieben <sup>(51)</sup>.

---

47) Vgl. auch Bas. 53,1,17 (SCHELTEMA -VAN DER WAL A VII 2437) .... h] aujtou' klevyanto" e{tero" e[kleyen.

48) Den ganzen Vorbehalt, also beide Fälle – *furtum* durch den *nauta* und dessen Insolvenz – tilgt M. PAMPALONI, *Scritti giuridici* I 749; speziell die Passage [*nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur*] wird von F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 71 und E. LEVY, *Konkurrenz* II/1 86 FN 1 verdächtigt. F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 342 spricht generell von einem “testo di evidente fattura giustiniana”.

49) Gai.Inst. 3,205; Ulp. D. 47,2,12 pr.

50) Ulp.-Pomp. D. 4,9,3,1.

51) Ulp. D. 4,9,1,1.

4) Eine von unserer *constitutio* abweichende Entscheidung finden wir in

D. 47,2,48,4 (*Ulpianus libro quadragensimo secundo ad Sabinum*) (52).

*Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus, quo fur furti agere possit.*

Ego hat an den *fullo* Tu ein Kleidungsstück zur Reinigung gegeben, *fullo* Tu hat dieses Kleidungsstück ohne Wissen oder Willen des Ego an Titius verliehen; bei Titius wird es vom *fur* D gestohlen. Dadurch wird zweimal der *furtum*-Tatbestand verwirklicht, was einerseits zu einer *actio furti* des Ego gegen Tu, andererseits zu einer *actio furti* des Tu gegen D führt.

Die Zielrichtung der in der Stelle gegebenen Begründungen ist verschieden: Begründungsbedürftig ist für Ulpian beim zeitlich ersten *furtum* die Verwirklichung des Tatbestandes (*quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris*)

---

52) Dazu M. PAMPALONI, *Scritti giuridici* I 706; L. LUSIGNANI, *Responsabilità* I 46 f; F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 39 ff; F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 329 ff; J. ROSENTHAL, *SZ* 68 (1951) 261; F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius* III (Jena 1917) 509 ff; V. POLACEK, *Labeo* 19 (1973) 178 f; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* 184.

(<sup>53</sup>), nicht die Aktivlegitimation; für das zeitlich zweite *furtum* ist es umgekehrt: Daß der *furtum*-Tatbestand verwirklicht ist, bedarf keiner besonderen Ausführung, wohl aber wird die Aktivlegitimation des Tu ausdrücklich begründet: *quia custodia rei ad te pertinet* (<sup>54</sup>). Damit ist auch klargestellt, daß das der Aktivlegitimation zugrunde liegende Haftungsinteresse des Tu nicht erst durch sein *furtum usus* begründet wird, sondern sich schon aus der *locatio conductio* ableitet. Daher ist es nicht richtig, wenn die Stelle von den Vertretern der subjektiven *custodia* als Beleg dafür reklamiert wird, daß die Haftung des Tu erst durch sein Fehlverhalten begründet wird (<sup>55</sup>): Die Passage *quia non debueras commodare* hat nur die Funktion, das *furtum* des Tu zu begründen (<sup>56</sup>).

Die Pointe der Stelle liegt für Ulpian freilich im zusammenfassenden Schlußsatz: *ita erit casus, quo fur furti agere possit*. Die vorangegangenen Erläuterungen haben die Funktion, auf diesen geradezu mit dramaturgischem Geschick an den Schluß gestellten Satz vorzubereiten: Damit zeigt die gesamte Gedankenführung einen klaren Aufbau und ist zu Recht gegen

---

53) Vgl. auch Gai. D. 47,2,55,1, wo das Weiterverleihen einer geliehenen Sache als *furtum* qualifiziert wird.

54) Nicht überzeugend ist die Interpolationsannahme von J. ROSENTHAL, SZ 68 (1951) 261, der die Entscheidung auf die *custodia* des Kommodatars Titius stützen will: *quia custodia rei ad [te]<Titium> pertinet*.

55) C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain* (Paris 1966) 55 FN 288; G. MACCORMACK, SZ 89 (1972) 169; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* 184.

56) So auch W. LITEWSKI, SDHI 54 (1988) 392.

die vorgebrachte Interpolationskritik<sup>(57)</sup> verteidigt worden<sup>(58)</sup>. Ulpian ist sich hier also offensichtlich der ihm bekannten<sup>(59)</sup> *constitutio* durchaus bewußt und fühlt sich bemüßigt darauf hinzuweisen, daß sie in diesem speziellen Fall nicht zum Tragen kommt; und zwar nicht etwa deswegen, weil die *constitutio* Fälle des *furtum usus* von vornherein nicht erfaßt<sup>(60)</sup>, sondern weil die nach Ulpian hinter der *constitutio* stehende *ratio* nicht vorliegt: Ulpian hat, wie wir oben gesehen haben, diese *constitutio* mit dem Prinzip verbunden, daß eine *actio* nicht durch *improbitas* oder *dolus* erworben werden soll<sup>(61)</sup>. Dieses Prinzip ist hier deswegen nicht betroffen, weil die Aktivlegitimation zur (zunächst noch potentiellen) *actio furti* eben gerade nicht durch *dolus* oder *improbitas* erworben wird, sondern dem *fullo* schon zuvor aufgrund seiner vertraglichen *custodia*-Haftung zukommt<sup>(62)</sup>. Sein doloses vertragswidriges Verhalten nimmt ihm diese potentielle Aktivlegitimation nicht mehr, sondern schafft durch sein damit verwirklichtes *furtum usus* auch seine Passivlegitimation gegenüber Ego. Mit dem dann tatsächlich

---

57) C. FERRINI, *Opere* III (Milano 1929) 137; L. LUSIGNANI, *Responsabilità* I 46.

58) F. SCHULZ, *Kritische Vierteljahresschrift* 50 (1911) 38.

59) Ulp. D. 47,2,14,4.

60) So Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Berlin 1899, Nachdruck Graz 1955) 744 FN 4.

61) Ulp. D. 47,2,12,1: *nemo de improbitate sua consequitur actionem; eod.* 14,3: *non debet ex dolo suo furti quaerere actionem*; Ulp. D. 50,17,134,1: *Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*. Vgl. Paul. D. 47,2,11.

62) So schon F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 39.

erfolgten *furtum* durch D wird seine potentielle Aktivlegitimation nun aktuell und führt zu der Situation, daß passive und aktive Zuständigkeit in ein und derselben Person zusammenfallen.

Zu fragen ist freilich noch, warum Ulpian nicht auf eine *actio furti* des Kommodatars Titius gegen den *fur* D eingeht, ist doch der Kommodatar regelmäßig aufgrund seiner *custodia*-Haftung zur *actio furti* legitimiert <sup>(63)</sup>: Wäre es daher in unserem Fall nicht eher zu erwarten, daß gar nicht der *fullo*, sondern der Kommodatar die *actio furti* hat? Es gab in der Literatur mehrere Ansätze, diesem von SCHULZ als folgerichtig <sup>(64)</sup> bezeichneten Ergebnis zu entgehen: Zum einen wird die *actio furti* des Kommodatars deswegen ausgeschlossen, weil er die Sache nicht *voluntate domini* <sup>(65)</sup> innehat <sup>(66)</sup>. Weiters gibt es Argumentationen, in casu die *custodia*-Haftung des Titius zu beseitigen: Man kann dazu an der Wurzel beginnen und von der Nichtigkeit des Leihvertrages ausgehen <sup>(67)</sup> bzw dem *fullo* die *actio commodati directa* absprechen, weil sie *ex improbitate* erworben wäre <sup>(68)</sup>. Freilich befriedigt diese Erklärung vor allem

---

63) Gai.Inst. 3,206; Ulp. D. 47,2,14,16; Coll. 10,2,6; F. SCHULZ, SZ 32 (1911) 37 ff.

64) F. SCHULZ, SZ 32 (1911) 40.

65) Vgl. Paul. D. 47,2,86 pr: *Is, cuius interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, ...*

66) BRÜCKNER, *Die custodia und ihre Beziehung zur vis maior im römischen Recht* (München 1889) 139; P. VOGLI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* (Milano 1939) 28 FN 1; F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 329 FN 2.

67) So offensichtlich D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 134 FN 12.

68) So F. SCHULZ, SZ 32 (1911) 40.

deswegen nicht, weil in den Quellen eindeutig ausgedrückt ist, daß nach der von Marcellus entwickelten und auch von Ulpian geteilten Auffassung der *praedo* und der *fur* die *actio commodati* und *depositi* erlangen<sup>(69)</sup>. Auch SCHULZ hat das gesehen und mußte daher eine Haltungsänderung Ulpians annehmen: Dieser habe sich in seinem Sabinus-Kommentar – zu dem auch fr. 48,4 gehört – der vormarcellianischen Lehre angeschlossen, welche dem *fur* eine Vertragsklage versagte, im Ediktskommentar<sup>(70)</sup> und in den *disputationes*<sup>(71)</sup> aber die Meinung Marcells übernommen und die Vertragsklage gewährt<sup>(72)</sup>. Eine andere Lösung besteht darin, zwar nicht den Leihvertrag und die *actio*, wohl aber die *custodia*-Haftung des Titius in Abrede zu stellen<sup>(73)</sup>.

Die Nichterwähnung der *a. furti* des Kommodatars läßt sich freilich auch damit erklären, daß dieser Aspekt für Ulpian nicht im Zentrum des Interesses stand. Es ging ihm – wie bereits

---

69) Paul. D. 13,6,15; Marcell. *eod.* 16; Ulp.-Marcell. D. 16,3,1,39; Tryph. D. 16,3,31; Ulp. D. 5,1,64 pr.

70) Ulp. D. 16,3,1,39.

71) Ulp. D. 5,1,64 pr.

72) Dagegen schon kritisch F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 329 FN 2 (S. 330).

73) So F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius* III (Jena 1917) 510 f einerseits mit dem Argument, schon die Übertragung des Diebstahlsrisikos und der Aktivlegitimation vom Eigentümer auf den *fullo* sei ein Sonderrecht, dessen weitere Ausdehnung (im Verhältnis Tu – Titius) nicht selbstverständlich sei; andererseits mit der Sachverhaltsannahme, der Kommodatar Titius sei ein "armer Schlucker" (darauf deute schon das Ausleihen von Kleidern hin), was die Haftungsübertragung auf ihn unzulässig mache. Letzteres ist wenig überzeugend.

erwähnt – darum, einen Fall aufzuzeigen, in dem ein *fur furti agere possit*, nicht um eine erschöpfende rechtliche Behandlung aller durch den Sachverhalt aufgeworfenen Fragen. Es ist daher müßig darüber Spekulationen anzustellen, ob er eine *actio furti* des Kommodatars überhaupt a priori ausschließt oder, was auch denkbar ist, beide, nämlich den Tu und den Titius für konkurrierend aktivlegitimiert hält und der zuerst angestellten Klage eine Ausschlußwirkung zuordnet, damit der Dieb D nicht zweimal *ex eadem causa poenal* in Anspruch genommen wird (74). Ulpian hat jedenfalls die mit der Gewährung der *actio furti* an Tu verbundenen Auswirkungen – einerseits im Verhältnis zu Titius, andererseits zum Dieb D – als lösbar vorausgesetzt.

5) Zu prüfen ist schließlich, ob die vielbehandelte Stelle D. 47,2,12,2 (75) etwas mit unserem Problem zu tun hat. Ich folge hier der Gliederung in Sinnabschnitte, wie sie ANKUM vorgenommen hat:

---

74) Vgl. Ulp. D. 13,6,5,15; Pomp. D. 13,6,6; E. LEVY, *Konkurrenz I* 393 f; D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 127 f.

75) F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 52 f; J. A. C. THOMAS, *TR* 38 (1970) 136 f; A. L. OLDE KALTER, *TR* 38 (1970) 118; C. RASCON, *Pignus y custodia en el derecho romano clasico* (Oviedo 1976) 161 ff; M. KASER, *SZ* 96 (1979) 102; *SDHI* 45 (1979) 65 ff = *Studien zum römisches Pfandrecht* (Neapel 1982) 191 ff; H. ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 141 ff; *RIDA* 27 (1980) 103 ff; M. KASER, *SZ* 99 (1982) 262 ff; *Studien zum röm. Pfandrecht* 243 f; J. A. C. THOMAS, *Studi Sanfilippo I* (Milano 1982) 591 ff; H. ANKUM, *BIDR* 90 (1987) 169 ff; D. SCHANBACHER, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht* (Berlin 1987) 46 ff; P. VOGLI, *SDHI* 56 (1990) 71 ff.

