

Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs

3. Jahrgang
Heft 2 / 2013

KAMILA STAUDIGL-CIECHOWICZ, PHILIPP KLAUSBERGER, RAMON PILS,
PHILIPP SCHEIBELREITER, CHRISTOPH SCHMETTERER (Hgg.)

**recht [durch] setzen/
Making Things Legal**
Gesetzgebung und prozessuale Wirklichkeit
in den europäischen Rechtstraditionen

Verlag der
Österreichischen Akademie
der Wissenschaften



Wien 2013

OAW

Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs

Herausgegeben von

THOMAS OLECHOWSKI, Wien

gemeinsam mit

LEOPOLD AUER, Wien

URSULA FLOBMANN, Linz

HERBERT KALB, Linz

GERNOT KOCHER, Graz

HERBERT MATIS, Wien

CHRISTIAN NESCHWARA, Wien

ILSE REITER-ZATLOUKAL, Wien

GERHARD THÜR, Wien

GUNTER WESENER, Graz

THOMAS WINKELBAUER, Wien

Internationaler wissenschaftlicher Beirat

KAROLINA ADAMOVÁ, Praha – UTA BINDREITER, Lund – JAMIE BRONSTEIN, Las Cruces

GARY B. COHEN, Minneapolis – HEINZ DUCHHARDT, Mainz – THOMAS DUVE, Frankfurt a.M.

ANDRZEJ DZIADZIO, Kraków – MICHAEL GEHLER, Hildesheim – JEAN-FRANÇOIS GERKENS, Liège

PETER GRÖSCHLER, Mainz – ANDRZEJ GULCZYŃSKI, Poznań – KARL HÄRTER, Frankfurt a.M.

BORUT HOLCMAN, Maribor – ÉVA JAKAB, Szeged – JANEZ KRANJC, Ljubljana – SEBASTIAN LOHSSE, Münster

KLAUS LUIG, Köln – HEINER LÜCK, Halle – BARNA MEZEY, Budapest – ULRIKE MÜBIG, Passau

JANA OSTERKAMP, München – CARLOS PETORUTTI, La Plata – HANS SCHLOSSER, München

CLAUSDIETER SCHOTT, Zürich – WOLFGANG SELLERT, Göttingen – CHRISTOPHER THORNHILL, Manchester

ROBERT CHRISTIAN VAN OOYEN, Lübeck/Berlin – ALAIN WIJFFELS, Leiden/Louvain-la-Neuve

Redaktion

CHRISTOPH SCHMETTERER (Chefredakteur), EVA ORTLIEB, KAMILA STAUDIGL-CIECHOWICZ,

KATHARINA BERNOLD

Abteilung KRGÖ des Instituts für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien,

Strohgasse 45/2d, 1030 Wien

KAROLINA PALMOWSKA

Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität

Schenkenstraße 8–10, 1010 Wien

<http://www.rechtsgeschichte.at/beitraege>

Die verwendete Papiersorte ist aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff hergestellt,
frei von säurebildenden Bestandteilen und alterungsbeständig.

Als internationale wissenschaftliche peer-reviewed Zeitschrift von der ÖAW gefördert

Alle Rechte vorbehalten

ISBN 978-3-7001- 7595-7

ISSN 2221-8890

Copyright © 2013 by

Österreichische Akademie der Wissenschaften

Wien

Druck und Bindung: Prime Rate kft., Budapest

<http://hw.oeaw.ac.at/7595-7>

<http://verlag.oeaw.ac.at>

Inhaltsverzeichnis

Kamila STAUDIGL-CIECHOWICZ, Philipp KLAUSBERGER, Ramon PILS, Philipp SCHEIBELREITER, Christoph SCHMETTERER Preface.....	307
Barbara PRAMMER, Präsidentin des Nationalrats Geleitworte zum 18. Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker	311
Clemens JABLONER, Präsident des Verwaltungsgerichtshofs Eröffnungsvortrag	313
Virginia AMOROSI (Neapel) Migration, Labour and Legal Discourse in the early 20 th Century A French-Italian Example in the Making of International Labour Law	321
Matthias CASTELEIN (Löwen) Procedural Reality in Corsica under the Rule of the Banco di San Giorgio after 1453.....	329
Bruno DEBAENST (Gent) To Be Killed Over and Over Again. A Case Study on Juridification	335
Bram DELBECKE (Löwen) Making the Political Offence Legal? The Interpretative Role of the Jury in the Belgian Legal Tradition.....	342
Sébastien DHALLUIN (Lille) The Paradox of the Statutory Proofs Theory in the Criminal Ordinance of Saint-Germain-en-Laye.....	349
Frederik DHONDT (Gent) German or European? Jülich and Berg between Imperial and Public International Law	355
Vanessa DUSS JACOBI (Luzern) Die Korrelation von Text und Normativität im Recht	363
Anne-Kristin FISCHER (Wien) Ehebruch als Ehehindernis. Das impedimentum adulterii im protestantischen Eherecht der Wittenberger Reformation	374
Ellen FRANKE (Wien) Die Macht des Faktischen Prozessuale Wirkung von unbeschränkten Appellationsprivilegien in der reichshofrätlichen Gerichtspraxis der Frühen Neuzeit	386

