
PAULUS, SCHON WIEDER DER "MALEDICTUS" PAULUS.

DIESMAL: DIGESTEN 27,3,12 (8 BREVIS EDICTI)

Berthold Kupisch (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

I Der Ärger mit Paulus

Maledictus Paulus semper ita obscure loquitur, ut vix possit intellegi. Si haberem eum in manibus, eum per capillos interrogarem, cur tam obscure ...

Mit diesem tragikomischen Verzweiflungsschrei steht Raphael Fulgosius, seines Zeichens Rechtslehrer in Padua (gest. 1427), bei den europäischen Kollegen des spätklassischen Juristen Iulius Paulus nicht allein da. Weit weniger drastisch, aber in der Sache übereinstimmend äußern sich etwa Franciscus Duarenus: *scribendi genus vere Paulinum, id est obscurum* und Cornelius Bynkershoek: *nullibi peior interpretum causa, si cum Paulo res sit*. "Die Dunkelheit seiner Sprache ist sprüchwörtlich geworden", resümiert Witte um die Mitte des 19. Jahrhunderts. Und im soeben vergangenen bemängelte de Francisci die "non rare oscurità del suo stile". Paulustexte waren (und sind) anscheinend immer wieder schwer verdauliche Kost.¹

Die Interpolationenkritik in ihrer vollen Blüte hatte die Rede vom "dunklen" Paulus verstummen lassen. Man war schnell geneigt, undurchdringlich erscheinenden Texten und Textbestandteilen die Echtheit abzusprechen und hochgemut in sie hinein zu korrigieren, um mit Paulus Frieden zu schließen.² Diese Methode ist inzwischen in Verruf gekommen.³ Wir müssen wohl oder übel davon ausgehen, daß der Paulus der justinianischen Fassung in der

-
- 1 Belege vorstehend und zum Folgenden bei B. Kupisch, "*Id quod interest* bei Nichterfüllung und Verzug des Verkäufers (Pomponius *D.* 19,1,3,3 und Paulus *D.* 19,1,21,3)", in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LIII (1975), S. 14ff. Dort auch weitere Literatur, insbes. A. Berger, *Iulius Paulus*, in: *RE*, X 1 (Stuttgart, 1917), S. 695ff. Adde P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, 2. Aufl. (Leipzig, 1912), S. 238; W. Kalb/W. Kalb jun., *Roms Juristen*, 2. Aufl. (Aalen, 1975), S. 135. Siehe ferner B. Kupisch, "*D.* 46,2,12 (Paulus 31 *ad edictum*)", Zum Subjektswechsel als Auslegungsproblem", in: H. Lessmann (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Lukes*, (Köln-Berlin-Bonn-München, 1989), S. 743ff., 754; *idem*, "*Tibi enim rem debebam, non actionem* (Paulus *D.* 18,4,21), 'Normzweck' im römischen Kaufrecht?", in: R. Ruedin (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, (Bâle-Genève-Munich, 1999), S. 37ff., 51; *idem*, "*Paul. 1 decret. D.* 14,5,8. Ein dunkler Paulus und eine fortschrittlicher Kaiser?", in: *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca, Bd. IV*, (2001), S. 463ff.
 - 2 Bezeichnend A. Berger, *Iulius Paulus, cit.*, S. 696f.: "In der neuesten Literatur, die so manches schon aus Paulus' Fragmenten als kompilatorisch ausgeschieden hat, was ihm früher als Unklarheit, Nörgelei, Gedankenlosigkeit, 'sprichwörtliche Dunkelheit' angerechnet wurde, kommt Paulus zu seinem Recht" Siehe auch *loc. cit.*, S. 701f. und die Nachweise bei B. Kupisch, "*Paul. 1 decret. D.* 14,5,8. Ein dunkler Paulus und eine fortschrittlicher Kaiser?" *cit.*, S. 471 und Fn. 20.
 - 3 Dazu grundlegend M. Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, (Wien, 1972).

Regel auch der authentische Paulus ist und daß des Paulus Texte zwar "paulinisch" schwierig sein können, aber durchaus etwas zu sagen haben.⁴ Der romanistischen Forschung sind denn auch die Qualitäten des Paulus nicht verborgen geblieben, mag er in gelegentlicher Übertreibung auch "Paulus der Große" (Henle) genannt worden sein oder mehr skeptisch-spöttisch der "Puchta des römischen Altertums" (Jhering). "In seinen vielen selbständigen Ausführungen", so faßt Emil Seckel sein ausgewogenes Urteil über Paulus zusammen, "zeigt sich Feinheit, Schärfe und Konsequenz des Denkens".

Damit schließt sich ein Kreis. Bei den Alten bis hin zu den Byzantinern war Paulus ein Stern erster Größe am Himmel der römischen Jurisprudenz und genoß hohes Ansehen. Modestin, einer der letzten Spätklassiker, zählt Paulus neben Ulpian und Scaevola zu den Koryphäen des Rechts (*D. 27,1,13,2*). Der Kaiser Gordian nennt ihn *vir prudentissimus*, ebenso die Kaiser Diokletian und Maximian. Und Konstantin bestimmt: *Universa, quae scriptura Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda*.⁵ Noch in der griechischen *Institutionen*paraphrase des von Justinian hochgerühmten Rechtslehrers Theophilus, der an wesentlichen Teilen der justinianischen Gesetzgebung beteiligt war, wird unser Jurist als "Paulus der höchst Sachkundige" bezeichnet (*2,14pr.*).

Wir wollen sehen, was der *vir prudentissimus* dieses Mal – vielleicht – zu sagen hat.

II Paulus *Digesten 27,3,12 (8 brevis edicti)*: justinianischer Text und Arbeitsplan

Filius autem tutor propter hoc suum factum cum patre agere non potest ante pubertatem, quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest.

Als Grundlage der Beschäftigung mit dem Text werden zunächst (III) Einzelheiten und Probleme der Quelle übersichtlich zusammengestellt. Für diesen Zweck empfiehlt es sich, die 1. und die 2. Texthälfte (Rechtssatz und Begründung) gegenüberzustellen und den Text zu zerlegen, und zwar vor dem Hintergrund seiner Wirkungsgeschichte, ohne aber auf Fragen, die sich dabei stellen oder stellen lassen, im allgemeinen näher einzugehen.

4 Vgl. die Interpretationsvorschläge des Autors (wie Fn. 1).
5 C. 5,4,6 (a. 239); C. 9,22,11 (a. 287); C. Th. 1,4,2 (a. 327 oder 328).

Die Teile des Textes, auf die sich die Beobachtungen jeweils richten, sind im Druck hervorgehoben (gesperrt).

Im weiteren (IV – VIII) ist das Verständnis des Paulustextes über die Zeiten hinweg Gegenstand der Überlegungen, von den *Basiliken* über die Glosse bis zur Epoche der Interpolationenwissenschaft und zu modernen Übersetzungen. Abschließend (IX) folgt ein eigener Lösungsversuch.

III ***Digesten 27,3,12: Einzelheiten und Probleme***

1 **Die 1. Texthälfte (der Rechtssatz): *Filius autem tutor propter hoc suum factum cum patre agere non potest ante pubertatem***

(a) *Filius autem tutor propter hoc suum factum cum patre agere non potest ante pubertatem*

Ein Sohn, der Vormund ist, kann vor Mündigkeit (seines Mündels) nicht gegen seinen Vater klagen. Diese Aussage, die als solche unproblematisch erscheint, bedarf nach zwei Richtungen hin der Präzisierung:

(i) Welcher Status des Sohnes ist bei Paulus vorausgesetzt? Steht der Sohn unter der väterlichen Gewalt oder ist er ist aus ihr entlassen worden?

(ii) Wie sind die Worte *tutor* und *ante pubertatem* einzuordnen? Sie könnten den Sinn haben, daß der Sohn und Vormund, der gegen seinen Vater klagen will, dies während der Vormundschaft im Interesse seines Mündels tut (*actio tutelae de peculio nomine pupilli*). Ihre Bedeutung könnte sich aber auch darauf beschränken, daß der Sohn, der vor der Mündigkeit gegen seinen Vater klagen will, dies zwar im Rahmen einer Konstellation tut, die ihn als Sohn und Vormund ausweist, aber nicht *nomine pupilli*. In beiden Fällen kann man danach fragen, wie plausibel die Auffassung ist, zu deren Abwehr Paulus entscheidet, der Sohn könne nicht gegen seinen Vater klagen.