D. 47,2,12,2 (*Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum*).

(a) *Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: (b) quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. (c) nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur furti et agat. ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. (d) sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit.*

Lange wurde wegen des *res pignori data* davon ausgegangen, daß es zunächst um ein Besitzpfand geht, welches dem Gläubiger entwendet wird. Die Passage (b) wurde auf ein *furtum possessionis* durch den Schuldner/Eigentümer (den Falltypus 1b im Sinn der von ANKUM entwickelten Typologie <sup>(76)</sup>) bezogen und demgemäß wurde für Passage (c) ein zweites *furtum* angenommen: Nachdem der Schuldner/Eigentümer die Sache dem Gläubiger entzogen hat, wird sie nun bei ihm von einem Dritten gestohlen <sup>(77)</sup>.

---

76) H. ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 127 f; *RIDA* 27 (1980) 97 f; *BIDR* 90 (1987) 173 ff.

77) F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 52; H. ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 143 ff; M. KASER, *SZ* 99 (1982) 262 f.



Schließlich aber hat ANKUM<sup>(78)</sup> eine Neuinterpretation vorgenommen und dazu in (a) eine Interpolation *res pignori [data] <obligata>* angenommen und diese Passage für Ulpian auf das *furtum* an einer besitzlos verpfändeten Sache durch einen Dritten bezogen (Falltypus 2a) und daraus die mit dem einleitenden Wort *quoque* indizierte Teilung der *a. furti* – undenkbar bei Falltypus 1a – erklärt. Die Passage (b) bezog sich bei Ulpian nach der nunmehrigen Interpretation ANKUMS auf den Falltypus 2b (unerlaubte Veräußerung der besitzlos verpfändeten Sache durch den Eigentümer/Schuldner), wofür auch die Berufung auf Julian spricht, der in diesem Fall erstmalig die *actio furti* vertreten hat<sup>(79)</sup>, während sie im Fall 2a schon lange vorher gesichert war.

In Passage (c) kann sich die beginnende Feststellung *nec non et ipsi domino dari placet* freilich nicht auf (b) beziehen – in (b) ist der *dominus* notwendigerweise ausschließlich der Beklagte –, sondern nimmt den in (a) behandelten Fall wieder auf und betont die geteilte Aktivlegitimation, die auch im Schlußteil von (c) mit den Worten *ideo autem datur utrique, quia utriusque interest* begründet wird.

Für unsere Untersuchung von Interesse ist die Aussage *et sic fit ut [non] teneatur furti et agat*. Daß das *[non]* keinen Sinn ergibt und auf einem Abschreiberversehen beruht, wird schon seit

---

78) H. ANKUM, *BIDR* 90 (1987) 183 ff.

79) Ulp.-Iul. D. 47,2,19,6; Paul.-Iul. D. 47,2,67 pr.

langem <sup>(80)</sup> unter Berufung auf folgendes Scholion angenommen, wo die entsprechende Passage lautet:

Schol. 1 zu Bas. 60,12,10 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL B VIII 3342 = HEIMBACH V 555):

kai; ou{tw sumbaivnei, to;n aujto;n a[nqrwpon ejnavgein kai; ejnavgesqai th' fouvrti.

Gehalten wird das *non* nur von wenigen <sup>(81)</sup>. An verbesserten Lesungen gibt es mehrere Vorschläge:

*et sic fit ut nonnumquam teneatur furti et agat* <sup>(82)</sup>

*et sic fit ut idem teneatur furti et agat* <sup>(83)</sup>

80) Die Verdächtigung als Kopistenfehler geht schon auf Cuias (unten FN 84) und F. Zoanettus (unten FN 83) zurück; ebenso W. BUCKLAND, *Nouv. Rev. de droit franç. et étrang.* 40 (1917) 40; F. HAYMANN, *SZ* 40 (1919) 215; 305; F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 334 FN 2; J. A. C. THOMAS, *TR* 38 (1970) 136; *Studi Sanfilippo* I (1982) 592; H. ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 142 f; *RIDA* 27 (1980) 103 FN 30; *BIDR* 90 (1987) 175 FN 29; M. KASER, *SDHI* 45 (1979) 66 FN 230 = *Studien zum röm. Pfandrecht* 192 FN 230; *SZ* 99 (1982) 262 FN 62; P. VOCI, *SDHI* 56 (1990) 72. Nicht für einen Schreibfehler, sondern für eine bewußte, aber ungeschickte Interpolation der Kompilatoren spricht sich hingegen F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 53 aus.

81) So etwa F. KNIEP, *Gai* III 474 mit der Annahme, daß sich der Satz auf den Pfandgläubiger beziehe (dagegen zu Recht schon HAYMANN, *SZ* 40 [1919] 305 FN 1), weiters (mit Bezug auf den *dominus*) G. I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limiti alla responsabilità contrattuale* I (Milano 1938) 245 FN 1; J. ROSENTHAL, *SZ* 68 (1951) 255 f; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* 224.

82) So Th. MOMMSEN *ad h.l.*; ebenso M. PAMPALONI, *Scritti giuridici* I 716 und J. A. C. THOMAS, *TR* 38 (1970) 136.

83) So im Anschluß an das im Text wiedergegebene Scholion F. ZOANETTUS, *Restitutionum liber* tom. IV, Cap. XII in *Thesaurus iuris romani* (Trajectum ad Rhenum 1733) 655, und ihm folgend ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 143 f; *RIDA* 27 (1980) 103 FN 30; *BIDR* 90 (1987) 175 FN 29.

*et sic fit ut teneatur furti et agat* <sup>(84)</sup>.

Inhaltlich unterscheiden sie sich nicht und ergeben prima vista zunächst die Aussage, daß der Schuldner und Eigentümer zur *actio furti* sowohl passiv- wie auch aktivlegitimiert ist. Geht man von dem unterstellten Sachverhalt zweier sukzessive erfolgter *furta* aus, wäre die Stelle eine Ausnahme zu unserer *constitutio*; dafür könnte vielleicht auch das einleitende, leichtes Erstaunen suggerierende *et sic fit, ut* sprechen. Doch ist diese Auslegung deswegen nicht überzeugend, weil sich das *et sic fit, ut* auf die vorherigen Fallbeispiele bezieht und dort jedenfalls nicht zwei sukzessive, sondern zwei verschiedene Fälle eines *furtum* vorgeführt werden. Auch die Reihenfolge *et teneatur et agat* entspricht der Abfolge der vorherigen Textteile, nämlich der Passivlegitimation des Eigentümers in (b) und der (mit dem Gläubiger geteilten) Aktivlegitimation am Beginn von (c). Daher ist in diesem Satz nur an eine Zusammenfassung der bisher erzielten Ergebnisse <sup>(85)</sup>, nicht aber – wie insbesondere THOMAS und VOCI klargestellt haben <sup>(86)</sup> – an die Erörterung eines neuen Falles mit einem zusätzlichen Diebstahl im Anschluß an den in (b)

---

84) So CUIACIUS, *Opera omnia* I (Parisiis 1658) 233; *Observationes et Emendationes* XI (ed. HEINECCIUS, Halae 1737) cap. XI p. 357; M. KASER, *SZ* 99 (1982) 262.

85) H. ANKUM, *BIDR* 90 (1987) 189 denkt an eine “glose explicative”; P. VOCI, *SDHI* 56 (1990) 72 an eine (freilich den Byzantinern zuzuschreibende) Generalisierung.

86) J. A. C. THOMAS, *Studi Sanfilippo* I (1982) 592 f und ihm folgend nunmehr H. ANKUM, *BIDR* 90 (1987) 182; ebenso D. SCHANBACHER, *Konvaleszenz* 47 FN 139; P. VOCI, *SDHI* 56 (1990) 72.

behandelten zu denken. Die Stelle kann daher nicht als Beleg für die Durchbrechung unserer *constitutio* gesehen werden.

6) Etwas anders verhält es sich mit

Paul.Sent. 2,31,19.

*Rem pignori datam debitor creditori subtrahendo furtum facit; quam si et ipse similiter amiserit, suo nomine persequi potest.*

Der erste Teil der Stelle ist unproblematisch und entspricht dem auch anderweitig überlieferten klassischen Rechtszustand, wonach der Schuldner durch Entwendung des *pignus datum* den Tatbestand des *furtum possessionis* gegenüber dem Gläubiger verwirklicht und daher dessen *actio furti* ausgesetzt ist<sup>(87)</sup>. Soweit überhaupt der Blick auch auf den zweiten Teil der Stelle geworfen wurde, wurde die Stelle bisher dazu verwendet, sie als Parallelfall zum eben behandelten Fragment Ulp. D. 47,2,12,2 zu zitieren<sup>(88)</sup>. Aufgrund der neuen Interpretation von D. 47,2,12,2 durch ANKUM ist dieser Parallelisierung nun freilich der Boden entzogen. Für die Sentenzen-Stelle ist weiterhin von einem Besitzpfand und wohl auch von zwei

---

87) Vgl. Lab.-Pomp. D. 13,7,3; Gai. *Inst.* 3,200; 204; Ulp. D. 47,2,19,5; Paul. D. 41,3,4,21; D. 47,2,20 pr; *eod.* 88; P. HUVELIN II 557 f, 792; J. ROSENTHAL, *SZ* 68 (1951) 256; M. KASER, *TR* 44 (1976) 272 = *Studien zum röm. Pfandrecht* 40; *SDHI* 45 (1979) 77 = *Studien zum röm. Pfandrecht* 203; H. ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 127/8; 137 ff; *RIDA* 27 (1980) 97; 119; *BIDR* 90 (1987) 174; J. A. C. THOMAS, *TR* 38 (1970) 136 f.

88) CUIACIUS, *Opera omnia* I (oben FN 84) 233; F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 52; H. ANKUM, *BIDR* 90 (1987) 182 FN 54.

hintereinander erfolgten *furta* auszugehen: An die Hauptaussage im ersten Satz – die Entwendung des Pfandobjekts durch den Schuldner stellt ein *furtum* dar – wird eine Zusatzbemerkung angehängt, wobei der Sachverhalt mit “*quam si et ipse similiter amiserit*” geschildert wird. Ein *amittere* der Sache durch den Schuldner (*ipse*) setzt voraus, daß er die Sache zuvor bei sich hatte, wobei aus dem Zusammenhang ganz klar ist, daß dies aufgrund des zuvor erfolgten *creditori subtrahere* durch ihn selbst erfolgt ist: Hier wird der Ausgangssachverhalt nicht variiert, sondern fortgesetzt. Das *similiter* zeigt an, daß wieder ein *furtum* erfolgt, diesmal aber durch das *subtrahere* seitens einer dritten Person. In Paul.Sent. 2,31,19 haben wir es daher unzweifelhaft – anders als in D. 47,2,12,2 – mit zwei aufeinanderfolgenden *furta* zu tun.

Zu wenig Gewicht wurde bisher freilich darauf gelegt, wie die Rechtsfolge umschrieben ist, welche an das *similiter amittere* geknüpft ist. Denn der Sentenzenverfasser sagt nicht ausdrücklich, daß der Schuldner die *actio furti* hat, sondern nur, daß er *suo nomine persequi potest*. Unmittelbar vor dem *persequi* fehlt zwar ein Objekt, aufgrund der Einleitung *quam (scil. rem pignori datam) si et ipse similiter amiserit* ist klar, daß das Objekt des *persequi* die Pfandsache ist. Das *suo nomine persequi* meint daher in erster Linie die Sachverfolgung durch den Schuldner, nicht unbedingt die *actio furti*. Ich halte es daher nicht für zwingend, in Paul.Sent. 2,31,19 eine Durchbrechung unserer *constitutio* zu sehen.

Interpretiert man hingegen – wie es bisher getan wurde, was freilich nicht zwingend, aber immerhin vertretbar ist – in das *suo nomine persequi* die *actio furti* hinein, so wäre diese Entscheidung zweifellos eine Abweichung von der *constitutio*. Dann bedarf es freilich noch einer Erklärung, wieso Paulus – vorausgesetzt diese Sentenzen-Stelle geht auf ihn zurück – in dem oben behandelten Fragment D. 4,9,4 pr auf die *constitutio* Rücksicht nimmt und dem *fur* die *actio furti* abspricht, in der Sentenzen-Stelle hingegen einem *fur* die *actio furti* gewährt: Die Verschiedenheit zwischen den beiden Fällen liegt darin, daß es im *nauta*-Fall um die Aktivlegitimation eines Haftungsinteressenten, in Paul.Sent. 2,31,19 um die eines Eigentümers geht: Paulus hätte dann die *constitutio* auf erstere Kategorie eingeschränkt und jedenfalls nicht auf den Eigentümer selbst angewandt. Der Stelle selbst können wir jedenfalls, wie bereits DE ROBERTIS gesehen hat<sup>(89)</sup>, keine Information zur Begründung entnehmen.

## II. Exkurs: Die Inkompatibilität von aktiver und passiver *actio furti noxalis*

In der Konstitution C. 6,2,21<sup>(90)</sup> entscheidet Justinian eine klassische Kontroverse, die zunächst im *pr* vorgestellt wird:

---

89) F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 338 FN 3.