Federica FURFARO (Mailand/Triest) Glücks „Pandekten“ und die italienische Bearbeitung Von der Rechtstheorie zur Gerichtspraxis	395
Tomáš GABRIŠ (Bratislava) Conflict Resolution and Punishment in Hungarian Medieval Laws and in Practice	403
Miriam GASSNER (Wien) Von der Anerkennungspraxis der Habsburgermonarchie gegenüber den südamerikanischen Staaten im 19. Jahrhundert	413
Piotr GOTOWKO (Zürich) Die interne Rechtssetzung und die Rechtsdurchsetzung im Deutschen Orden	423
David Julius KÄSTLE (Münster) Recht durch Kommentare? Der juristische Kommentar als materielles Requisite der Rechtsumsetzung	430
Imre KÉPESSY (Budapest) The Roots of Judicial Review in Hungary.....	439
László KOMÁROMI (Budapest) Volkswille und Legitimation Direktdemokratische Erfahrungen aus der Zwischenkriegszeit.....	447
Milan KUHLI (Frankfurt am Main) Wann muss der Herrscher schweigen? Zur Behandlung königlicher Machtsprüche in der Preußischen Rechtsreform.....	456
Jarosław KUISZ (Warschau) Film, Law and Propaganda. Preliminary Remarks on the Law and Film Relations at the Beginning of the Communist Poland.....	465
Christine LEHNE (Innsbruck) Steuereintreibung und Steuerprozesse in der Antike	473
Claudia MACHO (Wien) Beweisführung und Wahrheitsfindung im athenischen Prozess	485
James MCCOMISH (Cambridge) The Rhetoric and Reality of Access to Justice in Sixteenth Century England	494
Maciej MIKUŁA (Krakau) Die Könige und das Reformationsverfahren des Rechts in den polnischen Städten vom 14. bis zum 16. Jahrhundert.....	502
Valerio Massimo MINALE (Mailand) Creating a Law about Religion under Constantine the Great The Case of the Edict against the Heretics (Eus. Vita Const. 3, 63–66).....	512

Diego NUNES (Macerata/Santa Catarina)	
Legislative Proceedings outside Parliament in Authoritarian States	
The Case of the 1930 Italian and 1940 Brazilian Criminal Codes	520
Janwillem OOSTERHUIS (Maastricht)	
From Legislature to Code? Goal-oriented Formalism in French and Dutch Cases about Marriage and Parental Authority in the 19 th Century	528
Merike RISTIKIVI (Tartu)	
Ars et termini artis. Practical Issues in Application of Latin Legal Terms.....	536
Hesi SIIMETS-GROSS (Tartu)	
Legitimation oder Auslegung? Die römischrechtlichen Quellenverweise vom Baltischen Privatrecht in den Riga'schen Stadtgerichtsentscheidungen.....	544
Aneta SKALEC (Warschau)	
The Edicts of the Prefect of Egypt. The Case of P. Oxy. XXXIV 2704.....	553
Alessia SPINA (Mailand)	
Römisches Recht und lokale Rechtssysteme	
Der Schutz der hellenistischen parakatatheke in drei Textstellen der Digesten	561
Sandrine VALLAR (Paris)	
Making Children Legitimate. Die Gesetzgebung Justinians zu concubinitus und liberi naturales in Nov 74 und ihre Vorläufer	570
W. A. M. (Mieke) VAN DER LINDEN (Tilburg)	
Law-Making in the Age of New Imperialism (1870–1914). The Dubious Question of How the Protectorate Treaty as a Political Instrument Became International Law	581
Sebastiaan VANDENBOGAERDE (Gent)	
Making the New Order Legal! Het Juristenblad 1941–1944.....	594
Emanuel VAN DONGEN (Utrecht)	
Gesetzgebung, verfahrensrechtliche Realität und Rechtslehre im römisch-holländischen Recht des 16. bis 18. Jahrhunderts	
Das Problem des Mitverschuldens bei Schiffskollisionen	601
Marianne VASARA-AALTONEN (Helsinki)	
Noble Standing, Education and Networks	
Judges of the Turku Court of Appeal 1623–1753	611

ALESSIA SPINA, Mailand

Römisches Recht und lokale Rechtssysteme Der Schutz der hellenistischen parakatatheke in drei Textstellen der Digesten

In 2nd century a.d. the Roman empire is by then a cosmopolitan reality, open to the Hellenistic uses' influences. The jurists come up against the difficulties to interpret the many-sided and new provincial background with the conceptual and legal tools of Roman law: they adapt the usual means of protection to original case record, follow a real justice's aim and update the law. The achieved outcomes are proved by some Digest's passages, where cases of extrajudicial world – that breaks in even the language, with the use of Greek – and not perfectly frameable in Roman typical agreement are put. D 16, 3, 26, 1 (Paul. 4 resp.), D 31, 34, 7 (Mod. 10 resp.) and D 32, 37, 5 (Scaev. 18 dig.) can be considered illustrative of described interpretational operation: they are three passages with Hellenistic setting, united by clauses in Greek with a reference to Greek 'parakatatheke'.

Die kurzen Ausführungen, die hier vorgebracht werden sollen, konzentrieren sich auf drei Textstellen der *Digesta Iustiniani*, die als exemplarisch betrachtet werden, um die Modalitäten zu beschreiben, mit denen die Juristen verschiedener, aber angrenzender Epochen hinsichtlich der Rechtsprechung die Beilegung eines Konflikts zwischen zwei normativen Systemen erreichen – dem römischen und dem lokalen Rechtssystem.¹ Es soll kurz daran erinnert werden, dass die Frage im Rahmen der Umsetzung der *constitutio Antoniniana* bereits in der Rechtslehre diskutiert wurde und nach wie vor diskutiert wird. Die Diskussion ging dabei von den gegensätzlichen Positionen aus, die Mitteis und Schönbauer vertraten. Nach Mitteis Ansicht hat das römische Recht die einheimischen Bürgerrechte gewaltsam verdrängt, auch wenn diese offensichtlich in einigen partikularen Rechtsgewohnheiten überlebt haben. Schönbauer hingegen war der Meinung, das römische Recht habe die einheimischen