(b) *Filius autem tutor propter hoc suum factum cum patre agere non potest ante pubertatem*

Die Worte *propter hoc suum factum* geben den Grund an, weswegen der Sohn gegen den Vater klagen will. Die große Frage ist freilich, was man unter *hoc suum factum* zu verstehen hat. In der Rechtsgeschichte findet sich darauf gewöhnlich die Antwort: eine den Pflichten des Vormunds zuwiderlaufende Handlung des Vormunds. Die Kritik dieser Interpretation steht im Zentrum der folgenden Überlegungen.

Ein weiteres Problem ist das demonstrative *hoc suum factum*, das eine Anknüpfung nahe legt, die nicht erkennbar ist.

2 Die 2. Texthälfte (Begründung): *quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest*

(a) *quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest*

Die Aussage des hervorgehobenen Passus ist als solche wieder unmißverständlich: Weil (etwas) auch nicht eingefordert, eingeklagt werden kann.

(b) *quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest*

Hier findet sich eine zeitliche Bestimmung: Auch nicht, nachdem die Vormundschaft beendet ist, kann (etwas) eingeklagt werden. So jedenfalls und wohl auch zu Recht wird der Ablativus absolutus "*finita tutela*" im allgemeinen aufgelöst.

(c) *quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest*

Das Pronomen *hoc* verweist auf das, was auch nicht nach Beendigung der Vormundschaft eingefordert, eingeklagt werden kann. Es liegt nahe, *hoc* an dieser Stelle – im folgenden auch Schluß-*hoc* genannt – mit dem *propter hoc suum factum* in der 1. Texthälfte in Beziehung zu setzen und das, weswegen der Sohn während der Vormundschaft nicht gegen seine Vater klagen kann, gleichzusetzen mit dem, was auch nicht nach Beendigung der Vormundschaft eingeklagt werden kann. Versteht man allerdings unter *hoc suum factum* eine pflichtwidrige Handlung des Vormunds, ist dieser Bezug schwer herzustellen. Er wird gewöhnlich auch vernachlässigt.

(d) *quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest*

Von wem (*ab eo*) kann das mit *hoc* Umschriebene auch nicht nach Beendigung der Vormundschaft eingeklagt werden? Überblickt man den Stand der Meinungen seit den *Basiliken* zu dem Schluß unserer Stelle, so stehen sich im wesentlichen zwei Auffassungen gegenüber:

(i) Schlußvariante A

Die Worte *ab eo* besagen: Von ihm = seitens des Sohnes (der Sohn ist also Kläger) kann auch nicht nach Beendigung der Vormundschaft (etwas) eingeklagt werden, wobei der Vater als Beklagter hinzuzudenken ist und nach dem Sachzusammenhang lediglich der Vater als Beklagter hinzugedacht

werden kann. Diese Möglichkeit wird nachstehend als Schlußvariante A bezeichnet. Sie läßt offen, ob jemand anders als der Sohn (etwa das Mündel) gegen den Vater klagen kann. Nur scheinbar sachlich gleichwertig ist die Variante: von ihm = bei ihm, das heißt beim Vater kann (etwas) nicht eingeklagt werden. In diesem Fall bliebe offen, wer als Kläger gegen den Vater auftritt, der Sohn oder etwa das Mündel; es könnte aber keiner von beiden gegen den Vater klagen.

(ii) Schlußvariante B

Die Worte *ab eo* besagen: Von ihm = bei ihm, das heißt beim Sohn (der Sohn ist also Beklagter) kann auch nicht nach Beendigung der Vormundschaft (etwas) eingeklagt werden, wobei das Mündel als Kläger hinzuzudenken ist. Wir nennen diese Möglichkeit Schlußvariante B. Sie stellt einen weitreichenden Perspektivenwechsel zur 1. Satzhälfte dar. Im Spiel ist nicht mehr, wie dort, eine Klage des Sohnes gegen den Vater, sondern eine solche des Mündels gegen den Sohn. Mit der Schlußvariante B stellt sich allerdings ein mißliches Problem ein, wenn man davon ausgeht, daß *propter hoc suum factum* ein pflichtwidriges Verhalten des Sohnes/Vormunds ist (oben III 1 (b)). Denn den Quellen zufolge haftet der Vormund dem Mündel für seine Amtsführung aufgrund der *actio tutelae* sachgemäß gerade nach Beendigung der Vormundschaft.⁶ Damit kollidiert die Begründung in Fragment 12, daß auch nicht nach Beendigung der Vormundschaft (etwas) eingeklagt werden kann (oben III 2 (b)).

IV Die *Basiliken*

In den *Basiliken* handeln zwei Stellen von Fragment 12. Beide stimmen darin überein, daß mit dem *hoc suum factum* des Paulus ein pflichtwidriges Verhalten des Sohnes im Rahmen der Vormundschaftsführung gemeint ist. Übereinstimmung herrscht im Ergebnis anscheinend auch darüber, daß der Sohn wegen dieses Verhaltens während der Vormundschaft nicht im Interesse des Mündels gegen seinen Vater klagen kann. In der Begründung weichen die beiden Stellen aber voneinander ab, ebenso im Hinblick auf die Auffassung der 2. Texthälfte (Begründungssatz) der justinianischen Quelle.

6 Siehe etwa Paulus *D. 27,3,4pr.* (8 *ad Sab.*): *Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest;* ferner Ulpian *D. 27,3,1,24* (36 *ad ed.*): *Haec actio (scil. rationibus distrahendis) tunc competit, cum et tutelae actio est, hoc est finita tutela.* Vgl. noch M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. (München, 1971), S. 365

1 Basiliken 38,3,12 (D. 27,3,12)

Der Anonymus faßt sich kurz:⁷ Weder kann der Sohn wegen Verletzung seiner Vormundschaftspflichten gegen ihn (den Vater) klagen, noch kann der Sohn selbst während der Vormundschaft (vom Mündel) verklagt werden. Man wird daraus unter anderem schließen dürfen, daß der Anonymus von einem gewaltfreien Sohn ausgeht sowie davon, daß der Sohn, wenn nicht während der Vormundschaft, so doch nach Ende der Vormundschaft verklagt werden kann. Das ist der Perspektivenwechsel (siehe oben), geht aber nur formal in die Richtung der Schlußvariante B: Mündel gegen Sohn (den früheren Vormund). In der Sache respektiert die griechische Paraphrase nämlich nicht die Aussage des justinianischen *nec finita tutela ... exigi potest*, wonach bei Beendigung der Vormundschaft nicht geklagt werden kann, sondern läßt das Mündel gegen den Sohn klagen. Damit hält sich der Anonymus entgegen der Vorlage, wie er sie versteht, an den in benachbarten Digestenstellen ausgesprochenen Rechtssatz, daß überhaupt nur nach Beendigung der Vormundschaft mit der *actio tutelae* geklagt werden kann.⁸

2 Basiliken 38,3,11 (D. 27,3,11), Scholion

Im Scholion zu *Basiliken* 38,3,11 kommt unser Paulusfragment ausführlicher und formal textgetreuer zur Sprache.⁹ Der (unbekannte) Scholiast legt die *Digestenstelle* im Sinne der Schlußvariante A aus und erklärt diese Auffassung damit, daß der Sohn in väterlicher Gewalt steht. Deswegen kann er während der Vormundschaft nicht gegen seinen Vater namens des Mündels klagen, aber auch nach Beendigung der Vormundschaft nicht.

V Die Glosse

Auch für Accursius¹⁰ hat der Sohn die Vormundschaft schlecht geführt (*mala gestio*). An sich haftet der Vater deshalb dem Mündel mit der *actio tutelae de peculio*. Doch während der Vormundschaft kann sie der Sohn (namens des Mündels) gegen den Vater nicht geltend machen, weil sie von der *actio tutelae* abhängig ist, die ihrerseits erst nach Beendigung der Vormundschaft erteilt wird¹¹. Soweit die Glosse zur 1. Texthälfte von Fragment 12.