90) Dazu A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff* I (Uppsala - Leipzig 1927) 58; F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*

*Apud antiquos quaerebatur, si servus, quem aliquis bona fide possidebat, furtum commiserit alienarum rerum vel ipsius apud quem constitutus est, si ipse qui bona fide eum detinet noxalem furti actionem adversus verum dominum habet, vel ipse ab eo qui furtum passus est praedicta convenitur actione.*

Ein Sklave des E befindet sich beim gutgläubigen Besitzer B. Der Sklave hat Sachen des B oder eines Dritten A gestohlen. Die Kontroverse, die hier vorgestellt wird, betrifft die sehr enge und spezielle Frage, ob der *b.f. possessor*, der die *actio furti noxalis* gegen den *dominus* E hat, seinerseits mit dieser *actio* von A in Anspruch genommen werden kann. Es geht also um die Frage der Kompatibilität von Aktiv- und Passivlegitimation in der Person des B. Eine alte *generalis regula* ging von der Inkompatibilität aus:

*(1) Cumque generalis regula ab antiqua prudentia exposita est huiusmodi hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere aliquis compellitur, adversus alium furti actionem habere non concedens, quidam ita eam per coniecturam interpretati sunt, adversus bona fide quidem possessorem nullo modo furti actionem extendi, ipsi autem,*

---

(Bruxelles 1947) 262 ff; 283 ff; K. H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik* (Köln - Graz 1966) 164 ff; P. STEIN, *Regulae iuris* 121; W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908, reprinted 1970) 337 ff; G. L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali* (Milano 1976) 127 ff; 133 ff; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (Pamplona 1981) 317 ff.

*si furtum fuerit passus, adversus verum dominum furti actionem noxalem recte decerni: tunc autem bona fide possessorem furti nomine, quod passus est, noxalem actionem contra dominum habere posse, quando servus sub domini sui fuerit constitutus possessione: et pro his rebus posse eum adversus dominum habere actionem, non solum quas servus subtraxerit iam apud eum constitutus, sed et pro his quas furatus est, quando fugit quidem a bona fide possessore, adhuc autem nondum sub domini sui manibus fuerit constitutus.*

Die *quidam* lösten den Fall auf dem Hintergrund der Inkompatibilität in der Weise, daß A gegen B keine *actio noxalis* hat, wohl aber B gegen E. Die *coniectura* der *quidam* besteht nach Justinians Bericht darin, daß sie die Passivlegitimation des B verneinten (*adversus bona fide quidem possessorem nullo modo furti actionem extendi*) und damit das Kompatibilitätsproblem beseitigten; daher kann B gegen E die *actio furti noxalis* haben (*ipsi autem, si furtum fuerit passus, adversus verum dominum furti actionem noxalem recte decerni*): Das war nach Justinians Bericht dann von Bedeutung, wenn Diebstähle gegenüber dem *bonae fidei possessor* nach der *fuga* des *servus* begangen werden.

Justinian benötigt für dieses Ergebnis keine *coniectura*, sondern leitet es aus dem tieferen und richtigen Verständnis der *regula* ab <sup>(91)</sup>:

---

91) F. PRINGSHEIM, *Gesammelte Abhandlungen* 2 (Heidelberg 1961) 28.



(2) *Quam interpretationem prisca quidem iura per coniecturam introducebant: nos autem altius et verius ad eam respicientes generalem regulam sic ab initio esse prolatam accipimus.*

(3) *Cum igitur bona fide possessor domini cogitatione furem possidet, merito, donec apud eum constitutus est, et aliis tenetur noxali actione, si extranei furtum a servo fuerint passi, et ipse adversus verum dominum non habet actionem secundum regulam dicentem: qui habet adversus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest. Sin autem desinat in servi retentione et ille apud verum dominum fuerit inventus, tunc ipse quidem noxali furti actione minime potest teneri, adversus verum autem dominum habet ipse furti noxalem actionem, id est pro rebus, quas vel nunc furatus est, cum est apud verum dominum, vel antea, postquam bona fide possessoris retentionem excesserit necdum apud verum dominum factus.*

Die Justinianische Lösung stellt sich wie folgt dar: Solange der *bonae fidei possessor* den Sklaven *domini cogitatione* besitzt, ist er der Noxalklage aus *furta* gegenüber dritten Personen ausgesetzt, kann aber nach der *regula* selbst nicht wegen der ihm gegenüber begangenen *furta* gegen den E vorgehen. Sobald aber die “*retentio servi*” beendet ist und letzterer sich wieder beim *dominus* befindet, hat er gegen diesen die Noxalklage aus jenen Diebstählen, die nach Beendigung der *retentio* ihm gegenüber begangen worden sind.

Justinian kann daher in § 4 ausführen, daß durch die zeitliche Differenzierung der “*casus*” im Sinne der Inkompatibilitätsregel gelöst werden kann:

*et sic iterum regulae generali casus evenit consentaneus: qui enim habet tunc furti actionem adversus dominum, ipse aliis teneri furti actione non potest. Sic ex tempore omnibus discretis vetustissima dubitatio nostro foedere conquiescat et bona fide possessor in parte certa temporis et habeat actionem et non teneatur, et ipse dominus in alio tempore non teneatur actione et in alio sub actione constituitur.*

Wie vor allem GIMÉNEZ-CANDELA erkannt hat, geht es Justinian nicht um die Schlichtung eines prinzipiellen Streits zur Frage der Passivlegitimation des *bonae fidei possessor* (92), sondern um die Lösung eines praktischen Fallproblems (93): Es geht um Diebstähle durch einen *servus*, der sich bei einem *bonae fidei possessor* befindet, wobei zunächst offengelassen wird, wann diese *furta* erfolgen; behandelt werden Diebstähle gegenüber *extranei* und gegenüber dem *bonae fidei possessor* selbst. Wie bereits FALCHI (94) sehr scharf gesehen hat, sind im Codex die beiden *furta* mit “*vel*” verbunden (*furtum commiserit*

---

92) So G. BESELER, *SZ* 46 (1926) 125; F. DE VISSCHER, *Noxalité* 288 ff; G. PUGLIESE, *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti* 2 (Padova 1950) 149 f = *Scritti giuridici scelti* I (Napoli 1985) 485 f; G. L. FALCHI, *Legittimazione passiva* 133 ff; K. H. SCHINDLER, *Justinians Haltung* 164; A. WACKE, *Festschrift für E. Seidl* (Köln 1975) 201; M. SARGENTI, *Labeo* 23 (1977) 337 f.

93) T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* 321.

94) G. L. FALCHI, *Legittimazione passiva* 137 FN 3.

*alienarum rerum vel ipsius apud quem constitutum est*): Noch deutlicher in diese Richtung geht das Scholion des Theodorus, welches die beiden Fälle überhaupt getrennt schildert <sup>(95)</sup>. Anders hingegen sind in den Basiliken und im Scholion des Thalelaeus die beiden *furta* mit *kaiv* verbunden <sup>(96)</sup>, was dafür spricht, daß die Inkompatibilitätsdiskussion der *antiqui* an einen solchen Fall angeknüpft hat; die von Justinian geschilderte Diskussion und seine eigene Lösung setzen hingegen nicht denknötwendig voraus, daß beide Diebstähle kumulativ geschehen sind, sondern bringen nur die zeitliche Differenzierung, wann *furta* gegenüber dem *bonae fidei possessor* zu einer aktiven Noxalklage und wann *furta* gegenüber Dritten zu einer passiven Noxalklage führen. Da insbesondere das Scholion des Thalelaeus auch sonst in der Schilderung der klassischen Kontroverse genauer und vollständiger ist als Justinians Schilderung im Codex <sup>(97)</sup>, glaube ich, daß der in der Klassik diskutierte konkrete Fall wirklich der

---

95) Schol. 1 zu Bas. 60,6,38 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL B VIII 3267 = Hb V 402) Qeodwvrou. JO nemovmeno" bonafivdei> dou'lon ajlllovtrion katevcetai th/' noxaliva/ fouvrti uJpe;r aujto' klevyanto" ejxwtikovn. jEan de; aujto;" klaph/' uJp jaujto' tou' oijkevtou, ouj kinei' th;n noxalivan kata; tou' ajlhqou'" aujto' despovtu, eij mh; a[ra meta; to; ejkpesei'n aujto;n th'" nomh'" ejklavph uJp j aujto'.

96) Bas. 60,6,38 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL A VIII 2797 f = Hb V 402): jEavn ti" nevmhtai dou'lon ajlllovtrion kalh/' pivstei, sumbh/' de; to;n dou'lon tou'ton klevyai tina; para; ejxwtikw'n **kai**; para; aujto' tou' kalh/' pivstei nomevw" .... Schol. 3 (SCHELTEMA - HOLWERDA-VAN DER WAL B VIII 3267 = Hb V 402) Qalelaivou .... a[ra ejavn ti" nevmhtai dou'lon ajlllovtrion pivstei ajgaqh/', sumbh/' de; tou'ton to;n dou'lon klevyai tina; **kai**; para; ejxwtikw'n **kai**; para; tou aujto' bonafivdei> nomevw".

97) So erwähnt Thalelaeus etwa, daß die *quidam* die Mehrheit bildeten (kai; e[legon tw'n nomikw'n oiJ pleivou"), was Justinian nicht berichtet: K. H. SCHINDLER, *Justinians Haltung* 164.

des in beiden Richtungen verübten *furtum* war, was zweifellos zur Diskussion um die Vereinbarkeit mit der *regula* geführt haben muß. Auffällig ist freilich, daß die *regula* in verschiedenem Wortlaut geschildert wird:

§ 1 *Cumque generalis regula ab antiqua prudentia exposita est huiusmodi hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere aliquis compellitur, adversus alium furti actionem habere non concedens . . . .*

§ 3 *....secundum regulam dicentem: qui habet adversus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest.*

Beim Vergleich fällt allerdings sofort auf, daß die Formulierungen in folgenden Punkten nicht übereinstimmen:

1) In § 1 wird aus der bestehenden Passivlegitimation zur Noxalklage (*suscipere aliquis compellitur*) abgeleitet, daß dieselbe Person aus einem *furtum* dieses Sklaven (*huiusmodi hominis gratia*) selbst keine *actio* hat; dh. aus der bestehenden Passivlegitimation folgt die fehlende Aktivlegitimation zur *actio noxalis*. In § 3 ist die Richtung umgekehrt: Wer selbst die *actio furti* hat, kann aus ihr nicht haften, dh. aus der bestehenden Aktivlegitimation folgt die fehlende Passivlegitimation. Nach dem Wortlaut würde daher die Inkompatibilität der Aktiv- und Passivklage nach der Fassung des § 1 und des § 3 jeweils verschieden zu lösen sein.

2) In der Fassung des § 1 ist klar erkennbar, daß sich die *regula* auf die aktive und passive *a. furti noxalis* bezieht; die in § 3 zitierte Fassung erwähnt die *a. furti* schlechthin, ohne den Charakter als Noxalklage zu erwähnen.

Formal fällt zwar auf, daß Justinian in § 1 den Inhalt der Regel paraphrasierend, in § 3 hingegen in direkter Rede wiedergibt. Das könnte *prima vista* dafür sprechen, daß die in § 3 überlieferte Fassung die authentische ist<sup>(98)</sup>. Dafür könnte auch sprechen, daß die Fassung des § 3 an die von Julian erwähnte *constitutio* erinnert: *in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt*<sup>(99)</sup>. Doch gelten auch hier dieselben Einwände wie oben: Die Richtung in der *constitutio* ist umgekehrt: Aus dem eigenen *furtum* und der damit begründeten Passivlegitimation folgt die Verweigerung der Aktivlegitimation gegenüber anderen; zudem ist der Zusammenhang zwischen den beiden *furta*, der zur Inkompatibilität führt, genau angegeben, nämlich die Identität des Diebstahlobjekts (*eius rei nomine*). In der Kontroverse, die in C. 6,2,21 geschildert wird, ist der Zusammenhang hingegen durch den gleichen Täter gegeben. Aus diesem Grund halte ich die Fassung des § 3 nur für eine verkürzte und ungenaue Wiedergabe<sup>(100)</sup>, während diejenige des § 1 mit dem angegebenen Zusammenhang (*huiusmodi hominis gratia*)

---

98) So F. DE VISSCHER, *Noxalité* 262 FN 26.

99) Ulp.-Iul. D. 47,2,14,4.