Provinzialrechte nicht verdrängt, sondern sei gemeinsam mit diesen zur Anwendung gekommen, so dass aus dem gleichzeitigen Fortbestehen der beiden Systeme eine Ausgestaltung der Rechtsgeschäfte entstanden sei, die aus beiden juristischen Traditionen geschöpft habe.² Beide Positionen räumen die Möglichkeit eines Konflikts ein, da die Betroffenen bei der Wahl der juristischen Form für ihre Rechtsgeschäfte zu gleichen Teilen auf jede der beiden Rechtsordnungen zurückgreifen konnten. Im Fall der ersten Hypothese würde der Konflikt mutmaßlich vom Willen des Gewinners abhängen, lokale Schemata und Einrichtungen durch eigene zu ersetzen; im zweiten Fall hingegen würde der Konflikt nur zum Tragen kommen, wenn die Bandbreite der Verhandlungsfreiheit so groß wäre, dass sie gegen die Prinzipien verstoßen würde, die wir heute als „öffentliche Ordnung“ bezeichnen und die vermutlich auch

¹ TALAMANCA, *Diritto e prassi* 135ff.

² FREZZA, *Istituti ellenistici* 87f.; MITTEIS, *Reichsrecht* 161; SCHÖNBAUER, *Die Doppelbürgerschaft* 343ff.; SCHÖNBAUER, *Das römische Recht* 369ff.

schon im römischen Rechtssystem existent waren.³ Die aus dem Edikt von Caracalla resultierende Unterscheidung wird hier jedoch für die nachfolgenden kurzen Überlegungen nicht berücksichtigt.⁴ Vielmehr soll unter Beibehaltung einer diachronischen Perspektive in erster Linie die Haltung eines antonianischen Juristen untersucht werden, namentlich Cervidius Scaevola, im Anschluss daran die Positionen von zwei bedeutenden Vertretern der severianischen Rechtsprechung, Paulus und Modestin.

Das Vergleichsmoment der ausgewählten Textstellen – es handelt sich um D 32, 37, 5; D 16, 3, 26, 1 und D 31, 34, 7 – besteht im Bezug auf die *parakatatheke*, ein Rechtsgeschäft des griechischen und hellenistischen Rechts, das zahlreiche Formen annehmen und Fälle betreffen kann.⁵

D 32, 37, 5 (Scaev. 18 dig.): „*Codicillis ita scripsit: Βούλομαι πάντα τὰ ὑποτεταγμένα κύρια εἶναι. Μαξίμω τῷ κυρίῳ μου δηνάρια μύρια πεντακισχίλια, ἅτινα ἔλαβον παρακαταθήκην παρὰ τοῦ θείου αὐτοῦ Ἰουλίου Μαξίμου, ἵνα αὐτῷ ἀνδρωθέντι ἀπολώσω, ἃ γίνονται σὺν τόκῳ τρις μύρια, ἀποδοθῆναι αὐτῷ βούλομαι οὕτω γὰρ τῷ θείῳ αὐτοῦ ὤμωσα*‘. *quaesitum est, an ad depositam pecuniam petendam sufficientia verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat. respondi: ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura.*“

Ein Erblasser fügt dem Testamentsnachtrag eine Bestimmung hinzu, nach der seinem Herren Maximus die fünfzehntausend Denaren zurückerstattet werden sollen, die er von dessen Onkel Julius Maximus bis zur Volljährigkeit des Begünstigten zur Verwahrung erhalten hatte. Es

handelt sich um eine Summe von dreißigtausend Denaren einschließlich der Zinsen. Der Erblasser fügt hinzu, dass dem Hinterleger Maximus auf diese Verpflichtung ein Eid geschworen wurde. Es stellt sich die Frage, ob die Worte des Testamentsnachtrags ausreichend sind, um die Summe vor Gericht einzufordern, da es außer diesen keinen anderen Beweis gibt. Scaevola erachtet es diesbezüglich als eindeutig, dass der testamentarischen Verfügung Glauben zu schenken sei, insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Erblasser angegeben hat, darauf einen Eid geschworen zu haben.⁶

Ausgehend von dieser Fragestellung erschließt sich aus einer Reihe von Aspekten die Zugehörigkeit der fraglichen Rechtsverpflichtung zum lokalen Recht. Beispielfhaft sei nur daran erinnert, dass die Klausel in griechischer Sprache verfasst wurde, sowie an die Art des Rechtsgeschäfts zwischen dem Erblasser und Julius Maximus als einer sogenannten irregulären Hinterlegung mit Zinsen gemäß einer in Griechenland gängigen Praxis. Weiterhin sprechen dafür die Ableistung eines Eids, der den rechtsgeschäftlichen Tatbestand mit einer für die griechische *parakatatheke*⁷ typischen treuhänderischen Konnotation belegt, außerdem die Funktion des Vertragsgeschäfts, die hier eher im Bereich der Vormundschaft als der Verwahrung zu verorten ist, gemäß einer Verwendung der *parakatatheke*, die laut einigen Autoren in bestimmten Fällen als simuliertes Rechtsgeschäft bezeichnet werden kann.⁸ Zu guter Letzt sei auf das Vorhandensein vielfältiger Verweise auf die provinzielle

³ TALAMANCA, *Lineamenti* 359ff.; 500ff.

⁴ AMELOTI, *Rechtsrecht* 211ff.; TALAMANCA, *Lineamenti* 600.