7 Hb III 719 = Sch. 1706.

8 Siehe die Quellen oben Fn. 6, insbesondere *D. 27,4,4pr.* mit *Bas. 38,3,4* (Hb. IV 715 = Sch. 1704).

9 Hb. III 719 = Sch. 2208 (Scholien).

10 Siehe zum Folgenden gl. *autem*, gl. *agere*, gl. *ab eo* und gl. *potest*. Benutzte Pandektenausgabe von P. Laudry (Lyon, 1604).

11 Vgl. die Angaben oben Fn. 6.

Was die 2. Texthälfte betrifft, so entscheidet sich Accursius wie der Anonymus der *Basiliken* für die Richtung der Schlußvariante B (Mündel gegen Sohn). An der Autorität der justinianischen Vorlage: *quia nec finita tutela hoc ab eo exigere potest* wird aber im Unterschied zum Anonymus¹² festgehalten, im Wege einer eigenwilligen Deutung freilich: (Der Sohn kann nicht gegen den Vater klagen) weil dem Sohn auch nach Beendigung der Vormundschaft vom Mündel nicht zugerechnet wird, wenn er nicht gegen den Vater klagt: *item non imputatur (a pupillo) filio, si non agat*. Damit steht einer Haftung des Vormunds/Sohnes im übrigen offensichtlich nichts im Wege. Auf diese Weise zieht sich Accursius aus der Affäre: Er respektiert die Negation (*nec*) in der überlieferten Fassung von Fragment 12 wie auch den Rechtssatz, daß der Vormund nach Beendigung der Vormundschaft mit der *actio tutelae* verklagt werden kann.

VI Mommsen

Wenn ich richtig sehe, verwirft Mommsen¹³ *Basiliken* 38,3,12, wonach der Sohn (nur) während der Vormundschaft nicht vom Mündel verklagt werden kann, nach der Vormundschaft aber doch, als eine mißlungene byzantinische Korrektur von *Digesten* 27,3,12 und schlägt sich auf die Seite des Scholiasten zu *Basiliken* 38,3,11. Mommsen favorisiert folglich die Schlußvariante A unter (konkludenter) Annahme eines in der väterlichen Gewalt stehenden Sohnes, der die Vormundschaft pflichtwidrig geführt hat, und wegen seines Status naturgemäß weder während der Vormundschaft noch nachher seinen Vater *nomine pupilli* verklagen kann. Dementsprechend tritt Mommsen für folgende Emendation ein (statt *agere non potest ante pubertatem, quia nec finita tutela hoc ab eo exigere potest*):

Agere non potest, quia nec ante pubertatem nec finita tutela hoc ab eo exigere potest.

Das unterschwellige Argument ist klar: Wenn die *patria potestas* der Ausschlußgrund für eine Klage des Sohnes ist, läßt sich für die 2. Satzhälfte der justinianischen Fassung ein eigener Begründungswert nicht erkennen. Darüber, wie das Schluß-*hoc* zu verstehen ist, schweigt sich Mommsen aus.

12 Und zur modernen Interpolationenkritik, unten VII.
13 Vgl. (zu unserer Stelle) die Große Digestenausgabe: Th. Mommsen, *Digesta Justiniani Augusti*, (Berolini, 1870).

VII Die Interpolationenkritik

Die Vertreter der Interpolationenkritik gehen ebenfalls davon aus, der (anscheinend als gewaltfrei vorausgesetzte) Sohn könne während der Vormundschaft wegen eines Verstoßes gegen Vormundschaftspflichten nicht namens des Mündels gegen seinen Vater klagen (1. Hälfte von Fragment 12). Einig sind sich die Autoren auch im Hinblick auf den Begründungssatz (2. Hälfte von Fragment 12). Sie dürfen für sich in Anspruch nehmen, mit wünschendwerter Klarheit die textkritischen Konsequenzen aufgezeigt zu haben, die mit der Annahme einhergehen, der Begründungssatz enthalte einen Perspektivenwechsel und liege auf der Linie der Schlußvariante B, wonach der Sohn/Vormund wegen seiner Pflichtwidrigkeit vom Mündel nicht belangt werden kann, eine Annahme, welche zusätzlich zur Voraussetzung hat, daß die Haftung des Sohnes (natürlich) lediglich für die Zeit während der Vormundschaft ausgeschlossen sein kann, nicht dagegen für die Zeit nach ihrer Beendigung.¹⁴ Nur am Rande sei bemerkt, daß die Protagonisten dieser die Romanistik einstmals beherrschenden Wissenschaftsströmung mit ihren Interpolationsannahmen von dem althergebrachten (und immer noch gültigen) Grundsatz abgewichen sind, der *lectio difficilior* den Vorzug zu geben.

1 Lenel

Lenel¹⁵ schlägt anstelle von *quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest* des Begründungssatzes unter Streichung des Schluß-*hoc* folgende Fassung vor: *quia nisi finita tutela nec ab eo exigi potest*. Lenel paßt also die justinianische Vorlage dem zugrundegelegten Textverständnis an: weil auch bei ihm (dem Sohn) nicht(s) eingeklagt werden kann, es sei denn, die Vormundschaft ist beendet. Charakteristisch ist ferner, daß das *exigi potest* seines Akkusativobjekts beraubt ist. Immerhin entfällt damit das Problem, wie ein Bezug zu *hoc suum factum* am Anfang gedacht werden kann.

2 Bonfante

Bonfante¹⁶ sucht im Kern dasselbe Ergebnis mit Blick auf *Basiliken* 38,3,12 (Anonymus) zu erreichen, und zwar mit der Emendation: *quia necdum finita tutela hoc ab eo exigi non potest*. Also: weil, da die Vormundschaft noch nicht beendet ist, es (*hoc*) bei ihm (dem Sohn) nicht eingeklagt werden kann. Nach Beendigung der Vormundschaft kann demnach, wie bei Lenel, gegen den

14 Vgl. oben (bei) Fn. 6.

15 O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Bd. 1, (Leipzig, 1889), Sp. 956 (Nr. 37) Fn. 1.

16 Vgl. P. Bonfante, in: P. Bonfante/C. Fadda/C. Ferrini/S. Riccobono/V. Scialoja, *Digesta*

Sohn geklagt werden. Im Gegensatz zu Lenel konserviert Bonfante das justinianische Schluß-*hoc*, was wiederum die Frage konserviert, wie man es auf *hoc suum factum* am Anfang beziehen soll.

VIII Übersetzungen

Vor dem Hintergrund der skizzierten Wirkungsgeschichte von Fragment 12 werfen wir einen beschreibend-kritischen Blick auf Übersetzungen.

1 Eine deutsche Übersetzung (1831)

"Der Sohn kann aber als Vormund wegen seiner diesfallsigen Handlung vor der Mündigkeit [des Mündels] nicht gegen seinen Vater klagen, weil auch, nachdem die Vormundschaft beendet ist, deshalb von dem [Vater] Nichts [von Seiten des Sohnes] gefordert werden kann."¹⁷

Der Übersetzer folgt der traditionellen Auffassung, daß *hoc suum factum* eine pflichtwidrige Handlung des Sohnes als Vormund meint, hält sich im Begründungssatz korrekt an den justinianischen Text (*quia nec finita tutela*) und ferner an die Schlußvariante A insoweit, als bei dem Vater (etwas) nicht eingeklagt werden kann; mit dem von der Quelle dann nicht gedeckten Zusatz "[von Seiten des Sohnes]" bleibt offen, ob jemand anders beim Vater klagen kann¹⁸. Auch hat der Übersetzer versucht, das Schluß-*hoc* wiederzugeben ("Nichts"), wenn auch von seinen Voraussetzungen her ein Identitätsbezug zu *hoc suum factum* nicht hergestellt werden kann. Das Ganze verstehe ich dahin:

Während der Vormundschaft kann der Sohn wegen einer eigenen Pflichtwidrigkeit gegen den Vater nicht namens des Mündels klagen, weil er das auch nach Beendigung der Vormundschaft nicht kann (denn dann kann ja das Mündel mit der *actio tutelae de peculio* gegen den Vater klagen, wie zu ergänzen ist). Soll das das Rechtsproblem des Paulus gewesen sein?