100) Noch weiter geht B. BIONDI, *APal* (1920) 110 FN 1 (112), der Justinian eine fälschliche Zuschreibung dieser Regel an die *antiqui* unterstellt.

jedenfalls genau zur geschilderten Kontroverse paßt. Das Ergebnis wird auch bestätigt durch das Scholion des Thalelaeus, der in der Wiedergabe der Inkompatibilitätsregel ebenfalls die Täteridentität überliefert <sup>(101)</sup>. Der Hintergrund dieser Regel wurde darin erblickt, daß ein Sklave sich nicht gleichzeitig in der *potestas* zweier Personen befinden kann <sup>(102)</sup>. Sie läßt sich aber auch aus dem Bestreben erklären, die Noxalhaftung nicht auszuhöhlen: Dies wäre der Fall, wenn der aus der Noxalhaftung Beklagte, nachdem er etwa den *servus* an den Geschädigten ausgeliefert hat, nun seinerseits den Empfänger aus früheren Delikten ihm gegenüber in Anspruch nehmen könnte. Ein solches Risiko besteht freilich dann ohnedies nicht, wenn von vornherein *nulla actio nascitur*, etwa weil der Sklave seinen eigenen Herrn bestohlen hat <sup>(103)</sup>: Die *regula* gewinnt aber dort einen Sinn, wo das Entstehen einer *actio* nicht von vornherein ausgeschlossen ist, etwa weil der Beklagte als *defensor alieni servi* bei der *interrogatio in iure* sein Eigentum bejaht hat <sup>(104)</sup> oder als Usufruktuar in Anspruch genommen worden ist. Hier ist das

---

101) Schol. 3 zu Bas. 60,6,38 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL B VIII 3267 = Hb V 402): ... oJ kanw;n oj boulovmenoß mhdevpote ejnavgein kai; ejnavgesqai to;n aujto;n uJpe;r tou' aujtou' oijkevtou. ...

102) F. DE VISSCHER, *Noxalité* 286; P. STEIN, *Regulae iuris* 121.

103) Gai.Inst. 4,78. P. KIESS, *Die confusio im klassischen römischen Recht* (Berlin 1995) 80 ff.

104) In diesem Fall ist die *noxae deditio* zwar nicht zivilrechtlich, wohl aber nach prätorischem Recht wirksam: Ulp. D. 9,4,11; Gai. D. 9,4,27,1. Vgl. T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* 228; A. WACKE, *FS Seidl* (Köln 1975) 213 f; H.-D. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in iure* (München 1994) 112.

Entstehen noxaler *actiones* – zunächst gegen den *dominus* (105), in der Folge gegen den *noxae accipiens* als neuen Gewalthaber – nicht denkunmöglich. Ein Zusammenhang mit unserer *constitutio* ist trotz einer gewissen formalen Ähnlichkeit nicht gegeben.

### III. Das *furtum* durch den gestohlenen Sklaven an einer Sache des *fur*

D. 47,2,68,4 (*Celsus libro duodecimo digestorum*).

*Quod furi ipsi furtum fecerit furtivus servus, eo nomine actionem cum domino furem habiturum placet, ne facionora talium servorum non solum ipsis impunitatem, sed dominis quoque eorum quaestui erunt: plerumque enim eius generis servorum furtis peculia eorundem augentur.*

Der Dieb D stiehlt dem Eigentümer E einen Sklaven; dieser begeht in der Folge bei D einen Diebstahl. Nach Celsus erlangt D gegen E, – freilich wohl erst, wenn E den Sklaven wiedererlangt hat – die *actio furti noxalis*. Begründet wird dies einerseits mit dem Strafbedürfnis gegenüber dem *servus*, andererseits mit der Erwägung, daß ansonsten auf diesem Weg sich das *peculium* vergrößern und so ein Erwerb für den *dominus* herbeigeführt werden könnte. Obwohl die Art der Argumentation an eine “*deductio ad absurdum*” erinnert und zum celsinischen Argu-

---

105) Pomp. D. 9,4,18.

mentationsstil passen könnte, so bleibt doch anzumerken, daß die zweite Erwägung dem klassischen Recht widerspricht, welches einen deliktischen Pekuliarerwerb durch Gewaltunterworfenen ausschließt<sup>(106)</sup>. Verdächtigungen wurden daher gegen die Begründung [*ne facinora ... fin* ]<sup>(107)</sup>, nicht aber gegen die Entscheidung selbst ausgesprochen, wiewohl diese bei den modernen Interpreten Erstaunen hervorgerufen hat<sup>(108)</sup>.

BUCKLAND und HÄGERSTRÖM haben in der Entscheidung einen Widerspruch zu der in C. 6,2,21,1 überlieferten *regula* gesehen<sup>(109)</sup>, die eine Inkompatibilität von Aktiv- und Passivlegitimation bei der *actio furti noxalis* ausspricht<sup>(110)</sup>. Dieser Widerspruch ist mE nicht gegeben: Denn die *actio furti*, welche E gegen D anstellen kann, ist nicht die *actio noxalis*, sondern die *actio directa*: D haftet nicht aus einem Diebstahl durch den *servus*, sondern aus seinem eigenen Diebstahl am *servus*, es handelt sich nicht um einen Fall der Inkompatibilität von aktiver und passiver *a. furti noxalis*.

Andererseits ist zu fragen, wie sich die celsinische Entscheidung zu der in D. 47,2,14,4 überlieferten generellen

---

106) Iav. D. 41,2,24.

107) E. LEVY, *Konkurrenz* I 442 FN 4; A. HÄGERSTRÖM, *Obligationsbegriff* I 57.

108) A. HÄGERSTRÖM, *Obligationsbegriff* I 56 bezeichnet sie als "bemerkenswert"; W. BUCKLAND, *Law of Slavery* als "surprising" (S. 354) bzw. "absurd-looking" (S. 106 FN 11).

109) W. BUCKLAND, *Law of Slavery* 106 FN 11; A. HÄGERSTRÖM, *Obligationsbegriff* I 57.

110) Dazu oben II.



*constitutio* verhält: Celsus hat jedoch offensichtlich keine Bedenken, hier einem *fur* die *actio furti noxalis* zu gewähren. Einen Widerspruch zur *constitutio* hat er wohl nicht gesehen, was sich aus deren Reichweite erklären läßt: Ausgeschlossen sind die *fures* von der *actio furti* bezüglich des Diebsobjektes selbst (*eius rei nomine ... , cuius ipsi fures sunt*). Nach dem überlieferten Wortlaut greift die *constitutio* daher nur ein, wenn der Zusammenhang zwischen den beiden *furta* in der Identität des Objekts liegt, die hier aber gerade nicht vorliegt: Diebstahlsubjekt beim ersten *furtum* ist der *servus*; Diebstahlsubjekt beim zweiten *furtum* eine eigene Sache des *fur*.

Der Fall liegt gewissermaßen in der Mitte zwischen den beiden überlieferten Regelungen, wird aber eben von keiner der beiden erfaßt: Jene von C. 6,2,21,1 knüpft die Inkompatibilität von Aktiv- und Passivlegitimation an die Täteridentität (*huiusmodi hominis gratia*), die von D. 47,2,14,4 an die Objektsidentität (*eius rei nomine*).

#### IV. “*Constitutum est*” im Sprachgebrauch der klassischen Juristen

Die verschiedenen Bedeutungen des Wortes “*constituere*” wurden von V. GIODICE-SABBATELLI analysiert <sup>(111)</sup>: Für die

---

111) V. GIODICE-SABBATELLI, *Labeo* 27 (1981) 338 ff.

spätrepublikanische und kaiserzeitliche Rechtssprache hat sie an Bedeutungen ein “decidere o stabilire insieme”, ein diskretionales “stabilire” und ein “porre in essere” herausgearbeitet <sup>(112)</sup>. Insbesondere wird *constituere* für alle Formen der Rechtserzeugung <sup>(113)</sup> verwendet, und zwar sowohl generisch <sup>(114)</sup> als auch mit bezug auf die einzelnen Rechtsquellenkategorien wie zB *leges* <sup>(115)</sup>, *plebiscita* <sup>(116)</sup>, *edicta magistratum* <sup>(117)</sup>, *senatus consulta* <sup>(118)</sup> und Kaiserkonstitutionen <sup>(119)</sup>: Die einhellige Rechtsschöpfung der Juristen, die zu nicht mehr bestrittenen Sätzen des *ius civile* führt, wird von Gaius mit *condere* <sup>(120)</sup> bezeichnet; *constituere* findet sich für die Rechtsschöpfung der

---

112) V. GIODICE-SABBATELLI, *Labeo* 27 (1981) 345.

113) Dazu V. GIODICE-SABBATELLI, *Labeo* 27 (1981) 346 ff; vgl. auch U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali I. L'aspetto innovativo-interpretativo*, *Studi De Francisci* IV (Milano 1955) 500 und F. CASAVOLA, *Iura* 27 (1976) 28, der speziell für das 2. Jh n.Chr. Juristen und Kaiser als Autoren des *constituere* sieht.

114) ZB. Pomp. D. 1,2,2, 8: *ut inter plebis scita et legem species constituendi interesset*; D. 1,2,2,11: *ad pauciores iuris constituendi vias*; Neraz D. 1,3,21: *et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur*; Paul. D. 50,17 85,1: *Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt*. Iul. D. 1,3,11; 15 und 20 (unten S. 65).

115) Gai.Inst. 1,3; Pomp. D. 1,2,2,12.

116) Gai.Inst. 1,3; Pomp. D. 1,2,2,8.

117) Pomp. D. 1,2,2,10.

118) Gai.Inst. 1,4; Pomp. D. 1,2,2,9.

119) Gai.Inst. 1,5; Pomp. D. 1,2,2,11.

120) Gai.Inst. 1,7. Zu *condere* F. CASAVOLA, *Iura* 27 (1976) 17 ff.

Juristen insgesamt<sup>(121)</sup> wie auch für die Entscheidungen eines einzelnen Juristen<sup>(122)</sup>.

Untersucht man speziell den Gebrauch der Phrase *constitutum est*, so zeigt eine Durchmusterung der Quellen, daß damit am häufigsten auf einschlägige kaiserliche Konstitutionen hingewiesen wird. Das ist eindeutig, wenn ein Kaiser angegeben ist (*constitutum est ab imperatore .....* )<sup>(123)</sup>, ergibt sich aber bei Fehlen einer solchen Angabe auch aus Beifügungen wie *saepe*<sup>(124)</sup>, *saepissime*<sup>(125)</sup> oder *plurifariam*<sup>(126)</sup>.

Steht *constitutum est* öä. allein, so läßt sich vielfach aus formalen oder materiellen Indizien leicht erkennen, daß es sich um kaiserliche Rechtssetzung handelt.

1) Besonders klar ist aus formalen Gründen die Bezugnahme von *constitutum est* auf das Kaiserrecht auch dann, wenn eine

---

121) ZB Pomp. D. 50,16,120; Paul. D. 45,1,91,3; Marcell. D. 11, 7,35.

122) ZB Ulp. D. 4,9,1,4; Iul. D. 9,2,51,2; Afr. D. 9,4,28; Maec. D. 36,1,67,3; Frag. Vat. 197; interpoliert ist wegen des *pluralis maiestatis* wahrscheinlich Cels. D. 6,1,38.

123) ZB Pomp. D. 32,85; Tryph. D. 3,5,37; D. 49,15,12,17; Ulp. D. 13,7,11,6; D. 16,2,11; D. 26,7,1,1; D. 27,3,1,13; D. 38,17,2,2; D. 40,5,26,1; D. 42,1,15,4; D. 43,4,3,1; D. 48,1,5,1; D. 49,14,25; Paul. D. 29,5,10,1; D. 41,4,2,8; D. 42,1,38 pr; Marci. D. 47,22,1,2; D. 48,15, 3 pr.

124) Ulp. D. 14,6,3,1; Macer D. 42,1,63; Hermog. D. 40,1,24,1; D. 49,14,46,5.

125) Ulp. D. 4,1,6; D. 4,6,26,9; D. 11,7,6 pr; D. 28,3,6,8; D. 29,7,1; D. 40,5,24,21; D. 42,8,10 §13; § 14; Marci. D. 48,15,3 pr.

126) Call. D. 50,6,6,12.

unmittelbare Gegenüberstellung mit Juristenrecht vorgenommen wird. Als Beispiele mögen dienen:

Ulp. D. 3,2,13,7 (zur Infamiefolge bei überhöhter Verurteilung): ..... *ut et constitutum est et responsum.*

Ulp. D. 4,4,3,1 (Entfall der *restitutio propter minorem aetatem* bei nachträglicher *comprobatio* als *maior*) *et placet, ut est et constitutum.*

Ulp. D. 11,7,6 pr (zur aktiven und passiven Grabberechtigung von *liberti*) *et ita Papinianus respondit et saepissime idem constitutum est.*

Iul.-Marcell.-Paul. D. 39,6,15: *Marcellus notat:....; Paulus notat: hoc et constitutum est.*

Ulp. D. 49,14,28 (Fiskalrecht) *sciendum est in re postea adquisita fiscum potiore esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est.*

Ulp. D. 50,12,3 pr (zur *pollicitatio*): *et est constitutum.*

2) Die Bezugnahme von *constitutum est* öä. auf das Kaiserrecht liegt aber auch dann vor, wenn es sich um eine kaiserrechtlich geregelte Materie handelt. Das ergibt sich oft schon formal daraus, daß sich diese Passage in einem Fragment befindet, in dem vorwiegend kaiserliche Konstitutionen

dargestellt werden <sup>(127)</sup>, aber auch ohne solche formalen Anhaltspunkte aus dem Umstand, daß die im Fragment behandelte Rechtsmaterie <sup>(128)</sup> oder das Rechtsinstitut <sup>(129)</sup> als solches eindeutig dem Kaiserrecht zuzuordnen ist.