⁵ Wir finden das Wort (aber mit einer unfachlich Bezeugung) *parakatatheke* auch in D 40, 5, 41, 4 (Scaev. 4 resp.).

⁶ EISELE, *Beiträge* 24; BESELER, *Beiträge* 163; DELL'ORO, *Costituzioni in greco* 758; LITEWSKI, *Studien* 34, Anm. 9; LITEWSKI, *Dépôt irrégulier* 243 und Anm. 107; KÜBLER, *Griechische Tatbestände* 188; FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ 151; SIMON, *Quasi-ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ* 65f.; DE CHURRUCA, *Gerichtsbarkeit* 322; VOI, *Diritto ereditario* 324, Anm. 288; TALAMANCA, *Clienti* 550.

⁷ FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ 141

⁸ SIMON, *Quasi-ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ* 58ff.

Welt in den Fallstudien von Scaevola verwiesen, was ein *Unikum* in den Zeugnissen der klassischen Rechtsprechung darstellt.⁹

Scaevola sieht sich gezwungen, eine vertraglich zwischen Lebenden vereinbarte Situation, die allerdings durch eben die eingegangene Verpflichtung zu einer Bestimmung *mortis causa* wurde, durch eine rechtliche Vorgehensweise zu schützen, die die Lehre teils als *actio depositi*, teils als *petitio fideicommissi* ausgelegt hat, und an deren Wirksamkeit und Gültigkeit aufgrund des Vorhandenseins von *verba precativa* sowie einer allgemeinen Klausel, die alle Bestimmungen des Dokuments schützt, kein Zweifel besteht. Mit anderen Worten würde die Frage angesichts des Fehlens von *scripturae*, die normalerweise die Hinterlegung eines *depositum irregulare* dokumentieren,¹⁰ auch die Möglichkeit eröffnen, die Testamentsnachträge als Beweismittel in einem *iudicium depositi* zu verwenden.

Es handelt sich also um eine Frage von überaus relevanter Beweiskraft, aus der sich jeweils weitere Fragen ergeben, nicht nur nach der Art des anzuwendenden Rechtsbehelfs, sondern auch nach den Legitimationsmustern – insbesondere der Aktivlegitimation – dieser Handlung, wenn man berücksichtigt, dass der Begünstigte der Erbschaft letztlich Maximus ist, der in formeller Hinsicht nichts mit dem Hinterlegungsvertrag zu tun hat.

Wenn man einmal von diesen Mustern absieht, ist der für unsere Zwecke wichtige Aspekt, dass Scaevola die Tatsache, dass sich eine *inter vivos* entstandene Verpflichtung den Prinzipien einer testamentarischen Verfügung annähert, als Frage der Rechtsprechung *in toto* aufnimmt und zu seinem Urteil gelangt, auch wenn es Elemente gibt, die nur schwerlich im klassisch römischen Recht zu verorten sind, wie die Entrichtung von Zinsen im Rahmen einer irregulären Hinterle-

gung, hinsichtlich deren Anerkennung der Jurist jedoch keinerlei Zweifel oder Verunsicherung zeigt.

Wenn man bedenkt, dass die Schaffensperiode des Cervidius Scaevola mitten im 2. Jahrhundert liegt, muss man die Flexibilität anerkennen, mit der er die Schutzinstrumente des römischen Rechts auf einen eindeutig lokal gefärbten Sachverhalt anwendet.

Ganz anders, wenngleich ebenso auf den Schutz von außerstädtischen Situationen ausgerichtet, präsentiert sich der Ansatz des Juristen Paulus im *responsum* zu D 16, 3, 26, 1.

D 16, 3, 26, 1 (Paul. 4 resp.): „*Lucius Titius ita cavit: Ἐλαβον καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου δηνάρια μύρια, καὶ πάντα ποιήσω καὶ συμφωνῶ καὶ ὠμολόγησα, ὡς προέγραπται καὶ συνθεμένην χορηγήσαι σοι τόκον ἐκάστης μνᾶς ἐκάστου μηνὸς ὀβόλους τέσσαρας μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου.*“ *quaero an usurae peti possunt. Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.*“

Ein gewisser Lucio Tizio hat sich verpflichtet, zehntausend Silberdenare anzunehmen und zu verwahren. Er verspricht, alle diesbezüglichen Absprachen einzuhalten, die in einem Schriftstück festgehalten wurden. Insbesondere sollte er „die Zinsen in Höhe von vier As-Münzen pro Monat Geldstück für Geldstück zurückzahlen, bis die gesamte Summe zurückerstattet wäre.“¹¹ An den Juristen wird die Frage gerichtet, ob man Zinsen verlangen könne. Paulus antwortet, dass dieser Vertrag über eine einfache Geldverwahrung hinausgeht und dass demnach gemäß des Übereinkommens mit dem Akt der Verwahrung auch Zinsen verlangt werden können.¹²

⁹ TALAMANCA, *Particolarismo giuridico* 74.

¹⁰ D 16, 3, 24, D 16, 3, 28 und D 16, 3, 26, 1–2.

¹¹ SCOTTI, *Deposito* 80ff.

¹² GUARINO, *Giusromanistica elementare* 109.; BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare* 90, 123, 134ff.;

Der Passus wurde vielfach daraufhin analysiert, ob diese Figur, die in der Moderne gemeinhin auf das *depositum irregulare* zurückgeführt wurde, bei den klassischen römischen Juristen darstellbar war. Dieser Gedanke, der bereits auf den Anfang des 20. Jahrhunderts zurückgeht,¹³ wurde von diversen Autoren angefochten,¹⁴ für die das *depositum irregulare* ein Produkt der justinianischen Zeit war.