2 Eine englische Übersetzung (1932)

"However, a son who is a guardian, cannot, on this ground, bring an action against his father before arriving at puberty; for this cannot be required of him, even after the guardianship is terminated."¹⁹

17 *Iustiniani Augusti*, (Mediolani, 1931), zu unserer Stelle Fn. 3.
R. Schneider, in: K.E. Otto/B. Schilling/K.F.F. Sintenis (Hrsg.), *Das Corpus iuris civilis (Romani)*, *Ins Deutsche übersetzt von einem Verein Rechtsgelehrter*, Bd. 2 (Leipzig, 1831); eckige Klammern im Original.

18 Vgl. oben III 2 (d) (i).

19 S.P. Scott, *The Civil Law* (Cincinnati, 1932), Vol. V.

Bemerkenswert ist an dieser Übersetzung die Entscheidung, *propter hoc suum factum* nicht im herkömmlichen Sinn zu verstehen, sondern auf die Stellung des Sohnes als Vormund zu beziehen. Bemerkenswert ist die Entscheidung als solche, insofern sie erkennen läßt, daß der Übersetzer Vorbehalte gegen die herkömmliche Auslegung hat. Ob die Entscheidung sprachlich haltbar ist, ist eine andere Frage. Abgesehen davon scheint die Übersetzung auf der Linie des Scholiasten (und Mommsens) zu liegen: Der Sohn kann zu keinem Zeitpunkt gegen den Vater klagen, weil er in dessen Gewalt steht.

3 Eine spanische Übersetzung (1972)

"El hijo que es tutor no puede como tal tutor demandar a su padre antes de llegar el pupilo a la pubertad, porque, no habiendo terminado la tutela, tampoco se le puede exigir aquello, que él debe reclamar de su padre."²⁰

Auch die spanischen Übersetzer haben sich mit der traditionellen Deutung von *propter hoc suum factum* nicht anfreunden können. Wiederum ist die Frage, ob ihre Version sprachlich haltbar ist. Inhaltlich kann man sie vielleicht so aufschlüsseln: Der Sohn kann als Vormund keine Forderung des Mündels gegen seinen Vater einklagen, weil er während der Vormundschaft auch nicht für das zur Verantwortung gezogen werden kann, was er (für das Mündel) von seinem Vater fordern muß. Sicher erkennbar ist aber nur, daß die Übersetzer sich an der Emendation Bonfantès orientiert haben: *necdum finita tutela*. Außerdem steht der Schlußpassus ("was er von seinem Vater fordern muß") nicht in der Vorlage. Im übrigen ist man auf Spekulationen angewiesen.

4 Eine weitere englische Übersetzung (1985)

"A son who is tutor cannot sue his father for what he himself has done before puberty because even after the tutelage is over the claim cannot be made."²¹

Hier ist wieder *hoc suum factum* als Handlung des Sohnes verstanden. Im übrigen folgt die Übersetzung dem justinianischen Text, ohne freilich eine vertiefte Beschäftigung mit der Quelle erkennen zu lassen. Man könnte auch hier daran denken, daß der Sohn nicht klagen kann, weil er in väterlicher Gewalt steht.

20 A. D'Ors/F. Hernandez-Tejero/P. Fuenteseca/M. Garcia-Garrido/J. Burillo (Hrsg.), *El digesto de Justiniano, Tomo II, Libros 20-36*, (Pamplona, 1972).

21 A. Lewis, in: A. Watson (Hrsg.), *The Digest of Justinian. English Translation, Vol.I,I* (Philadelphia, 1985).

5 Die niederländische Übersetzung (1997)

"Overigens kan een [gezagsonderworpen] zoon die voogd is, vóór de volwassenwording [van zijn pupil] wegens een dergelijke door hemzelf gepleegde daad geen [noxale] actie tegen zijn vader instellen, omdat het ook niet mogelijk is het desbetreffende geldbedrag na de beëindiging van de voogdij van de zoon te innen."²²

Der niederländische Übersetzungsvorschlag überrascht einmal dadurch, daß *hoc suum factum* über das traditionelle Verständnis als pflichtwidrige Handlung hinaus zu einem Delikt des gewaltunterworfenen Vormunds dem Mündel gegenüber gesteigert ist und daß der Passus "wegen einer derartigen von ihm selbst verübten Tat" gewissermaßen vom Himmel fällt, ohne daß im Kontext ein Bezug erkennbar ist, den man erwarten möchte. Problematisch ist ferner die Annahme, Paulus habe den Gedanken abwehren wollen, es könne eine Deliktsklage des Mündels gegen den Gewalthaber des Vormunds in Betracht kommen, die der Vormund, also der Täter, im Namen des Mündels gegen den Gewalthaber erhebt und die auf *noxae deditio* des Täters, also wiederum des Vormunds, gerichtet ist. Das wird man nicht ernst nehmen können, ebenso wenig wie die Deutung des Schluß-*hoc* als "diesbezüglichen Geldbetrag". Immerhin wird die 2. Hälfte des justinianischen Textes im Rahmen der Schlußvariante B insoweit respektiert, als auch nach Beendigung der Vormundschaft nicht geklagt werden kann. Man meint bei allem das Bemühen zu verspüren, einerseits den überlieferten Text zu retten und andererseits die Konsequenz zu vermeiden, der Vormund könne nach Beendigung der Vormundschaft nicht mit der *actio tutelae* belangt werden.

6 Die neue deutsche Übersetzung

"Es kann aber der Sohn wegen einer derartigen schädigenden Handlung, die er selbst begangen hat, in seiner Eigenschaft als Vormund gegen seinen Vater nicht klagen, ehe die Mündigkeit [des Mündels] eingetreten ist, weil dies, da die Vormundschaft noch nicht beendet ist, auch bei ihm [dem Sohn] nicht eingeklagt werden kann."²³

Diese Übersetzung teilt mit der niederländischen die überraschende Wendung "wegen einer derartigen schädigenden Handlung" und liegt mit der

22 L. de Ligt u. E. Slob, in: J.E. Spruit/R. Feenstra/K.E.M. Bongenaar (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, IV, Digesta XXV - XXXIV*, ('s-Gravenhage, 1997); eckige Klammern im Original.

23 R. Knütel, in: O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H.H. Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, IV, Digesten 21 - 27*, (Heidelberg, im Druck).

Schlußvariante B in der Sache auf der Linie von Lenel und Bonfante; formal folgt sie der Emendation Bonfantes. Wie dort, ist auch in der Übersetzung nicht recht ersichtlich, wie das Schluß-*hoc* = "dies" und *exegi* = "eingeklagt werden" mit der "schädigenden Handlung" im ersten Halbsatz in Übereinstimmung gebracht werden sollen.

7 Zusammenfassung

Der Überblick hat gezeigt, daß sich die Übersetzungen mit Fragment 12 schwer tun, sich schwer durchschauen lassen, teilweise mit Interpolationsannahmen arbeiten und untereinander höchst kontrovers sind, vergleichbar dem Fazit, das man aus den vorausgehenden Abschnitten IV – VII ziehen kann. Ein betrübliches Bild! Ob ihm abgeholfen werden kann? Wir wollen es versuchen und eine weitere Facette hinzufügen – in jedem Fall eine neue.

IX Lösungsvorschlag

1 Vorüberlegungen

(a) Läßt man die Geschichte der Auslegungen und Übersetzungen unserer Stelle Revue passieren, so fällt neben der Fülle der divergierenden Auffassungen, die letztlich so rätselhaft sind wie die Quelle selbst, eine charakteristische Einseitigkeit auf: Abgesehen von zwei Übersetzungen²⁴ gehen alle Übersetzungs- und Interpretationsversuche von dem wie selbstverständlich vorausgesetzten Sinn der Worte *hoc suum factum* in der 1. Texthälfte von Fragment 12 aus: ein pflichtwidriges Verhalten des Vormunds. Ferner: Soweit es von dieser Voraussetzung her als Problem empfunden wird, wie der Rechtssatz der 1. Texthälfte mit dem Begründungssatz der 2. Hälfte in Übereinstimmung zu bringen ist, richten sich textkritisch sensible Bemühungen darauf, die 2. Texthälfte unter einschneidenden Interpolationsannahmen (und unter Verzicht auf die *lectio difficilior*) der 1. Texthälfte anzupassen.