3) Ein Verweis auf das Kaiserrecht liegt dem *constitutum est* auch dann zugrunde, wenn anderweitig einschlägige Konstitutionen überliefert sind.

a) Ein mehrfach überliefertes Beispiel ist die im *officium iudicis* bei *bona-fides*-Klagen enthaltene Möglichkeit des Zinsenzuspruches:

Pap. D. 16,3,24:....*et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad*

---

127) ZB Ulp. D. 28,3,6,10; D. 40,5,26 pr; D. 46,3,5,2 (Zitat aus einem Reskript zur Anrechnung von geleisteten Zahlungen auf die Zinsen: *Quod generaliter constitutum est prius in usuris nummum solutum accepto ferendum*, dazu A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio* [Torino 1955] 133; P. CORNIOLEY, *Naturalis Obligatio* [Genève 1964] 251 ff); Ulp. D. 48,8,4,2; D. 48,18,1,9; D. 48,22,7,15; Marci. D. 40,5,53 pr; Arcad. D. 48,18,10,2; Macer D. 49,1,4,4; Marci. D. 49,14,18,9.

128) Auf das Fiskalrecht beziehen sich zB: Ulp. D. 16,2,12 (Kompensation von verzinslichen mit unverzinslichen Forderungen) *verum etiam in causa fisci constitutum*; Mod. D. 41,3,18 (zur Ersitzung gegen den Fiskus): *idque constitutum est*; Hermog. D. 44,3,13 (*longi temporis praescriptio* gegen den Fiskus) *in quibus minora tempora servari specialiter constitutum est*; Ulp. D. 49,14,29 pr: *nam in fiscalibus causis id constitutum est*.

129) ZB Ulp. D. 49,7,1,4 (Novationsverbot bei Appellation) *cum hoc sit constitutum et sit iuris, ne quid pendente appellatione novetur*.

*usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio. ....* <sup>(130)</sup>.

Ulp. D. 17,1,12,9: ... *non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur. ....* <sup>(131)</sup>.

Ulp. D. 22,1,37: ... *debere dici usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei iudiciis constitutum: ....* <sup>(132)</sup>.

130) Die zitierte Passage wurde für Pap. D. 16,3,24 (mit)verdächtigt von G. LONGO, *BIDR* 18 (1906) 131; G. ROTONDI, *Scritti giuridici* II (Milano 1922) 247 f; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano* VI (Milano 1953) 156/7; F. SCHULZ, *Scritti in onore di C. Ferrini* IV (Milano 1949) 263; J. DE CHURRUCA, *SZ* 108 (1991) 318 FN 107. Für Echtheit dieser Passage hingegen E. COSTA, *Papiniano* I (Bologna 1894, Nachdr. Roma 1964) 330; G. SEGRÈ, *Scritti varii di diritto romano* (Torino 1952) 221 f; F. BONIFACIO, *BIDR* 49/50 (1947) 144 f; U. BRASIELLO, *Studi De Francisci* IV (Milano 1956) 500; J. MICHEL, *Gratuité en Droit romain* (Bruxelles 1962) 83; K. GEIGER, *Das depositum irregulare als Kreditgeschäft* (Freiburg 1964) 35; H. T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen* (Helsinki 1969) 132; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle "usurae" c.d. legali nel diritto romano* (Milano 1969) 111; W. LITEWSKI, *RIDA* 21 (1974) 257/8. Keine Beanstandung auch bei C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali* (Milano 1973) 396.

131) Die Verdächtigungen von H. SIBER, *SZ* 45 (1925) 168; F. PRINGSHEIM, *SZ* 52 (1932) 133; F. SCHWARZ, *SZ* 71 (1954) 175 wurden zurückgewiesen von V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano* (Napoli 1965) 166 und G. CERVENCA, "Usurae" c.d. legali 80; 255; keine Beanstandung auch bei G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei Iudicia contraria* (Torino 1951) 61.

132) Mitverdächtigt wird unsere Passage von F. SCHWARZ, *SZ* 71 (1954) 182; unbeanstandet hingegen von H. SIBER, *SZ* 45 (1925) 169; H. KRELLER, *Festschrift Koschaker* II (Weimar 1939) 217 f; G. PROVERA, *Iudicia contraria*

Die drei Stellen sind insgesamt stark verdächtigt worden; dabei sind Verdächtigungen gegen die Passagen, die das *est constitutum* enthalten, allerdings seltener ausgesprochen worden als gegen andere Teile dieser Stellen<sup>(133)</sup>; für die Echtheit von *constitutum est* spricht jedoch insbesondere der Umstand, daß als Parallelbelege Kaiserkonstitutionen überliefert sind, welche für *bonae fidei iudicia* die Möglichkeit des Zinsenzuspruches betonen<sup>(134)</sup>:

C. 4,35,1 (*Imp. Severus et Antoninus AA. Leonidae*).

*Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri: ..... (s.a).*

C. 4,65,2 (*Imp. Antoninus A. Epidio Epicteto*).

*Adversus eos, a quibus extruenda aedificia conduxisti, ex conducto actione consistens eo iudicio quod est bonae fidei debitum cum usuris solitis consequeris. (a. 213).*

C. 4,32,13 (*Imp. Alexander Eustathiae et aliis*).

---

71 und B. SCHMIEDEL, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht* (Graz-Köln 1966) 38.

133) Siehe *Ind.Itp.*

134) Vgl. U. BRASIELLO, *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati* (Bologna 1954) 68 ff; G. CERVENCA, “*Usurae*” c.d. *legali* 235.

*In bonae fidei iudiciis, quale est etiam negotiorum gestorum, usurarum rationem haberi certum est. .... (s.a).*

C. 4,34,2 (Imp. Gordianus A. Celsino militi).

*Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent. (a. 238) (135).*

Wenn auch das letzte Beispiel zeitlich schon nach Papinian und Ulpian liegt, so zeigen die Belege in ihrer Gesamtheit deutlich, daß es in der Spätclassik diesbezüglich eine gefestigte Reskriptspraxis gab. Das *constitutum est* in den obigen Stellen verweist daher nicht auf eine bestimmte Konstitution, sondern wohl generisch auf das einschlägige Kaiserrecht<sup>(136)</sup>.

b) Dieselbe Beobachtung können wir etwa beim Ausschluß der Erstattung von *pietatis nomine* gewährtem Unterhalt machen. In den Quästionen des Paulus wird uns ein Fall geschildert, in dem von einer Partei folgendes vorgebracht wird:

D. 3,5,33: .... *praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. .... (137).*

---

135) Vgl. auch Gord. *eod.* 3 und 4.

136) G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* I (Milano 1963) 269; 271; G. CERVENCA, "Usurae" *c.d. legali* 238 ff; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano 1976) 49 f.

137) Verdächtig wurde in der zitierten Passage nur *dicebatur, ut und posset*: E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano* I (Milano 1933) 255;



Eine Konstitution mit nahezu gleichem Inhalt ist uns überliefert in

C. 2,18,11 (*Imp. Alexander A. Herenniae*).

*Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. ....(a. 227).*

Allerdings kann angesichts der Unsicherheit über den genauen Zeitpunkt der Abfassung der Quaestionen <sup>(138)</sup> nicht zweifelsfrei davon ausgegangen werden, daß Paulus dieses im Jahr 227 ergangene Reskript im Auge hatte; daß im Kaiserrecht aber häufig vergleichbare Fälle entschieden wurden, zeigen weitere überlieferte Reskripte <sup>(139)</sup>. Der Prozeßpartei in fr. 33 lag jedenfalls ein einschlägiges Reskript vor <sup>(140)</sup>, auch Paulus selbst

E. RABEL, *Studi in onore di P. Bonfante* IV (Milano 1930) 297 FN 53; S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano* III (Napoli 1960) 590 FN 7; E. SACHERS, *FS Fritz Schulz* I (Weimar 1951) 336 FN 6. Vgl dagegen L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii* (Napoli 1962) 173 FN 79.

138) J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätclassischen Juristenschrift* (Berlin 1993) 15. Zu den Lebensdaten von Paulus – sein Tod erfolgte wahrscheinlich nach 230 – jüngst H. T. KLAMI, *Sodalitas. Scritti in on. di A. Guarino* IV (Napoli 1984) 1841.

139) Sev.Ant. 2,18,1 vJ 196; *eod.* 2 vJ 197; Alex. *eod.* 12 vJ 230; Gord. *eod.* 15 vJ 239; Ulp. D. 3,5,43 (“*secundum divi Severi constitutionem*”); H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht* (Köln - Graz 1968) 42 f betont den quantitativen Umfang der einschlägigen Reskripte.

140) So auch E. SACHERS, *FS Fritz Schulz* I 336 FN 6; L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii* 173; H. H. SEILER, *Negotiorum gestio* 46; J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* 108.

nimmt in der Folge mit *divus Pius Antoninus constituit* auf ein anderes Reskript Bezug.

c) Auch für die *culpa*-Haftung bei entgeltlicher Aufbewahrung finden wir einen solchen Verweis; er befindet sich allerdings in einem insgesamt schwer überarbeiteten <sup>(141)</sup> Fragment:

D. 13,6,5,2 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*).  
*... et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. ....*

Vor allem wegen der sachlichen Ungereimtheit, daß bei Entgeltlichkeit nicht mehr von *depositum* gesprochen werden kann, wurde die Passage [*nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur*] verdächtigt <sup>(142)</sup>, doch selbst EISELE, auf den die

---

141) W. KUNKEL, *SZ* 45 (1925) 312; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (Napoli 1958) 97 ff; D. NÖRR, *SZ* 73 (1956) 104; W. KUNKEL - Th. MAYER-MALY, *Römisches Recht*<sup>4</sup> (Berlin - Heidelberg - New York 1987) 237 FN 40.

142) F. EISELE, *SZ* 11 (1890) 26; F. KNIEP, *Präscriptio und Pactum* (Jena 1891) 81 FN 4; C. LONGO, *BIDR* 17 (1905) 69 ff; G. SEGRÈ, *BIDR* 19 (1907) 266 FN 2; C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (Milano 1969) 266 FN 1; *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano* (Catania 1996) 160; C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali* (Milano 1973) 311; 375 f;

Kritik an der *nisi-forte*-Passage zurückgeht, bezweifelt nicht, “daß eine Kaiserverordnung des angegebenen Inhalts existierte” (143). Gegen die Verdächtigung des *nisi-forte*-Satzes sind vor allem MICHEL, ROBAYE und TAFARO aufgetreten (144), sie schreiben daher auch die Berufung auf kaiserliche Rechtssetzung dem Ulpian zu (145). Daß damit konkret C. 4,65,1 = Coll. 10,9 gemeint ist (146), möchte ich aber bezweifeln: Diese Konstitution trifft sich zwar insoferne mit dem *nisi-forte*-Satz, als auch dort die *depositum*-Terminologie begegnet (*rebus depositis, rerum depositarum*), obwohl es sich um *locatio conductio* handelt, doch ist die Aussagerichtung eine andere als in fr. 5,2: Es geht nicht um die Haftungserhöhung durch Entgeltlichkeit, sondern um die Herausnahme der *vis maior* und der *effractio* aus der Haftung des Lagerhalters (147). Zuzustimmen ist aber der vorsichtigeren Auffassung, daß es offensichtlich eine kaiserliche Rechtspolitik in dieser Materie gab.

---

vorsichtiger B. KÜBLER, *Festgabe Gierke II* (Breslau 1910, Nachdruck Frankfurt/M 1969) 238 FN 1, der nur die erste Alternative verdächtigt.

143) F. EISELE, *SZ* 11 (1890) 26.

144) J. MICHEL, *Gratuité en droit romain* (Bruxelles 1962) 64; R. ROBAYE, *L’obligation de garde* 39 FN 27; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50,17,23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale I* (Bari 1984) 262 FN 99.

145) So auch W. LITEWSKI, *SZ* 105 (1988) 873.

146) So erwogen von J. MICHEL, *Gratuité* 64 und S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* 262 FN 99 (264).

147) Dazu F. WUBBE, *SZ* 76 (1959) 508 ff; A. WACKE, *Labeo* 26 (1980) 302 f; R. ROBAYE, *L’obligation de garde* 128 ff.

d) Verdächtigt wurde auch folgende Stelle:

D. 3,6,5 pr (*Ulpianus libro decimo ad edictum*).  
*in heredem autem competit in id quod ad eum pervenit. nam  
 e s t c o n s t i t u t u m turpia lucra heredibus quoque  
 extorqueri, licet crimina extinguantur: ut puta .....*

Die Aussage bezieht sich auf die Kalumnienklage. Für kompilatorisch wurde der Begründungssatz gehalten<sup>(148)</sup>, wobei ALBERTARIO gerade die Passage *constitutum est* als Unechtheitsindiz ansah<sup>(149)</sup>; dem ist aber mit LEVY<sup>(150)</sup> und WLASSAK<sup>(151)</sup> entgegenzuhalten, daß sich zur *actio quod metus causa* eine ähnliche Aussage mit Berufung auf ein Reskript findet<sup>(152)</sup>.