Die allgemeinen Begriffe dieser Kontroverse der Rechtslehre können hier nur angerissen werden, wir beschränken uns auf die Beobachtung, dass es keine formellen Hinweise darauf zu geben scheint, dass der Passus von Paulus abgeändert worden ist: daher muss davon ausgegangen werden, dass der severische Jurist es als legitim erachtete, den Tatbestand *de qua* mit dem Schutz einer mittels *actio depositi ex fide bona* getätigten Hinterlegung gleichzustellen. Weiterhin ist anzumerken, dass dieser Tatbestand eine provinzielle Konnotation hat und daher den Gebrauch der griechischen Sprache und die beständigen Verweise auf die *scripturae*, bzw. auf die Schriftstücke bedingt, die – so darf man glauben – nicht nur die Hinterlegung an sich bescheinigten, sondern auch die Zusatzvereinbarung der Entrichtung von Zinsen.

Nichtsdestotrotz wird ein tiefgreifender Unterschied zwischen der Haltung des severischen Juristen und der von Scaevola in D 32, 35, 7 geäußerten deutlich. Es wurde hervorgegestellt, dass im Auszug von Scaevola keinerlei Zweifel an der Möglichkeit herrscht, die Zinsen zu fordern: in D 16, 3, 26, 1 hingegen besteht diesbezüglich Unsicherheit, da sich auf dieses Muster nicht nur das *quaesitum*, „*quaero an usurae peti pos-*

sunt“, bezieht, sondern auch das *responsum*, „*usurae quoque actione depositi peti possunt*“. Die Vorrede, von der die Entscheidung des Paulus abhängt, enthält die Behauptung, dass *eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere*, die von einigen als Widerspruch zu der vorgeschlagenen Lösung gelesen wurde.¹⁵

Der Diskurs von Paulus erscheint jedoch sinnvoll, wenn man ihn so paraphrasiert: normalerweise gehört die Entrichtung von Zinsen nicht zum Hinterlegungsvertrag; im Fall *de quo* aber ist die Sache anders, da der Vertrag sich auf die Hinterlegung mit einer zusätzlichen Vereinbarung der Zahlung von *usurae* bezieht. Eben weil der Vertragsinhalt anderer Art ist, ermöglicht es das rechtliche Vorgehen – das sich, wie schon gesagt wurde, *ex fide bona* darstellt – Verfahrensziele zu erreichen, die sonst ausgeschlossen wären.¹⁶

Die Deutung des Paulus erscheint sogar noch bedenkenloser als die von Scaevola, da sie indirekt die Behauptung aufstellt, dass sich ein Instrument des klassischen römischen Rechts, wie die Hinterlegung, auch hinsichtlich eines Tatbestands des lokalen Rechts, der per se systematische Einordnungsschwierigkeiten im Bereich der typischen Bürgerrechte nahelegen würde, als wirkungsvoll erweisen kann.

Ist der Konflikt zwischen römischem Recht und lokalen Rechten im antonianischen Zeitalter in den Worten des Juristen stillschweigend implizit, so wird er bei Paulus augenscheinlich, eventuell in Folge des Edikts von Caracalla, mit den Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen den Rechtsordnungen, auf die eingangs in diesem Artikel hingewiesen wurde.

Ebenso beispielhaft erscheint die von Modestin in D 31, 34, 7 dargelegte Antwort.

SARGENTI, Svolgimento 65f.; ADAMS, Haben die Römer 364; KLAMI, Mutua magis videtur 90ff.; LITEWSKI, Dépôt irrégulier 250ff.; GORDON, Observations 363ff.; SCOTTI, Deposito 85ff.

¹³ SEGRÈ, Sul deposito irregolare 197ff.

¹⁴ ROTONDI, Appunti 72; MASCHI, Categoria dei contratti reali 382ff.; LONGO, Appunti 121ff.; ARANGIO-RUIZ, Istituzioni 312ff.

¹⁵ MASCHI, Categoria dei contratti reali 391.

¹⁶ FIORI, Fides 259.

D 31, 34, 7 (Mod. 10 resp.): „*Titia cum nubere Gaio Seio, dedit in dotem praedia et quasdam alias res, postea decedens codicillis ita cavuit: „Γάιον Σείιον τὸν ἄνδρα μου παρακατατίθεμαί σοι, ὧ θυγάτερ. ὧ βούλομαι δοθῆναι εἰς βίου χρησιν καὶ ἐπικαρτίαν μετοχὴν κώμης Νακλήνων, ἣν ἔφθασα δεδωκυῖα εἰς προῖκα, σὺν σώμασι τοῖς ἐμφερομένοις τῇ προικί, καὶ κατὰ μηδὲν ἐνοχληθῆναι αὐτὸν περὶ τῆς προικός· ἔσται γὰρ μετὰ τὴν τελευτὴν αὐτοῦ σὰ καὶ τῶν τέκνων σου· praeterea alia multa huic eidem marito legavit, ut quamdiu viveret haberet. quaero, an propter haec, quae codicillis ei extra dotem relicta sunt, possit post mortem Gaii Seii ex causa fideicommissi petitio filiae et heredi Titiae competere et earum rerum nomine, quas in dotem Gaius Seius accepit. Modestinus respondit: licet non ea verba proponuntur, ex quibus filia testatrix fideicommissum a Gaio Seio, postquam praestiterit quae testamento legata sunt, petere possit, tamen nihil prohibet propter voluntatem testatrix post mortem Gaii Seii fideicommissum peti.“*