Ein solches Vorgehen erscheint aus mehreren Gründen fragwürdig. Erstens und von vornherein eben wegen seiner Einseitigkeit und damit wegen der mangelnden Bereitschaft, umgekehrt zu fragen, ob es nicht gerade das bisherige Verständnis von *hoc suum factum* ist, das einer befriedigenden Auslegung der 2. Texthälfte, die ohne Korruptelverdacht auskommt, im Wege steht. Zweitens deswegen, weil nach dem gegenwärtigen Stand der Quellenmethodologie bei Annahme einer Textveränderung "eine handfeste

Motivierung" nachzuweisen ist.²⁵ Einen solchen Nachweis ist bisher nicht geführt worden (es ist freilich auch nicht ersichtlich, wie er geführt werden könnte). Schließlich ist drittens die übliche Annäherung an Fragment 12 deshalb fragwürdig, weil mit dem demonstrativen *hoc suum factum* ein Fehlverhalten des Sohnes eingeführt würde, von dem man eigentlich erwarten möchte, es sei von ihm vorher die Rede gewesen; das ist aber nicht der Fall. Das Unbehagen über dieses letzte Defizit lassen die beiden erwähnten Übersetzungen erkennen, die als einzige den ausgetretenen Pfad der Deutung von Fragment 12 zu verlassen suchen.

(b) Im Rahmen des traditionellen Interpretationsansatzes ist vorausgesetzt, Paulus habe der Auffassung entgegentreten wollen, der als Vormund tätige Sohn könne wegen eines eigenen Fehlverhaltens im Namen des Mündels gegen seine Vater während der Vormundschaft klagen (etwa mit der *actio tutelae de peculio*). Die Annahme einer solchen Auffassung muß sich den Verdacht gefallen lassen, die Annahme eines aus Auslegungsnot geborenen reinen Konstrukts zu sein. Denn die Quellen lassen auch nicht andeutungsweise erkennen, die *actio tutelae* und damit auch die *actio tutelae de peculio* seien jemals anders gewährt worden als nach beendeter Vormundschaft. Folglich lassen sich eine gegenteilige Auffassung und deren Abwehr schwerlich als Interpretationsrahmen heranziehen.²⁶

Zusätzlich mutet es juristisch ziemlich befremdlich an, ein römischer Jurist könne ernsthaft erwogen haben, dem Sohn zu gestatten, als Vormund wegen einer eigenen Pflichtwidrigkeit im Namen des geschädigten Mündels gegen den Vater zu klagen. In welche Aporien das führt, zeigt der Gedanke an die Noxalklage der niederländischen Übersetzung.

(c) Es ist oben auf den Zusammenhang hingewiesen worden, der sich bei der Lektüre von Fragment 12 zwischen *hoc suum factum* und dem Schluß-*hoc* aufdrängt: Das *hoc suum factum*, weswegen der Sohn vor der Mündigkeit des Mündels nicht gegen seinen Vater klagen kann, wäre demnach identisch mit dem, was auch nach Beendigung der Vormundschaft nicht eingeklagt werden kann. Diesen Gedanken sucht man in der Auslegungsgeschichte unserer Stelle regelmäßig vergebens, verständlicherweise vergebens, da sich von *hoc suum factum* im herkömmlichen Verständnis (ein Fehlverhalten des Sohnes als Vormund) eine Brücke zum Schluß-*hoc* nicht schlagen läßt. Lenel hat das

24 Oben VIII 2 und 3.

25 M. Kaser (o. Fn. 3), S. 83; vgl. auch S. 108.

26 Siehe oben (bei) Fn. 6; vgl. auch die Glosse oben V.

zutreffend erkannt und in seiner Emendation das Schluß-*hoc* gestrichen.²⁷ Doch auch hier bleibt zu überlegen, ob nicht umgekehrt das Schluß-*hoc* zu konservieren und statt dessen das traditionelle Verständnis von *hoc suum factum* in Frage zu stellen ist.

(d) Schließlich und nicht zuletzt: der schwierige Paulus. Es ist eingangs von ihm die Rede gewesen, und daß Paulustexte dem modernen Leser (und nicht nur ihm) immer wieder besondere Verständnisschwierigkeiten machen und gemacht haben, ist anerkannt. Wenn freilich einmal ein solcher Text begegnet, scheint gleichwohl eher die Neigung zu bestehen, ihn über den juristischen Durchschnittsleisten zu schlagen und ihn von daher zurechtzustutzen. Demgegenüber kann der bloße Hinweis auf den "dunklen" Paulus allein sicherlich kein Argument sein, doch als Argument im Verein mit anderen hat die Eigenart des Paulus ihren spezifischen Stellenwert und Anspruch darauf, in Rechnung gestellt zu werden.

2 Interpretation: Systematischer Zusammenhang

(a) Unter dem Begriff systematischer Zusammenhang soll hier nur die Selbstverständlichkeit verstanden werden, daß die Kompilatoren bei der Anordnung der Fragmente auch fragmentübergreifende Einzelfragen im Blick gehabt haben. Mit Recht druckt deshalb Lenel in der *Palingenesie* unser Paulusfragment (Nr. 37) zusammen mit dem voraufgehenden Ulpianfragment *Digesten* 27,3,11 (35 *ad ed*) ab:

Si filius familias tutelam administraverit, deinde fuerit emancipatus, remanere eum tutorem Iulianus ait et cum pupillus adoleverit, agendum cum eo eius quidem temporis, quod est ante emancipationem, in quantum facere potest, eius vero, quod est post emancipationem, in solidum, cum patre vero dumtaxat de peculio. manere enim adversus eum etiam post pubertatem de peculio actionem. neque enim ante annus cedit, intra quem de peculio actio datur, quam tutela fuerit finita.

Zu Deutsch:

Führt ein Haussohn die Vormundschaft und wird er dann aus der Hausgewalt entlassen, so bleibt er Vormund, wie Julian sagt, und wenn das Mündel mündig geworden ist, müsse es gegen ihn für die Zeit vor der Entlassung aus der Hausgewalt auf das klagen, was er zu leisten imstande ist, für die Zeit nach der Entlassung aus der Hausgewalt

27 Oben nach Fn. 15. Vgl. schon oben III 2 (c).

dagegen auf das Ganze, gegen den Vater jedoch mit der Beschränkung auf das Sondergut. Die Klage wegen des Sonderguts bleibe gegen den Vater sogar nach Eintritt der Mündigkeit [des Mündels] erhalten. Das Jahr, innerhalb dessen die Klage wegen des Sonderguts gewährt wird, läuft nämlich erst, wenn die Vormundschaft beendet ist.

Anschließend folgt Fragment 12. Man kann sich ungefähr denken, was Lenel aus seiner Sicht der kompilatorischen Anordnung der Fragmente im Sinn gehabt haben mag: In Fragment 11 wird für einen differenzierten Fall der Klage respective der Haftungsschutz des Mündels ausführlich erörtert, in Fragment 12 folgt dann, auf Fragment 11 bezogen, eine weitere Regelung für das Problem einer Fallvariante, in welcher der Sohn respective Vormund durch sein pflichtwidriges Verhalten (*hoc suum factum*) eine Haftung gegenüber dem Mündel auslöst.