Die Bezugnahme von *constitutum est* zum Kaiserrecht ist daher auch in diesen Stellen als echt anzusehen und nicht erst einem späteren Eingriff zuzuschreiben.

---

148) P. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intransmissibilità passiva* (Milano 1912 ) 75 f; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano VI* (Milano 1953) 156/7; G. LONGO, *Delictum e crimen* (Milano 1976) 164; 177. P. VOCI, *Diritto ereditario romano I<sup>2</sup>: Parte generale* (Milano 1967) 309 spricht hingegen nur von einem "riassunto compilatorio" eines an sich klassischen Prinzips.

149) E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano VI* 156 f; G. LONGO, *Delictum e crimen* 164; 177.

150) E. LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht* (Berlin 1915) 112 FN 7 (113).

151) M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung* (Wien 1917) 137.

152) Ulp. D. 4,2,16,2: *licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere*. Vgl. auch Pap. D. 48,10,12 (zur *lex Cornelia de falsis*).

4) Insgesamt ist jedenfalls gesichert, daß die überwiegende Mehrheit der Stellen mit *constitutum est* auf die kaiserliche Rechtssetzung verweist und dieser Befund vor allem für die Spätclassik zutrifft, in der die Konstitutionen eine große Bedeutung für die Rechtsfortbildung gewinnen<sup>(153)</sup>. Doch gibt es auch einige wenige Äußerungen, in denen das nicht der Fall ist.

a) D. 28,2,13,1 (*Iulianus libro vicesimo nono digestorum*):

*Regula est iuris civilis, qua constitutum est hereditatem adimi non posse: ....*<sup>(154)</sup>.

Die in einem Testament erfolgte Erbeinsetzung kann im selben Testament nicht wirksam widerrufen werden. Alter und Hintergrund dieser *regula iuris civilis* sind zwar umstritten: VOCI sieht ihn im *favor testamenti*<sup>(155)</sup>, STEIN in der Sicherung der Erbfolge und des Familienkults<sup>(156)</sup>, SCHMIDLIN hingegen in den Besonderheiten des alten Manzipationstestaments<sup>(157)</sup>. Der

---

153) Dazu jüngst umfassend J.-P. CORIAT, *Le prince législateur* (Paris 1997).

154) M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) 61; P. VOCI, *Diritto ereditario romano II: Parte speciale* (Milano 1963) 490; P. STEIN, *Regulae iuris* 95 ff; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln* (Köln - Wien 1970) 24 ff; 66 ff; D. NÖRR, *SZ* 89 (1972) 52 f.

155) P. VOCI, *Diritto ereditario* II 490.

156) P. STEIN, *Regulae iuris* 95.

157) B. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 66; *BIDR* 78 (1975) 81 f.

Ausdruck *constitutum est* hat hier einfach die Funktion, den Inhalt der *regula* <sup>(158)</sup> darzustellen.

b) D. 46,3,53 (*Gaius libro quinto ad edictum provinciale*):

*Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere* <sup>(159)</sup>.

Die Möglichkeit der schuldbefreienden Drittleistung <sup>(160)</sup> – sogar gegen den Willen des Schuldners – wird historisch aus der alten Haftungslösung durch einen Dritten erklärt <sup>(161)</sup>. In einer Parallelstelle wird von Gaius darauf hingewiesen, daß dieses Prinzip sowohl von der *naturalis* wie auch von der *civilis ratio* – die ansonsten oft gegeneinander ausgespielt werden <sup>(162)</sup> – getragen wird:

D. 3,5,38 (*Gaius libro tertio de verborum obligationibus*).

158) Dementsprechend wird der Satz in den Basiliken als **kanwvn** bezeichnet: Bas. 35,8,13 (SCHELTEMA - VAN DER WAL A V 1580): **Kanwvn** ejstin oJ levgnwv 'klhronomiva ajfaireqh'nai ouj duvnatai'.

159) Gai. D. 46,3,53: Der Charakter einer *regula* ergibt sich auch aus Bas. 26,5,53 (SCHELTEMA - VAN DER WAL A IV 1279): **kekanovnistai** gar <ejxei'nai> kai; tou' ajgnouu'ntoß kai; tou' a[kontoß kreivttona poiei'n th;n ai{resin.

160) Quellen und Literatur bei M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage* (Köln - Weimar - Wien 1998) 54 f.

161) P. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung. Erster Teil: Historische und dogmatische Grundlagen* (Leipzig 1906) 26; H. STEINER, *Datio in solutum* (München 1914) 30; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano I<sup>2</sup>* (Napoli 1935) 30.

162) Vgl. D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* (München 1974) 99.

*... naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse.*

Die Bedeutung des Gegensatzpaares *naturalis* und *civilis ratio* ist umstritten: Nach GORIA ist hinter den beiden Begriffen der Gegensatz von *ius naturale* und *ius civile* zu sehen<sup>(163)</sup>, nach SCAPINI<sup>(164)</sup> und CASAVOLA<sup>(165)</sup> derjenige von *ius gentium* (im Sinn der allen Völkern gemeinsamen Rechtseinrichtungen) und römischem *ius civile*: Im Zusammenhang mit D. 3,5,38 hat STEIN aus der ähnlichen Problemlage wie bei der *datio in solutum*<sup>(166)</sup> aufgezeigt, daß die *naturalis ratio* zur sabinianischen, die *civilis ratio* zur prokulianischen Rechtsschule paßt<sup>(167)</sup>. Trotz all dieser Unklarheiten bleibt der Befund, daß es sich um einen offensichtlich völlig unbestrittenen Satz handelt; die in D. 46,3,53 gewählte Ausdrucksweise *cum sit iure civili constitutum* deutet daher auf eine generalisierende Festlegung im Rahmen des Juristenrechts hin, die allgemein anerkannt war.

---

163) F. GORIA, *Prospettive comparatistiche in Gaio*, in: *Il modello di Gaio nella formazione del Giurista. Atti del Convegno Torinese 4-5 maggio 1978 in onore di S. Romano* (Milano 1981) 229 FN 26.

164) N. SCAPINI, *La ratio nelle istituzioni di Gaio*, in: *Il modello ...* (siehe vorangehende FN) 328.

165) F. CASAVOLA, *ANRW* II 15 (Berlin - New York 1976) 166 f = *Giuristi Adrianei* (Napoli 1980) 58 f; dagegen freilich M. TALAMANCA, *BIDR* 80 (1977) 194 ff.

166) *Gai.Inst.* 3,168.

167) P. STEIN, *The Cambridge Law Journal* 31 (1972) 8 ff; *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube* (Edinburgh - London 1974)

c) Ulpian gebraucht schließlich den Ausdruck *civilis constitutio* im Zusammenhang mit der passiven Unvererblichkeit von Strafklagen (<sup>168</sup>)

D. 47,1,1 pr: (*Ulpianus libro quadragesimo primo ad Sabinum*).

*Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores: idcirco nec furti conveniri possunt.....* (<sup>169</sup>).

Der Ausdruck *civilis constitutio* wurde zwar verdächtigt (<sup>170</sup>), doch kann gegen die gerügte formale Anstößigkeit gerade die zuvor behandelte Stelle D. 46,3,53 mit ihrem *cum sit iure civili constitutum* angeführt werden. Hinzu kommt, daß dasselbe Prinzip bei Gaius als *certissima iuris regula* geschildert wird (<sup>171</sup>):

Gai.Inst. 4,112.

311 ff; Zustimmung bei G. G. ARCHI, *Festschrift Flume* (Köln 1978) 15 FN 39 und O. BEHRENDTS, *SZ* 97 (1980) 464 f.

168) Dazu jüngst J. M. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano* (Madrid 1997).

169) Ulp. D. 47,1,1 pr; P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I<sup>2</sup> 54 f weist freilich darauf hin, daß damit nur die Zugehörigkeit des Rechtsinstituts zum *ius civile* (im Gegensatz zum *ius gentium*), nicht seine Schöpfung durch Juristen gemeint ist.

170) G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1 (Tübingen 1910) 43; F. PRINGSHEIM, *Festschrift Lenel* (Leipzig 1921, Nachdr. Frankfurt/M 1987) 268; M. KASER, *RIDA* 1 (1952) 509; U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno* (Milano 1957) 92; M. MARRONE, *APal* 26 (1957) 534; J BURILLO, *SDHI* 26 (1960) 272.

171) J. M. BLANCH NOUGUÉS, *RIDA* 44 (1997) 45 ff.



*... est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, ...*

Die Charakterisierung der Regel als *certissima* deutet darauf hin, daß es sich um einen völlig unstrittigen Satz handelt, der wohl schon sehr alt ist und den Charakter einer Spruchregel angenommen hat<sup>(172)</sup>. Nicht ganz einig ist sich die Forschung darüber, ob Ulpian mit seiner Formulierung *civilis constitutio* bloß auf die Zugehörigkeit zum *ius civile* (im Gegensatz zum *ius gentium*)<sup>(173)</sup> oder auch auf die Herkunft aus dem Juristenrecht<sup>(174)</sup> betonen wollte. Die Übereinstimmung mit Gai.Inst. 4,112 spricht mE für die zweite These.

d) Schließlich finden wir im Zusammenhang mit der *successio in possessionem*<sup>(175)</sup> folgenden Satz:

D. 41,3,40 (*Neratius libro quinto regularum*).

*Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est*<sup>(176)</sup>.

---

172) P. STEIN, *Regulae iuris* 93; B. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 33; D. NÖRR, SZ 89 (1972) 39 FN 72; 41 FN 87.

173) So P. VOCI, *Diritto ereditario romano I<sup>2</sup>: Parte generale* (Milano 1967) 54 f; A. PALMA, *Index* 12 (1983-1984) 271; J. M. BLANCH NOUGUÈS, *Intransmisibilidad* 71.

174) So F. CANCELLI, *BIDR* 90 (1987) 557.

175) Dazu P. P. ZANZUCCHI, *AG* 72 (1904) 177 ff; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (Milano 1952) 170 f; *Diritto ereditario romano I<sup>2</sup>* 220; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano II/2: La proprietà<sup>2</sup>* (Milano 1968) 294 ff; Th. MAYER-MALY, *RE IX A* 1112.

176) Ner. D. 41,3,40.

Dazu gibt es von späteren Juristen einige Parallelentscheidungen<sup>(177)</sup>; am aufschlußreichsten für uns ist dabei die von Papinian in D. 41,3,44,3 gebrauchte Formulierung: ....*sed haec iure singulari recepta sunt*<sup>(178)</sup>. In der bekannten Definition des *ius singulare* durch Paulus D. 1,3,16<sup>(179)</sup> wird dessen Erzeugung ebenfalls mit dem Verb *constituere* umschrieben. WUBBE hat dazu klargestellt, daß damit alle Arten der Rechtssetzung und nicht bloß die Kaiserkonstitutionen gemeint sind<sup>(180)</sup>. Mit *recepta sunt* spielt Papinian wohl auf eine gefestigte und übernommene Rechtsmeinung der Juristen<sup>(181)</sup> an. Die Passage bei Neraz zeigt uns, daß dieser Rechtszustand jedenfalls schon unter den frühklassischen Juristen erreicht worden war, und ich glaube daher, daß das *constitutum est* hier nicht auf eine Kaiserkonstitution<sup>(182)</sup> bezogen werden kann.

---

177) Pomp. D. 41,4,6,2; Paul. (Pomp.?) D. 41,3,31,5; Paul. D. 4,6,30 pr *i.f.*; Pap. D. 41,3,44,3.

178) Dazu H.-P. BENÖHR, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht* (Berlin 1972) 104 ff; F. WUBBE, *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein* (Stuttgart 1993) 462 f.

179) Paul. D. 1,3,16: *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

180) F. WUBBE, *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein* (Stuttgart 1993) 467.

181) Vgl. Pap. D. 40,5,23,3; D. 41,2,44,1; F. WUBBE 459 ff; Ulp. D. 12,1,15: *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam.*

182) So aber G. GUALANDI, *Legislazione imperiale* I 408, II 14; P. STEIN, *Regulae iuris* 82: Er verwendet die Stelle zur Stützung seiner These, die Abfassung der *libri regularum* hänge mit einer Tätigkeit der Juristen an der kaiserlichen Verwaltungsspitze zusammen; dagegen freilich B. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 128 f.