Man erzählt, dass Titia bei ihrer Hochzeit mit Gaius Seius als Mitgift einige Felder und andere Dinge in die Ehe einbrachte; vor ihrem Tod verfügte sie in einem Testamentsnachtrag, dass ihr Ehemann der Tochter anvertraut werden sollte: es wird das Verb *παρακατατίθεμαι* verwendet, also ‚anvertrauen‘, vermutlich im weiteren Sinn als die ursprüngliche Bedeutung ‚verwahren‘, erklärbar durch die sinnvolle Überlegung, dass nur eine Person zum Verwahrer bestimmt wird, der man vertraut. In der griechischen Klausel legt die Dame fest, dass der Teil eines gewissen *vicus Nacolenorum*, der dem Ehemann vorab als Mitgift eingebracht wurde, diesem als lebenslanges Nutzungsrecht gewährt werde, zusammen mit den auch als Mitgift eingebrachten Sklaven der Frau; und dass der Ehemann in keinsten Weise an der Inanspruchnahme seiner ihm als Mitgift eingebrachten Güter gehindert werde. Diese Güter – so verfügte die Frau weiter – sollten nach dem Tod des Ehemanns in den Besitz der Tochter und deren Kinder übergehen.

Die Frau vermachte dem Ehemann darüber hinaus viele weitere Dinge, damit dieser sie behalte, solange er lebte. Es stellt sich die Frage, ob der Tochter und den Erben der Titia nach dem Tod von Gaius Seius eine *petitio fideicommissi* auch hinsichtlich der Dinge zusteht, die Gaius Seius zusammen mit der Mitgift erhielt. Modestinus antwortet, dass auch wenn die Worte nicht zitiert sind, mit denen die Tochter der Erblasserin das Familienfideikommiss von Gaius Seius einfordern könnte, nachdem sie die Dinge in ihren Besitz gebracht habe, die ihr laut Testament vermacht wurden, dennoch kein Hindernis vorliegt, nicht gemäß dem Willen der Erblasserin nach dem Tod des Gaius Seius das Familienfideikommiss einzufordern.¹⁷

Wie Kübler eindeutig hervorgehoben hat, kann dieser Tatbestand nicht korrekt in die Schemata des klassischen römischen Rechts eingeordnet werden, da im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau die Mitgift, sofern *adventicia*, an den Ehemann übergeht, während im Falle einer Mitgift *qua profecticia* diese dem Vater zusteht oder jedenfalls dem Vorfahren, der sie als *actio rei uxoriae* eingebracht hat, wohingegen der Ehemann in diesem Fall Anrecht darauf hat, ein Fünftel des Vermögens für jedes gemeinsame Kind einzubehalten.¹⁸ Es scheint offensichtlich, dass im fraglichen Fall keine Indizien vorliegen, die auf eine *dos profecticia* hinweisen könnten: es wird nicht über Vorfahren oder sonstige Befugnisinhaber und auch nicht über eine Rückerstattung gesprochen, die Frau scheint direkte Rechtsinhaberin mit Verfügungsgewalt zu sein: man könnte hier also an eine *dos adventicia* von der Frau oder einem Dritten denken. Bei einer *dos adventicia* geht allerdings, wie schon erwähnt, die Mitgift beim Tod einer verheirateten Frau an den Ehemann über;¹⁹

¹⁷ FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ 146f.; SIMON, Quasi-ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ 65f.

¹⁸ KÜBLER, Griechische Tatbestände 188ff.

¹⁹ BISCARDI, Diritto greco 101ff.; PAOLI, Famiglia 35ff.

folglich wären die Bestimmungen von *Titia* allerdings sinnlos, nach denen sie *mortis causa* ein lebenslanges Nutzungsrecht für den Ehemann verfügt, der in diesem Fall bereits Besitzer des Gutes wäre und sich die Bestimmungen daher in ein *legatum inutile* auflösen würden. Auch wenn in diesem konkreten Fall zugegebenermaßen die Möglichkeit besteht, dass ein derartiges Rechtsgeschäft von Erblässern oder Bearbeitern ohne ausreichende Sachkenntnis ersonnen wurde, so erscheint es jedoch nicht plausibel, dass Modestinus die praktische Sinnlosigkeit einer solchen Bestimmung nicht erkannt und dementsprechend gekennzeichnet haben sollte.

Der Fall passt übrigens perfekt in die Schemata des griechischen Rechts, wie in einigen Passagen des Gesetzes von Gortina (col. III, 17–24; col. III, 31–37; col. VI, 31–36) deutlich wird, und dessen Anwendung auch in nachfolgenden Epochen beibehalten wurde.²⁰

Im fraglichen Fall kann man davon ausgehen, dass die Tochter der Erblasserin Besitzerin der Güter der Mutter ist, wenn ihr von derselben im wörtlichen Sinne ‚der Ehemann‘ anvertraut wurde, um ihr den letzten Wunsch zu gewähren, dem Ehemann lebenslanges Nutzungsrecht des aus der Mitgift bestehenden Vermögens einzuräumen und auch der – so liest man im lateinischen Satz, der kurz den Inhalt der Bestimmungen des Testamentsnachtrags wiedergibt – *alia multa*, also der nicht zur Mitgift gehörigen Güter, über die er bis zu seinem Lebensende verfügen kann.