(b) Schon in den Vorüberlegungen ist bezweifelt worden, ob mit dieser Deutung die Intention der Kompilatoren und der Gedanke des Paulus zutreffend erfaßt sind. Meine Überlegungen über die Zusammenhänge zwischen Fragment 11 und Fragment 12 gehen in der Tat in eine ganz andere Richtung. Sie gehen von der Beobachtung aus, daß Fragment 11 von einem Vormund handelt, der Haussohn ist und ein *peculium* (Sondergut) hat und der schließlich ein Haussohn/Vormund ist, der während der Vormundschaft aus der Hausgewalt entlassener wurde; ferner von der Beobachtung, daß das mündige Mündel mit der *actio tutelae de peculio* gegen den Vater des Sohnes/Vormunds auf das *peculium* zugreifen kann. Die Fragen, die sich hier für Fragment 12 ergeben, sind aus meiner Sicht, wie sich, auf der einen Seite, das Verhältnis des emanzipierten Haussohnes/Vormunds zu seinem *peculium* darstellt (unten IX 3) und wie, auf der anderen Seite, im Hinblick auf das *peculium* das Verhältnis des Vormunds zum Mündel respective zum mündigen Mündel (unten IX 4).

3 Interpretation: Der emanzipierte Haussohn und sein *peculium*

(a) Für diese Frage beziehe ich mich auf Hilfstexte wie

(i) Florentin *Digesten* 15,1,39 (11 *inst.*):

Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit;

(ii) Paulus *Digesten* 15,1,53, 1. Hälfte (11 *quaest.*):

Si Stichus peculium cum manumitteretur ademptum non est, videtur concessum;

(iii) *Institutionen* 2,20,20 (Auszug):

Peculium autem nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur: et ita divi Severus et Antoninus [Caracalla] rescripserunt.

(b) Ausgewertet ergibt sich:

(i) Aus den beiden ersten der angeführten Texte folgt und läßt sich folgern:

Das *peculium* eines Sklaven ist wie ein Eigenvermögen des Sklaven (*D.* 15,1,39). Insofern wird, wie Paulus sagt, angenommen, das *peculium* sei dem freigelassenen Sklaven vom Freilasser – stillschweigend – überlassen,²⁸ wenn es ihm bei der Freilassung nicht entzogen wurde (*D.* 15,1,53). Es heißt eine romanistische Binsenwahrheit aussprechen, daran die Feststellung zu knüpfen, die Stellung des Haussohnes respective des aus der Hausgewalt entlassenen Haussohnes zu seinem *peculium* entspreche der Stellung des Sklaven respective des freigelassenen Sklaven zu seinem *peculium*.²⁹ Auch das *peculium* des Haussohnes ist also wie ein Eigenvermögen des Haussohnes; auch das *peculium* des Haussohnes ist dem aus der Hausgewalt entlassenen Sohn vom Vater stillschweigend überlassen, wenn es ihm bei der Emanzipation nicht entzogen wurde.³⁰

(ii) Komplexer verhält es sich mit dem dritten Text (*Inst.* 2,20,20), der aber einen wichtigen Schritt weiter führt. Gemeinhin versteht man die Quelle so:³¹

Das Sondergut wird dem freigelassenen Sklaven jedoch nur dann geschuldet, wenn es ihm vermacht ist, obschon es genügt, daß der Erblasser, wenn er zu seinen Lebzeiten den Sklaven freiläßt, ihm das

28 *Tacite concessum*, wie es Diokletian und Maximian C. 7,23 (a. 294) heißt.

29 Vgl. Kaser (o. Fn. 6), S. 64, 114, 287; Haussohn wird im folgenden immer statt Hauskind verwendet.

30 Vgl. dazu Papinian *Fragmenta Vaticana* 260. Entzogen werden konnte dem Haussohn das *peculium* anscheinend nur aus wichtigem Grund; M. Kaser (o. Fn. 6), S. 287.

31 Die folgende Übersetzung nach H.H. Seiler, in O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H.H. Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung I, Institutionen*, 2. Aufl., (Heidelberg, 1997). Vgl. auch die niederländische Übersetzung: von J.E. Spruit und K.E.M. Bongenaar, in: J.E. Spruit/R. Feenstra/K.E.M. Bongenaar (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, I, Instituten* ('s-Gravenhage, 1993).

Sondergut nicht wegnimmt. Und so haben die vergöttlichten Kaiser Septimius Severus und Antoninus [Caracalla] auf Anfrage entschieden.

Ob diese Übersetzung insgesamt Zustimmung verdient, ist zweifelhaft. Dem Verständnis der 1. Texthälfte ist hinzuzufügen, daß der freigelassene Sklave ein testamentarisch freigelassener ist.³² Also: Einem testamentarisch Freigelassenen wird das *peculium* nur dann geschuldet, wenn es ihm vermacht worden ist (es könnte ja auch der Erbe als Begünstigter in Betracht kommen). Ferner und vor allem sei hervorgehoben, daß die Schuld auf der förmlichen Verfügung des Erblassers (Damnationslegat) beruht.

Wie liegen demgegenüber die Dinge bei der Freilassung des Sklaven zu Lebzeiten des Freilassers (2. Texthälfte)? Hier kommt dem Freigelassenen als dem potentiell einzigen Begünstigten das *peculium*, sofern es ihm nicht entzogen wird, bereits mit der Freilassung zu, also ohne einen besonderen, förmlichen Zuwendungsakt. Und wie kommt es ihm zu? Irgendwie, denn anscheinend wird nicht gesagt, wie es ihm genau (das heißt: rechtlich) zukommt. Zur Frage, die sich von der 1. Texthälfte her anbietet: ob das *peculium* dem Freigelassenen vielleicht geschuldet wird, hätte sich also die Quelle anscheinend nicht geäußert.

Meiner Meinung nach trägt der Schein. Der Text ist durchaus beredt, wenn man sich kritisch der Frage zuwendet, worauf *quamvis sufficit* bezogen ist. Wofür "reicht es aus", wenn der Freilasser zu seinen Lebzeiten den Sklaven freiläßt, ohne ihm das *peculium* zu entziehen? Natürlich dafür, daß das *peculium* dem Freigelassenen zusteht, daß es an ihn geht, lautet die (stereotype) Antwort.³³ Eine solche Antwort ist als allgemeine, wenn auch pauschale Antwort plausibel; sie ist indes, da der Freigelassene die Gegenstände des *peculium* nicht automatisch erwirbt,³⁴ juristisch unergiebig (und wäre für einen Text aus der Kanzlei der Severer wohl auch ungewöhnlich). Juristisch unergiebig ist die Antwort aber aus meiner Sicht deswegen, weil sie *in casu* den Kontext nicht voll ausschöpft, weil sie insbesondere einen bestimmten, sprachlich präzisen Bezug des Nebensatzes (zu Lebzeiten des Freilassers freigelassener Sklaven) zum Hauptsatz (testamentarisch freigelassener Sklaven) vernachlässigt. Das heißt:

32 Vgl. etwa A. Vinnius, *In quatuor institutionum imperialium commentarius* (ed. J.G. Heineccius, Venedig, 1768, Bd. 1, S. 480, l. Sp.).

33 Vgl. die Übersetzung (oben bei Fn. 31) und A. Vinnius, wie vorige Fn.: *At eum qui inter vivos manumittitur, placet peculium sequi.*

34 Soweit der Freigelassene im Besitz von Sachen des *peculium* war, kam für ihn Ersitzung

Bezieht man (so der Vorschlag hier) die Entgegensetzung, die mit dem konzessiven *quamvis sufficit* des Nebensatzes gegeben ist, auf die Aussage *non debetur* des Hauptsatzes, dann ergibt die Verknüpfung den Sinn, daß dem *non debetur* des Hauptsatzes im Fall des Nebensatzes – gedanklich – ein *debetur* entgegengesetzt ist. Mit diesem *debetur* wäre demnach auf die durch *sufficit* hervorgerufene Frage zu antworten, wofür es "ausreicht", wenn der Freilasser zu seinen Lebzeiten den Sklaven freiläßt, ohne ihm das *peculium* zu entziehen: nämlich dafür, daß das *peculium* geschuldet wird. So gesehen, ergibt sich für *Institutionen* 2,20,20 folgendes Gesamtergebnis:

Einem (testamentarisch) freigelassenen Sklaven wird das *peculium* nicht geschuldet, es sei denn, es ist ihm vermacht worden, obschon es dann, wenn der Freilasser zu seinen Lebzeiten einen Sklaven freiläßt (dafür, daß dem Freigelassenen das *peculium* geschuldet wird), ausreicht, wenn das *peculium* nicht entzogen wird. Paraphrasierend auf den juristischen Punkt gebracht, läßt sich sagen: Während im Fall der testamentarischen Freilassung das *peculium* nicht schon durch die testamentarische Freilassung geschuldet wird, sondern nur, wenn es – förmlich – vermacht worden ist, wird im Gegensatz dazu das *peculium* schon durch die Freilassung zu Lebzeiten des Freilassers geschuldet, wenn es – formlos – nicht entzogen worden ist. Es bedarf hier nicht wie dort eines besonderen, förmlichen Zuwendungsaktes, um die Schuld zu begründen.³⁵

Von diesem Ergebnis – wenn denn mit ihm das Richtige getroffen ist – muß der Teil, der den zu Lebzeiten freigelassenen Sklaven mit *peculium* betrifft, aus den bekannten Gründen einer parallelen Struktur³⁶ auch für den Haussohn mit *peculium* gegolten haben, der aus der Hausgewalt entlassen wird. Auch dem Haussohn wird mit der Emanzipation das *peculium* geschuldet, sofern es ihm nicht entzogen worden ist.³⁷ Des weiteren ergibt sich, gewissermaßen aus der Natur der Sache: Geschuldet wird das *peculium* im Fall des emanzipierten Sohnes vom Vater (im Fall des zu Lebzeiten des Freilassers freigelassenen Sklaven vom Freilasser). Das bedeutet prozessual, daß der Sohn es von seinem Vater einklagen kann. Dieser prozessuale Aspekt ist für das Folgende von besonderer Bedeutung.³⁸

(*pro donato*) in Betracht; siehe Papinian *Fragmenta Vaticana* 261 und, für den emanzipierten Haussohn, 260. Vgl. noch im folgenden und unten (b) (iii).

35 Vgl. auch alsbald unter (b)(iii).

36 Oben (bei) Fn. 30.

37 Vgl. noch unten (b)(iii).

38 Unten IX 4.

(iii) Die vorstehenden Überlegungen verlangen noch einige zusätzliche Bemerkungen, bevor wir uns wieder der Paulusinterpretation zuwenden.

Auch die Tatsachen, die unterstellt werden dürfen: daß nämlich von den Gegenständen des *peculium* im Augenblick der Freilassung nicht immer alle und vielleicht sogar regelmäßig überwiegend nicht alle einem unproblematischen Zugriff des Freigelassenen ausgesetzt waren,³⁹ sprechen für eine Lage, in welcher der zu Lebzeiten des Freilassers mit *peculium* freigelassene Sklave danach trachten mußte, Gegenstände des *peculium* aus dem Herrschaftsbereich des Freilassers an sich zu bringen, wenn sie ihm nicht freiwillig überlassen wurden. Insofern solche Tatsachen vorausgesetzt werden dürfen, darf auch vorausgesetzt werden, es sei mit der Zeit als unbefriedigend empfunden worden, daß in diesem Fall gegenüber dem Patron ein Rechtsschutz nicht gegeben war, der im Fall des testamentarisch freigelassenen Sklaven, dem das *peculium* durch Damnationslegat vermacht wurde, gegenüber dem Erben des Patrons ohne weiteres und sogar nach *ius civile* gewährt wurde. So jedenfalls könnte man sich die Entwicklung zu einer Angleichung denken. Und vielleicht ist die *Institutionenstelle* 2,20,20 mit ihrem Hinweis auf ein (nicht überliefertes) Reskript der Kaiser Septimius Severus und Caracalla ein Indiz dafür, daß letztlich die Kaisergesetzgebung für die Entscheidung ursächlich war, die ungleiche Rechtslage zu korrigieren und auch dem zu Lebzeiten des Freilassers freigelassenen Sklaven unbeschadet des dem Patron gebührenden Respekts einen Anspruch auf (unentgeltliche) Überlassung der Gegenstände des *peculium* zu gewähren⁴⁰ – einen Anspruch, der dann *mutatis mutandis* auch dem emanzipierten Haussohn zur Verfügung gestanden hätte.

Ein solcher schuldrechtlicher Anspruch wäre damit das Pendant zu der in den spätklassischen Quellen einwandfrei überlieferten Ersitzung (*pro donato*) gewesen, die dem freigelassenen Sklaven und dem aus der Hausgewalt entlassenen Sohn – beide werden in einem Atemzug genannt – bei Sachen, die sich bereits in ihrem Besitz befanden, zugute kam.⁴¹ Insgesamt möchte man in solcher Rechtsentwicklung das Bestreben erkennen, die mit der Freilassung respective der Entlassung aus der Hausgewalt gebotene Anerkennung des *peculium* als rechtliches (Eigen-) Vermögen des Freigelassenen respective des aus der Hausgewalt Entlassenen voranzutreiben.

39 Siehe nur, für den emanzipierten Haussohn, die Konstellation *D.* 27,3,11, oben IX 2 (*adde* Papinian *D.* 26,7,37,2 [11 *quaest*]); vgl. ferner unten IX 4.

40 Wie der Anspruch inhaltlich näher beschaffen war (etwa im Vergleich zum Vermächtnisanspruch), kann hier nicht weiter verfolgt werden.

41 Vgl. oben Fn. 34.

Mit diesen Bemerkungen geht es zum systematischen Zusammenhang von Fragment 11 und Fragment 12 zurück.

4 Interpretation: Konkurrenz zwischen mündigem Mündel und emanzipiertem Haussohn/Vormund

(a) Meines Erachtens betrifft Fragment 12, in Verbindung mit Fragment 11 gesehen, die Frage, wer auf das *peculium*, das Sondergut, zugreifen kann: das mündige Mündel, dessen Recht in Fragment 11 zur Sprache kommt (*actio tutelae de peculio*), oder der emanzipierte Haussohn/Vormund, von dem Fragment 12 handelt. Im einzelnen und thesenartig bedeutet das:

(i) Der Sohn ist gewaltfrei.⁴² Dieser Status des Sohnes mag bereits deswegen als selbstverständlich vorausgesetzt werden dürfen, weil Fragment 12 im Unterschied zu Fragment 11 von vornherein nur von *filius* spricht (den Zusammenhang, in welchem Fragment 12 bei Paulus stand, kennen wir nicht). Orientiert man sich weiter an Fragment 11, so ist der Sohn während der Vormundschaft aus der väterlichen Gewalt entlassen worden. Einen Einfluß auf seine Stellung als Vormund hat die Emanzipation nicht.

(ii) Der Haussohn hat ein *peculium*, das ihm bei der Entlassung aus der Hausgewalt nicht entzogen worden ist. Dafür spricht in Fragment 11 die (ausgiebige) Erörterung der *actio tutelae de peculio*, in Fragment 12, daß das Gegenteil wohl gesagt worden wäre, wenn es denn richtig ist, daß nach den gesellschaftlichen Anschauungen ein Hausvater dem Hauskind nur aus zwingenden Gründen (die hier nicht ersichtlich sind) das *peculium* entziehen konnte.⁴³

(iii) Mit der Entlassung aus der Hausgewalt wird das *peculium* dem Sohn von seinem Vater geschuldet.⁴⁴ Der 1. Satzhälfte von Fragment 12 liegt mithin unausgesprochen zugrunde, daß der Sohn in der Zeit, während er noch Vormund ist (*ante pubertatem*), gegen seinen Vater auf das ihm geschuldete *peculium* klagen will. Es geht also in Fragment 12 um eine Klage des Sohnes aus eigenem Recht, nicht um eine *actio tutelae de peculio* des Sohnes als Vormund.⁴⁵ Eine solche wäre während der Vormundschaft von vornherein auch ausgeschlossen, was man als einhellige, nicht diskussionswürdige Meinung

42 Vgl. oben III 1 (a)(i).

43 Vgl. oben Fn. 30.

44 Oben IX 3 (b)(ii) und (iii).

45 Vgl. oben III 1 (a)(ii).

unter den römischen Juristen voraussetzen darf⁴⁶ (ganz abgesehen von dem *in casu* fragwürdigen Gehalt, den man der Klage gewöhnlich zuschreibt).