Selbst noch Justinian gebraucht im Zusammenhang mit der Ersitzung die Ausdrucksweise *iure civili constitutum fuerat* (183).

e) Nur der Vollständigkeit halber zu erwähnen sind die sog. *constitutiones veterum* (184): Das berühmteste Beispiel ist die *constitutio veterum* zur *perpetuatio obligationis*, wie sie uns von Paulus überliefert wird: *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit* (185). Dieser auch in der Folge ausdrücklich als *constitutio* (186) bezeichnete Satz war nach dem Bericht des Paulus Gegenstand der Erörterung durch spätere Juristen. Den *maiores* zugeschrieben wird mit *omnes constituerunt* eine Ausnahme von der Trauerpflicht gegenüber einem Angehörigen, *qui ad patriam delendam et parentes et liberos interficiendos venerit* (187). Auch der spätrepublikanische Jurist Alfenus Varus übermittelte uns zu seiner Zeit bereits anerkannte Sätze unter Verwendung von *constitutum (esse)*. Einer betrifft die Auslegung

---

183) Inst. 2,6 pr.

184) Zu diesen F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* 1 (München 1988) 571; 590; T. GIARO, *BIDR* 90 (1987) 35 FN 112. Zur Frage, wer mit dem Begriff “*veteres*” gemeint ist, F. HORAK, *Festschrift für G. Wesener* (Graz 1992) 201 ff.

185) Paul. D. 45,1,91,3.

186) Frg. 91,3: *expeditum intellectum habet constitutio*; § 4: *Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat*; § 6: *effectus huius constitutionis*.

187) Marcell. D. 11,7,35.

eines *legatum penoris* <sup>(188)</sup>, ein anderer die Definition des Wohnsitzes <sup>(189)</sup>. Von manchen *constitutiones* werden die Urheber namentlich genannt: Zum Aufgabenkreis eines *tutor dativus* bei fehlender Angabe durch das Mündel heißt es: *et ait Celsus Servium constituisse in omnes res datum videri* <sup>(190)</sup>. Ein weiteres, freilich nicht ganz unumstrittenes Beispiel ist die in frag.Vat. 1 <sup>(191)</sup> erwähnte *constitutio Rutiliana*: Sie trägt ihren Namen nach dem im zweiten vorchristlichen Jahrhundert wirkenden Juristen P. Rutilius Rufus, der zur Nachfolgegeneration des Mucius, Brutus und Manlius gehört <sup>(192)</sup> und auch die Prätur bekleidete. Die ältere Lehre hat in der *constitutio Rutiliana* einen Akt des Senats <sup>(193)</sup> oder auch ein ediktales Prinzip <sup>(194)</sup> erblickt bzw überhaupt auf eine Erklärung verzichtet

---

188) Alf.-Paul. D. 32,60,2: .. *sed cum probaretur eum qui testamentum fecisset partem penus vendere solitum esse, c o n s t i t u t u m e s s e , ut ex eo, quod ad annum opus esset, heredes legatario darent. ....*; U. JOHN, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo* (Karlsruhe 1970) 52 f; H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta* (Berlin 1998) 40.

189) Alf. D. 50,16,203.

190) Ulp. D. 26,1,3,4; eine Urheberschaft des Servius wird auch für die beiden vorgenannten *constitutiones* angenommen: Vgl. etwa M. BREONE, *Labeo* 16 (1970) 8; unentschieden für D. 32,60,2 U. JOHN, *Auslegung* 53. Gegenüber der herrschenden Auffassung, daß Alfenus regelmäßig Entscheidungen des Servius wiedergebe, hat sich jüngst H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta* 23 ff zugunsten einer Eigenständigkeit des Alfenus ausgesprochen.

191) Frag.Vat. 1: .... *Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.*

192) Pomp. D. 1,2,2,40.

193) O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II (Leipzig 1901) 405.

194) P. BONFANTE, *Scritti giuridici* II (Torino 1926) 203.

(<sup>195</sup>), während die jüngere Auffassung darin eine von Rutilius ausgebildete Rechtsregel sieht (<sup>196</sup>). Gegen alle bisherigen Auffassungen ist K. BAUER mit der Annahme eines Abschreibeversehens aufgetreten (<sup>197</sup>).

## V. Folgerungen für D. 47,2,14,4

Auf diesem Hintergrund ist nun zu fragen, wie das *constitutum est* in unserer Stelle D. 47,2,14,4 zu verstehen ist.

Zunächst ist auf die These einer Justinianischen Interpolation der genannten Passage *quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt* einzugehen. Während BESELER die Passage als “paraphrasierendes Rankenwerk” (<sup>198</sup>) abgetan hat, hat DE ROBERTIS (<sup>199</sup>) einen bewußten autoritären Eingriff angenommen.

---

195) A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht I* (1876, Nachdruck Aalen 1965) 625 FN 3; S. SOLAZZI, *BIDR* 38 (1930) 3 FN 2; P. VOGLI, *Modi di acquisto della proprietà* (1952) 197 FN 2.

196) M. KASER, *Labeo* 7 (1961) 291 ff; 302; H. HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht* (1964) 19 FN 33; M. BRETONI, *Storia del diritto romano*<sup>6</sup> (Roma 1992) 224.

197) K. BAUER, *Die Rutiliana constitutio des Julian*, *TR* 54 (1986) 97 ff; dagegen M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo* (Bari 1997) 104 FN 45.

198) G. BESELER, *TR* 8 (1928) 310.

199) F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 314 ff.

Gerade die Verwendung von *constitutum est* ist nach DE ROBERTIS<sup>(200)</sup> ein Unechtheitsindiz; denn von einer klassischen Konstitution mit diesem Inhalt gäbe es keine Spur, und wenn es eine solche Konstitution gegeben hätte, dann hätte es wohl keine divergierenden Entscheidungen der spätklassischen Juristen gegeben, sondern diese hätten sich einfach auf eine solche Konstitution berufen, statt selbst nach Lösungen und Begründungen zu suchen. Die abweichenden Entscheidungen in den Digesten erklärt DE ROBERTIS mit einer schlampigen Arbeitsweise der Kompilatoren.

Zunächst ist DE ROBERTIS zuzugestehen, daß die Divergenzen im Erscheinungsbild der Digesten zweifellos gegeben sind. Sie finden sich auch am *sedes materiae* im Titel D. 47,2, wobei Fragment 14,4 mit der generellen *constitutio* und 48,4 mit der abweichenden Entscheidung im *fullo*-Fall derselben Masse angehören. Doch wäre bei Annahme eines bewußten Eingriffes in fr. 14,4 mit einer Sensibilisierung der Kommission zu rechnen, die wohl nicht an dem auffälligen Schlußsatz von fr. 48,4 (*ita erit casus quo fur furti agere possit*) achtlos vorbeigegangen wäre. Schon aus diesem Grund erscheint mir die Interpolationsannahme unwahrscheinlich.

Ebenso ist es richtig, daß es im Codex keine Spuren einer klassischen Konstitution mit diesem Inhalt gibt. Bereits NIEDERLÄNDER hat darauf hingewiesen, daß DE ROBERTIS

---

200) F. DE ROBERTIS, *Scritti vari* III 314 f.

*constituere* zu eng versteht<sup>(201)</sup>: *Constituere* meint hier nicht eine (klassische oder justinianische) Kaiserkonstitution, sondern muß einen anderen Sinn haben. NIEDERLÄNDER dachte an “Recht schöpfen – herausarbeiten” durch den Prätor oder die Juristen und hat damit zweifellos den richtigen Weg gewiesen.

Dazu ist zunächst kurz auf die These von ALBERTARIO einzugehen, daß überall dort, wo mit *constitutum est* nicht auf eine Kaiserkonstitution angespielt ist, Interpolationsverdacht indiziert ist<sup>(202)</sup>. Von den vier Stellen, die ALBERTARIO anführt, entsprechen zwei überhaupt nicht seiner Prämisse: Zu Ulp. D. 13,6,5,2 und Pap. D. 16,3,24 haben wir bereits oben gezeigt, daß mit *constitutum est* auf Kaiserrecht verwiesen ist. Die in Ulp. D. 40,5,24,10<sup>(203)</sup> gebrauchte Formulierung *nec enim ignotum est, quod multa contra iuris rigorem pro libertate sint constituta* denkt wohl an Juristen- und kaiserliche Entscheidungen und beschreibt damit durchaus adäquat die maßgeblichen Faktoren im Bereich des *favor libertatis*<sup>(204)</sup>, weswegen den vorgebrachten Verdächtigungen<sup>(205)</sup> jedenfalls für diese Passage nicht gefolgt werden kann<sup>(206)</sup>. Wirklich

---

201) H. NIEDERLÄNDER, *SZ* 70 (1953) 492.

202) E. ALBERTARIO, *SZ* 32 (1911) 319 = *Studi di diritto romano* VI (Milano 1953) 156 f.

203) H. HAUSMANINGER, *Iuris Professio. Festgabe Kaser* (Wien - Köln - Graz 1986) 68 f.

204) Dazu G. HÄRTEL, *Index* 5 (1974/75) 281 ff.

205) Siehe *Ind.Itp.*; G. G. ARCHI, *SZ* 87 (1970) 39 FN 54.

206) Für Echtheit der Stelle insgesamt G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* (Padova 1936) 163; H. WIELING, *Testamentsauslegung*

kaum auszuräumen ist lediglich der Verdacht gegen den Schluß der vierten von ALBERTARIO herangezogenen Stelle, Pomp. D. 18,1, 67 (207), wo es im Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung *cum sua causa* heißt: *...idque toto iure civili ita se habet, [praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum]* (208). Unsere Stelle D. 47,2,14,4 befindet sich jedenfalls nicht unter den von ALBERTARIO als verdächtig eingestuften *constitutum est*-Passagen.

Kein Unechtheitsindiz kann hingegen in der Wendung *in omnium furum persona* gesehen werden (209), die ja nicht ein wörtliches Zitat aus der *constitutio* ist, sondern von Julian zur Betonung des generellen Anwendungsbereiches verwendet wird. *Persona* mit Genetiv findet sich auch sonst sehr häufig bei Julian, wenn es ihm darum geht, eine bestimmte Person oder einen

*im römischen Recht* (München 1972) 169; H. HAUSMANINGER, *Iuris Professio. Festgabe Kaser* (Wien - Köln - Graz 1986) 68 f.

207) Dazu P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà* (Padova 1924) 169 ff; M. LAURIA, *Ius Romanum* I,1 (Napoli 1963) 162; G. SCHLICHTING, *Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht* (Karlsruhe 1973) 112; F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano* (Torino 1955) 121 f.

208) Der Verdacht geht schon auf FABER zurück, vgl *Ind.Itp.* und F. GALLO, *Trasferimento* 122. Schon F. EISELE, *SZ* 10 (1889) 307 hat erkannt, daß man die Passage auch nicht dadurch retten kann, daß man *nominatim constituere* nicht auf einen Parteivorbehalt (der ja zu Lasten des Dritten ginge) bezieht; nach EISELE hatten die Kompilatoren vielleicht die zeitgenössische Konstitution C. 7,37,2,3 im Auge.

209) So wohl F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 314 unter Berufung auf PAMPALONI: Dieser (*Scritti giuridici* I 707) verdächtigt von der Stelle freilich nur den Schluß [*qui eam contrectavit*].



Personenkreis zu erfassen, etwa im Zusammenhang mit der Beschreibung von Stipulationsformularen <sup>(210)</sup>, bei der Verwirklichung von Tatbestandselementen bei einer Personenmehrheit <sup>(211)</sup> oder bei Personenwechsel <sup>(212)</sup>, zur Zuordnung von subjektiven Rechtspositionen <sup>(213)</sup> oder zum Vergleich von Rechtslagen bei verschiedenen Personen <sup>(214)</sup>, zur Bestimmung der für ein bestimmtes Kriterium maßgeblichen Person <sup>(215)</sup>, zur Beschreibung von Vertretungsverhältnissen und -wirkungen <sup>(216)</sup>, zur Ableitung einer *actio* oder einer *exceptio* <sup>(217)</sup>, zur Reduktion des Umkreises von Haftungssubjekten <sup>(218)</sup> oder beim Auftreten nur eines von mehreren Kuratoren <sup>(219)</sup>, ebenso zur interpretativen Darlegung des Anwendungsbereiches einer Regelung <sup>(220)</sup>. Die Phrase ist daher vom Sprachstil durchaus

---

210) Iul. D. 45,1,56 § 1; § 2; § 3; D. 45,3,14; D. 46,8,22 § 7; § 9; § 10.

211) Iul. D. 40,7,13,2; D. 42,8,15; D. 45,2, 6 pr.

212) Iul. D. 47,2,57 pr.

213) Iul. D. 28,5,16; D. 30,89; D. 30,91,2; D. 36,2,17; D. 45,3,1,4; Ulp.-Iul. D. 46,1,5.

214) Iul. D. 9,2,51,2.

215) Iul. D. 36,1,26 pr; D. 38,1,25 pr; Ulp.-Iul. D. 7,2,1,1; D. 7,3,1,2; Clem.-Iul. D. 35,1,62,1.