Eine weitere unklare Mehrdeutigkeit bei der wörtlichen Auslegung des Paragraphen, so wie er von den Kompilatoren überliefert wurde, besteht im Verhältnis zwischen dem Ehemann und der Tochter der Frau. Die terminologische Wahl der Frau, die die Tochter als *θύγατερ* bezeichnet, den Nutznießer hingegen mit seinem

eigenen Namen anredet, Gaius Seius, und ihn dann als ihren Ehemann qualifiziert – lässt die Schlussfolgerung zu, dass Gaius Seius nicht der Vater von Titias Tochter ist: Gaius Seius wird durch den Testamentsnachtrag eine Erbschaft hinterlassen, als handele es sich bei ihm um einen beliebigen Dritten, obgleich sein Status als Ehemann ausschlaggebend dafür ist, dass die Güter konkret an der gleichen Stelle bleiben wie vor dem Tod der Frau. Man kann vielleicht hinzufügen, dass so für den Ehemann eine Form von *ius retentionis* zur Anwendung kommt.

An dieser Stelle soll nicht weiter auf die etwaige Bedeutung des *quaesitum* und des entsprechenden *responsum* eingegangen werden, es sei nur daran erinnert, dass die Überflüssigkeit des Antwortteils zwischen *licet* und *petere possit* in der Lehrmeinung hervorgehoben und dessen Legitimation als *petitio fideicommissi* sogar zu Lebzeiten des Gaius Seius abgesprochen wurde, um dieselbe jedoch im anschließenden Teil zwischen *tamen* und Textende für die Zeit nach seinem Tod zu bestätigen.²¹ So kann man dem bereits von Kübler getätigten Hinweis folgen und annehmen, dass die Sorge der Tochter Titias um die zeitnahe Legitimation der Geltendmachung eines Familienfideikommiss eher darauf abzielte, Gaius Seius dazu zu zwingen, eine *cautio fideicommissi servandi causa* zu tätigen.²²

Das von Titia oder von anderer Stelle in ihrem Auftrag formulierte *quaesitum* kann also folgendermaßen paraphrasiert werden: wenn das Nutzungsrecht ausgelaufen ist, das dem Ehemann von der Mutter für ihre Güter gewährt wurde, stellt dann die *petitio fideicommissi* das geeignete Rechtsinstrument dar, um nicht nur die zur Mitgift gehörigen Güter einzufordern, für die im Testamentsnachtrag ausdrücklich die Rückgabeverpflichtung geschrieben steht, sondern auch die nicht zur Mitgift gehörigen Güter,

²⁰ Auch MITTEIS, *Reichsrecht* 231ff.; TAUBENSCHLAG, *Law* 95ff.; MITTEIS, *Grundzüge* 219ff.

²¹ FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ 147.

²² KÜBLER, *Griechische Tatbestände* 189f.

die der Tochter in ihrer Funktion als Erbin zu stehen und über die sie laut testamentarischem Nachlass bis zu ihrem Tode verfügen kann?

Modestins Antwort auf diese Frage erscheint umsichtig und ausgewogen: der Jurist stellt sofort klar, dass bei den *verba* eine Leerstelle vorliegt, aufgrund derer der Anspruch nicht unmissverständlich bestimmt werden kann, schließt aber in dem Sinne, dass *nihil* [...] *peti*. Man kann annehmen, dass der Ausdruck *nihil prohibet* auf das Fehlen von normativen Hindernissen anspielt, oder besser gesagt auf das Fehlen von Auslegungsunterschieden zwischen den verschiedenen Rechtssystemen; es besteht also eine Kompatibilität zwischen dem Rechtsbehelf der *petitio fideicommissi* und der Lösung, die zur Anwendung kommen soll, falls der Tatbestand vom Juristen mit Verweis auf die *voluntas testantis* legitimiert wird.

Der Jurist Modestin, bekannt für seine provinzielle Herkunft, die auch durch die Abfassung eines ganzen Werkes, der *libri de excusationibus*, auf Griechisch deutlich wird²³ – befindet sich in D 31, 34, 7 in der Position, über einen Fall entscheiden zu müssen, der offensichtlich lokalem Recht unterliegt. Ihm wird die Frage gestellt, ob sich Bestimmungen, für die diametral gegensätzliche Prinzipien als die in Rom üblichen gelten, auf einen *ex fideicommisso* zu schützenden Sachverhalt zurückführen lassen. In der Tat ist das besprochene Verfahrensmittel, die Familienkommiss, eins der flexibelsten und anpassungsfähigsten überhaupt, sogar bezüglich der komplexesten Rechtsgeschäfte, in denen die *fides* als bestimmendes Merkmal fungiert. Es handelt sich um denselben Behelf, den auch Scaevola in D 32, 37, 5 vorschlägt, wenngleich mit einem teilweise divergierenden Deutungsansatz der Testamentsklauseln: soeben wurde deutlich gemacht, dass Paulus sich der Anomalie des besprochenen Rechtsgeschäfts im Vergleich zum

römischen Recht bewusst war, wohingegen sich sein Meister Modestin eher nachgiebig zeigt, so dass der Konflikt in seiner Antwort nur aus der umsichtigen aber klaren Feststellung *nihil prohibet* hervorgeht. Darin kann man eventuell den Verweis auf eine Kategorie von obligatorischen Vorschriften des römischen Rechts lesen, deren Einordnung schwierig bleibt, aber in der man vielleicht ein Prinzip ausmachen kann, nachdem die *voluntas testantis* respektiert wird.

Abschließend lässt sich feststellen, dass die analysierten Textstellen auf einen Konflikt zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen hinweisen, der zu antonianischer Zeit noch nicht offenkundig war, in den Entscheidungen der Rechtsprechung im Zeitalter Severians jedoch immer deutlicher hervortrat: in diesem Konflikt zwischen verschiedenen objektiven Rechtsordnungen fällt die schlichtende Rolle den Juristen zu. Diese ermöglichen durch den Schutz von Situationen, die durch andere als die römischen Rechtsordnung geregelt werden, eine wechselseitige Osmose der Systeme, so dass letztlich ein neues Rechtssystem entsteht, das sich nicht so sehr als Verbund, sondern vielmehr als eine Neuerung zur Lösung von Interessenskonflikten darstellt, und in Folge in der Rechtsprechung zur praktischen Anwendung kommt.

Korrespondenz:

Alessia Spina
Università degli Studi di Milano-Bicocca
Piazza dell'Ateneo Nuovo 1, 20151 Milano, Italia
alessia.spina1@unimib.it

²³ MASIELLO, I 'libri' 1ff.

Abkürzungen:

BIDR	Bollettino dell'istituto di diritto romano
col.	Kolumne
RIDA	Revue Internationale des droits de l'antiquité
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris

Literatur:

- Bertrand ADAMS, Haben die Römer Depositum irregulare und Darlehen unterschieden? in: SDHI 28 (1962) 360–371.
- Mario AMELOTTI, Reichsrecht, Volksrecht, Provinzialrecht. Vecchi problemi e nuovi documenti, in: SDHI 65 (1999), 211–215.
- Vincenzo ARANGIO-RUIZ, Istituzioni di diritto romano (Napoli ¹⁴1987).
- Gerhard BESELER, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Bd. 3 (Tübingen 1913).
- Arnaldo BISCARDI, Diritto greco antico (Milano 1982).
- Franco BONIFACIO, Ricerche sul deposito irregolare, in: BIDR 49/50 (1947) 80–152.
- Juan DE CHURRUCA, Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi über di argentarii im klassischen römischen Recht, in: ZRG RA 108 (1991) 304–324.
- Aldo DELL'ORO, Le costituzioni in greco nei frammenti dei Digesta, in: Studi in onore di Gaetano Scherillo, Bd. 2 (Milano 1972) 749–760.
- Fridolin EISELE, Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolation. Zweiter Beitrag, in: ZRG RA 11 (1890) 1–29.
- Roberto FIORI, Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche, in: Roberto FIORI (Hg.), Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato (Napoli 2008) 237–260.
- Paolo FREZZA, Istituti ellenistici nei testi del Corpus iuris civilis, in: Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz, Bd. 4 (Napoli 1953) 209–224 = Scritti di Frezza, 2 (Romae 2000) 87–102.
- Paolo FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ, in: Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae, Bd. 1 (Vratislaviae–Varsaviae 1956) 139–172.
- William M. GORDON, Observations on depositum irregulare, in: Studi in onore di Arnaldo Biscardi, Bd. 3 (Milano 1982) 363–372.
- Antonio GUARINO, Giusromanistica elementare (Napoli 2002).
- Hannu Tapani KLAMI, „Mutua magis videtur quam deposita“. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen (Helsinki, 1969).
- Bernhard KÜBLER, Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur, in: ZRG RA 28 (1907) 174–210.
- W. LITEWSKI, Le dépôt irrégulier 1, in: RIDA 21 (1974), 215–262.
- Wieslaw LITEWSKI, Studien zur Verwahrung im römischen Recht (Warszawa–Kraków 1978).
- Carlo LONGO, Appunti sul deposito irregolare, in: BIDR 18 (1906) 121–156.
- Tommaso MASIELLO, I libri de excusationibus di Erennio Modestino (Napoli 1983).
- Carlo Alberto MASCHI, La categoria dei contratti reali: corso di diritto romano (Milano 1973).
- Ludwig MITTEIS, Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde, Bd. 2: Juristischer Teil, Erste Hälfte: Grundzüge (Leipzig–Berlin 1912).
- Ludwig MITTEIS, Reichsrecht und Volksrecht in den Österlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs (Leipzig 1935).
- Ugo Enrico PAOLI, Famiglia (diritto attico), in: Novissimo Digesto Italiano 7 (Torino 1961) 35–42.
- G. ROTONDI, Appunti sulla teoria romana del deposito, in: DERS., Scritti giuridici, Bd. 2 (Milano 1922) 1–136.
- Manlio SARGENTI, Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano, in: Iura 39 (1988) 24–74.
- Ernst SCHÖNBAUER, Die Doppelbürgerschaft im römischen Reiche und ihre Wirkung auf die Rechtsentwicklung, in: Anzeiger der Phil.-hist. Kl. der ÖAW 17 (1949) 343–369.
- Ernst SCHÖNBAUER, Das römische Recht nach 212 in ausschließlicher Geltung?, in: Anzeiger der Phil.-hist. Kl. der ÖAW 17 (1949) 369–389.
- Francesca SCOTTI, Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento (Torino 2008).
- Gino SEGRÈ, Sul deposito irregolare in diritto romano, in: Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano 19 (1907) 197–234.
- Dieter SIMON, Quasi-ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ, Zugleich ein Beitrag zur Morphologie griechisch-hellenistischer Schuldrechtstatbestände, in: ZRG RA 82 (1965) 39–66.
- Mario TALAMANCA (Hg.), Lineamenti di storia del diritto romano (Milano ²1989).
- Mario TALAMANCA, Diritto e prassi nel mondo antico, in: Isabella PIRO (Hg.), Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité (Soveria Mannelli 1999).
- Mario TALAMANCA, Particolarismo giuridico ed unità della cultura giuridica nell'esperienza romana, in: Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza

-
- storica. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto (Roma 2001) 9–276.
- Mario TALAMANCA, I clienti di Q. Cervidio Scevola, in: BIDR 103–104 (2000–2001) 483–702.
- Raphael TAUBENSCHLAG, The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri. 332 b.C.–640 a.D. (New York, 1944).
- Pasquale VOCI, Diritto ereditario romano, Bd. 2: Parte speciale (Milano 1963).