216) Iul. D. 23,3,46 pr; D. 39,1,13 pr; D. 47,2,57,4; Ulp.-Iul. D. 41,1,33,2.

217) Paul.-Iul. D. 13,1,19; Ulp.-Iul. D. 17,1,10,12; D. 44,2,9,2; D. 44,4,4,22.

218) Iul. D. 16,1,14.

219) Iul. D. 27,10,7,3.

220) Iul. D. 14,6,14; D. 41,3,33,1; Pomp.-Iul. D. 40,5,20.

Julian zuzuschreiben, zumal auch die Kombination von *persona* mit *fur* anderweitig überliefert ist (221).

Zum richtigen Verständnis von *constitutum est* ist zunächst davon auszugehen, daß sich die Passage zwar in einer Ulpian-Stelle, aber in einem Julian-Zitat findet: Der für die Spätklassik geltende Befund, daß mit *constitutum est* regelmäßig auf die kaiserliche Rechtssetzung verwiesen wird, muß nicht unbedingt für Julian zutreffen: In seinen berühmten Äußerungen “*quae primo constituuntur*” (D. 1,3,11) (222), “*quae a maioribus constituta sunt*” (D. 1,3,20) (223) und “*contra rationem iuris constituta*” (D. 1,3,15) (224) spricht Julian die Rechtserzeugung schlechthin an, wenn auch die Ausführungen in einem bestimmten sachlichen Zusammenhang und unter bezug auf eine bestimmte Rechtsquelle gemacht worden sind (225). Diese Fragmente können daher weder für noch gegen die hier vertretene Auffassung in Anspruch genommen werden.

---

221) Iul. D. 45,3,14.

222) Iul. D. 1,3,11: *Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est*; dazu M. BRETONE, *Iura* 24 (1973) 208 ff.

223) Iul. D. 1,3,20: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*; vgl. Neraz D. 1,3,21; F. CASAVOLA, *ANRW* II 15 (1976) 162 f; *Iura* 27 (1976) 28 f.

224) Iul. D. 1,3,15: *In his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*. Dazu B. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 34 f.

225) Palingenetisch bezieht sich frg. 11 auf die *lex Publilia de sponsu* (LENEL, *Pal.* Iul. Nr. 842); frg. 20 auf die Prozeßkautionen (LENEL, *Pal.* Iul. Nr. 730) und frg. 15 auf die Sondervorschriften für die Soldatentestamente und damit kaiserliche Rechtssetzung.

Hinzuweisen ist jedoch auf den Umstand, daß von den wenigen Belegen, bei denen *constitutio* bzw *constitutum est* mit dem Kaiserrecht nicht in Verbindung zu bringen ist, zwei gerade auf Julian zurückgehen: Dabei ist die Zuordnung der *constitutio Rutiliana* freilich sehr umstritten (226), klarer ist folgende Entscheidung, welche formal den gleichen Aufbau zeigt wie unser Fragment D. 47,2,14,4:

D. 28,2,13,1 (*Iulianus libro vicesimo nono digestorum*).  
*Regula est iuris civilis, qua constitutum est hereditatem adimi non posse: propter quam liber et heres esse iussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilo minus et libertatem et hereditatem habebit.*

An die Vorführung der *regula* (227) knüpft sich die Entscheidung eines konkreten Falles (228): Ein Erblasser hatte in seinem Testament seinen Sklaven freigelassen und zum Erben eingesetzt; an späterer Stelle im Testament findet sich eine *ademptio libertatis*. Julian entscheidet, daß der eingesetzte Sklave die Freiheit und die Erbschaft erlangt. Es ist durchwegs gesehen worden, daß Julian hier logisch-deduktiv vorgeht (229) und die

---

226) Oben S. 59.

227) Zu ihrer Herkunft und Funktion oben S. 52.

228) Anwendungen dieser *regula* finden sich zB bei Scaev. D. 36,1,78; Mod. D. 28,7,27,1; nicht anwendbar war sie auf das *testamentum militis* (Gai. D. 29,1,17,2); im Fall von D. 28,4,1,4 weicht Ulpian der *regula* dadurch aus, daß er *nec dare* von *adimere* unterscheidet.

229) P. STEIN, *Regulae iuris* 95; R. MARTINI, *Labeo* 14 (1968) 308 FN 15; V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano* (Milano 1987) 135.

*regula* als alleinige Entscheidungsgrundlage verwendet<sup>(230)</sup>. Auch in unserem Fragment D. 47,2,14,4 wird, wie bereits oben gezeigt, zuerst der Inhalt des *constitutum est* geschildert und damit eine daran anschließende konkrete Fallentscheidung begründet<sup>(231)</sup>. Für Julian hat daher der Satz vom Ausschluß der *fures* von der *actio furti* die gleiche Funktion wie die *regula iuris civilis* in D. 28,2,13,1, deren inhaltliche Wiedergabe ebenfalls mit *constitutum est* eingeleitet wird.

Wenn wir den unter I erhobenen Befund zum Umgang der Juristen mit der Fallgruppe des *furtum* gegenüber dem *fur* zusammenfassen, so zeigt sich folgendes Bild: Mucius schließt den *fur* von der *actio furti* im Hinblick auf dessen fehlendes Interesse aus; Servius gesteht ihm eine subsidiäre Aktivlegitimation bei Nichtauftreten des *dominus* zu. Die Meinung des Servius hat sich nicht durchgesetzt, und wir finden bei Pomponius unter Berufung auf das Fehlen der *honestas causa*<sup>(232)</sup> einen Rechtszustand mitgeteilt, der der *constitutio* in D. 47,2,14,4 durchaus entspricht. In der Spätclassik fällt bei Paulus auf, daß er sich im *nauta*-Fall D. 4,9,5 pr an der *constitutio* orientiert, im *pignus*-Fall Paul.Sent. 2,31,19 – sofern die

---

230) B. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 25.

231) Auf die bei Julian anzutreffende Tendenz, die Rechtsfindung rational aus allgemeinen Sätzen herzuleiten, haben insbesondere P. STEIN, *Regulae iuris* 95 und V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza* 138 hingewiesen. Zur Ausbildung von Regelsätzen vgl. auch M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) 60 f.

232) Ähnlich wird in Ulp. D. 47,2,12,1 den *malae fidei possessores* die Aktivlegitimation zur *actio furti* abgesprochen, weil durch *improbitas* keine *actio* erworben werden soll.

Passage von ihm selbst stammt – hingegen dem furtiven Eigentümer nach einem weiteren *furtum* die *actio furti* gewährt; Ulpian ist sich im *fullo*-Fall des Ausnahmecharakters der Entscheidung durchaus bewußt. Eine gemeinsame Struktur der beiden Ausnahmefälle besteht darin, daß die Aktivlegitimation zur *actio furti* nicht auf dem *furtum* beruht, sondern schon aus einem anderen Grund gegeben ist, nämlich in D. 47,2,48,4 aus der schon zuvor bestehenden *custodia*-Haftung <sup>(233)</sup>, in Paul.Sent. 2,31,19 aus dem Eigentum.

Nichts zu tun mit der *constitutio* haben die Fälle der Inkompatibilität von aktiver und passiver *actio furti noxalis*. Auf den Grenzfall des *furtum* durch einen gestohlenen Sklaven gegenüber dem Dieb war die *constitutio* von ihrem Wortlaut her nicht anwendbar, daher konnte Celsus D. 47,2,68,4 dem *fur* eines *servus* die *actio furti noxalis* gewähren.

Die Spätclassiker Paulus und Ulpian haben jedenfalls Ausnahmen von der *constitutio* zugelassen. Ulpian – von dem wir aus D. 47,2,14,4 wissen, daß ihm die *constitutio* bekannt war – ist sich dabei in D. 47,2,48,4 durchaus der Abweichung von eben dieser *constitutio* bewußt, wie sein pointierter Schluß zeigt: *ita erit casus, quo fur furti agere possit*. Für Juristen, die führend in der kaiserlichen Bürokratie tätig waren, ist es unvorstellbar, daß sie gegen eine Kaiserkonstitution entschieden haben sollen. Darin erblicke ich ein entscheidendes Argument

---

233) So F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 341.

dagegen, die Passage *constitutum est* in D. 47,2,14,4 als Verweis auf eine kaiserrechtliche Regelung zu sehen.

Aufgrund der generalisierenden Fassung *in omnium furum persona constitutum est* könnte man freilich an eine Herkunft aus dem Edikt denken. Palingenetisch stammt unsere Stelle aus dem 22. Buch der julianischen *digesta*, deren erster Teil sich im Aufbau am Edikt anlehnt. Der Werkcharakter der *digesta Juliani* ist insgesamt umstritten<sup>(234)</sup>, wobei zum ersten Teil auch teilweise die Ansicht vertreten wurde, daß es sich um einen Ediktskommentar handelt<sup>(235)</sup>, bzw. Julian schon zuvor einen Ediktskommentar verfaßt hatte<sup>(236)</sup>; doch wurde dagegen vorgebracht, daß sich keine Fragmente finden, die dem Kommentarstil entsprechen<sup>(237)</sup>. Unsere Stelle – die freilich nur ein Julian-Zitat durch Ulpian ist – wurde jedenfalls selbst von den Anhängern der Ediktskommentar-Theorie nicht in ihre Belegstellen-Sammlungen<sup>(238)</sup> aufgenommen. Gegen die Herkunft aus dem Edikt spricht insbesondere der Umstand, daß nach unserem Überlieferungsstand auch aus den Edikts-

---

234) Übersichten bei A. GUARINO, *Labeo* 10 (1964) 398 ff; E. BUND, *ANRW* II/15 (Berlin - New York 1976) 432.

235) A. PERNICE, *Miscellanea zur Rechtsgeschichte und Textkritik* (1870) 84; H. BUHL, *Salvius Julianus I: Einleitung. Personenrecht* (Heidelberg 1886) 86 ff.

236) A. GUARINO, *Labeo* 10 (1964) 400.

237) E. BUND, *ANRW* II/15 432.

238) Vgl. H. BUHL, *Salvius Julianus* I 94; A. GUARINO, *Labeo* 10 (1964) 400.

kommentaren des Gaius, Paulus und Ulpian<sup>(239)</sup> keine Fragmente erhalten sind, die sich mit einer derartigen Ediktsbestimmung befassen würden. Und auch Ulpian von der *constitutio* abweichende Entscheidung<sup>(240)</sup> findet sich im Sabinuskommentar und nicht mit den typischen Worten “*edictum cessat*” bzw. “*edictum cessare*” in seinem Ediktskommentar, wie es zu erwarten wäre, wenn es um die Nichtanwendung einer ediktalen Regelung ginge.

Vor allem aufgrund von D. 47,2,77,1, wo zunächst eine Diskussion des Sachproblems und eine Festigung des Ausschlusses ausschließlich durch die Juristen überliefert wird, liegt es nahe, die anonyme Wendung *constitutum est* in D. 47,2,14,4 auf das Ergebnis dieses Prozesses zu beziehen und damit den mitgeteilten Inhalt als Rechtsschöpfung der *iuris prudentes*<sup>(241)</sup> zu sehen. Wir können freilich nicht behaupten, daß der Satz die feste Form einer Spruchregel erlangt hat, zweifellos führt Julian aber eine generalisierende Beschreibung eines gesicherten Rechtszustandes vor. Daß von regelartigen Fixierungen in Einzelfällen zuweilen abgewichen wird, gehört zu ihrem Wesenszug und erklärt am besten die kontrastierenden Entscheidungen der Spätclassiker Ulpian und Paulus. Bei der Frage, wann diese Fixierung erfolgt ist, ist natürlich zu beachten,

---

239) O. LENEL, *Palingenesia*, Gai. Nr. 269-272; Paul. Nr. 563-568; Ulp. Nr. 1039-1060.

240) Ulp. D. 47,2,48,4 (oben S. 17).

241) Zu Recht hat T. GIARO, *BIDR* 90 (1987) 35 FN 112 darauf hingewiesen, daß damit eine kollektive Leistung der Jurisprudenz angesprochen ist.

daß die inhaltliche Entstehung und die generalisierende Beschreibung eines Rechtszustandes zeitlich durchaus auseinanderfallen können <sup>(242)</sup>, es kann aber zumindest eine Eingrenzung vorgenommen werden. Den Satz schon als *constitutio veterum* zu sehen, erscheint mir unangebracht, da aufgrund der Haltung des Servius in dieser Periode noch nicht von einem unstreitigen Rechtszustand die Rede sein kann, andererseits muß der Prozeß, der zur Ausbildung der *constitutio* geführt hat, bereits vor Julian abgeschlossen gewesen sein. Auch Pomponius bestätigt indirekt dieses Ergebnis durch den Hinweis auf die einhellige Ablehnung (*“nec utimur”*) der *sententia Servii* durch die späteren Juristen.

---

242) So für die Regelbildung D. NÖRR, *SZ* 89 (1972) 43; 47.