(iv) Indes, der Sohn, der gegen den Vater auf das *peculium* klagen will, ist Vormund. Damit kollidiert sein Anspruch auf das *peculium* mit den Interessen des Mündels. Ausweislich Fragment 11 gilt ja, daß dem Mündel, nachdem es mündig geworden ist, die *actio tutelae* nicht nur gegen den Sohn, den früheren Vormund, zusteht, sondern als *actio tutelae de peculio* auch gegen den Vater. Es gibt folglich

(v) ein Konkurrenzproblem, nämlich:

Kann der Sohn, worauf er eigentlich ein Recht hat, nach Emanzipation und vor Mündigkeit des Mündels das *peculium* vom Vater verlangen, also in der Zeit, in der zwar er eine Klage, nicht aber das Mündel eine Klage wegen des *peculium* gegen den Vater erheben könnte? Mit der Folge, daß eine Klage des mündigen Mündels auf das *peculium* ins Leere ginge?

Oder gebührt dem früheren Mündel aus dem notorischen Gedanken besonderer Schutzwürdigkeit⁴⁷ der V o r r a n g vor dem Sohn, seinem früheren Vormund? Mit der Folge, daß es mit der *actio tutelae de peculio*, die (ein Jahr lang) nach Mündigkeit gegeben ist, auf das *peculium* zugreifen kann, während der konkurrierende Sohn mit seinem Recht ausgeschlossen ist und im Interesse des (mündigen) Mündels folgerichtig ausgeschlossen ist mit Wirkung schon für die Zeit vor der Mündigkeit, in der nur ihm, dem Sohn, nicht dem Mündel eine Klage auf das *peculium* zusteht?

(vi) Letzteres ist, wenn ich richtig sehe, die Auffassung des Paulus:

Der [gewaltfreie] Sohn kann in der Zeit, in der er Vormund ist, im Hinblick auf das *peculium*⁴⁸ nicht gegen seinen Vater klagen, weil es von ihm [seitens des Sohnes] auch nicht nach Beendigung der Vormundschaft⁴⁹ eingeklagt werden kann.

Mit anderen Worten: Zu der Entscheidung, wonach der gewaltfreie Sohn während der Vormundschaft nicht gegen den Vater klagen kann (1. Texthälfte), wird von Paulus nicht gesagt, daß der Sohn wegen eines Vorrangs des Mündels nicht klagen kann; denn in der Zeit vor Mündigkeit (*ante pubertatem*)

46 Siehe die Quellen oben Fn. 6.

47 Siehe Paul. *D.* 26,1,1pr. (38 *ad ed.*): *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

48 Respective *hoc suum factum*; dazu alsbald unter (ix).

hat nur der Sohn eine Klage auf das *peculium*, nicht das Mündel. Der begründungsrelevante Gedanke des (zurückwirkenden) Vorrangs wird vielmehr an die Lage nach Mündigkeit geknüpft, wenn auch dem früheren Mündel eine Klage auf das *peculium* zusteht, und kommt schlüssig dadurch zum Ausdruck, daß Paulus die mit dem Ende der Vormundschaft bestehende Konkurrenz der beiden Klagberechtigungen zum Nachteil des Sohnes entscheidet (2. Texthälfte). Noch einmal an der Quelle entlang formuliert: Der Sohn kann vor Mündigkeit (wenn ihm allein eine Klage zusteht) nicht gegen den Vater klagen, "weil auch nicht nach Beendigung der Vormundschaft" (wenn nämlich die Klage des Sohnes und die des Mündigen auf das *peculium* zusammentreffen/zusammentreffen würden) seitens des Sohnes geklagt werden kann.

Solche Entscheidung im Medium des Falles ist gewiß gut römisch. Und wegen der Art der Argumentation im übrigen, die dem modernen Leser vielleicht eigenwillig erscheinen mag, wird man mit Paulus schwerlich rechten können (es sei denn um den Preis, Textkorruptelen zu postulieren, die nicht begründet werden können). Auch ist auf die Weise der vorstehenden Interpretation, die der 2. Texthälfte von Fragment 12 ihren Begründungswert zurückgibt, den Mommsen von seinem Standpunkt aus vermissen mußte,⁵⁰ (vorgreifend)

(vii) das Schluß-*hoc* ins Lot gekommen:⁵¹ es verweist auf das *peculium*, von dem eingangs (*hoc suum factum*) die Rede ist. Ebenso hat sich

(viii) geklärt, was mit *ab eo* (= von ihm) gemeint ist:⁵² seitens des Sohnes kann das *peculium* nicht eingeklagt werden (Schlußvariante A), nicht etwa: (von ihm =) bei ihm, beim Vater kann das *peculium* nicht eingeklagt werden; denn bei diesem kann es ja vom Mündigen mit der *actio tutelae de peculio* eingeklagt werden. Neben der Sache liegt demnach der Perspektivenwechsel mit der Schlußvariante B (Verhältnis des mündigen Mündels zum Vormund), den man bisher – unter Transformation des justinianischen Textes in sein Gegenteil – regelmäßig angenommen hat.

(ix) Es bleibt der "dunkle" Paulus: *propter hoc suum factum*.⁵³

Meiner Meinung nach bezeichnet Paulus mit *suum factum* das *peculium*, wie es sich nach Lage der Sache darstellt: *suum* als Substantiv und *factum* im Sinn

49 Vgl. oben III 2 (b).
 50 Oben VI.
 51 Vgl. oben III 2 (c).
 52 Vgl. oben III 2 (d).
 53 Vgl. oben III 1 (b).

von "gemacht worden". Also *propter suum factum*: im Hinblick auf das, was Sein gemacht worden ist, oder kürzer (und deutsch): im Hinblick auf das, was das Seine ist, im Hinblick auf das Seine.

Paulus scheint sich mit solcher Umschreibung sprachlich und sachlich wieder auf eine Weise zu äußern, die ihn bei den Nachfahren berührt – berührt gemacht hat, und die anscheinend in Widerspruch zu der Tatsache steht, daß das *peculium* nur wie ein Eigenvermögen des Gewaltunterworfenen ist. Aber in meinen Augen hat der Dogmatiker Paulus seine Worte mit Bedacht und deswegen so gewählt, weil bei einem aus der Hausgewalt entlassener Sohn, dem das *peculium* nicht entzogen worden ist und der mit der Emanzipation ein Recht auf das *peculium* hat – es wird ihm vom Vater einklagbar geschuldet – das *peculium* nicht mehr als *peculium* im üblichen Verständnis von *peculium* angesehen werden kann. Vielmehr hat das Sondergut in seiner Anerkennung als Eigenvermögen einen entscheidenden Schritt von der bloß gesellschaftlichen Anerkennung zur rechtlichen, hier: schuldrechtlichen Anerkennung getan.⁵⁴ Paulus zieht daraus auch juristisch-begrifflich die Konsequenzen für den emanzipierten Haussohn: *suum factum*. Indem der Sohn einen Anspruch auf das *peculium* hat, ist es das Seine geworden. Es gebührt ihm wie sonst einem Gläubiger die geschuldete Leistung gebührt (unbeschadet dessen, daß ihm *in casu* aus Gründen des Mündelschutzes verwehrt ist, seinen Anspruch geltend zu machen).⁵⁵ Paulus knüpft mit *suum (factum)* an eine Terminologie an, wonach generell von dem, was einem Gläubiger geschuldet wird, gesagt wird, es sei *suum*, es sei das Seine.⁵⁶

So gesehen, entpuppen sich die Hürden, die den "dunklen" Paulus konstituieren, als sorgfältige juristische Einordnung einer neuen Sachlage.

(x) Ein zusätzliches Wort verlangt das *hoc suum factum*, das demonstrative *hoc*, das einen Bezug zu etwas ausdrückt, das "im Vorhergehendem

54 Zur sachenrechtlichen Seite (Ersitzung) oben Fn. 34 und bei Fn. 40.

55 Auch wenn der Sohn wegen des Vorrangs seines Mündels nicht auf das *peculium* klagen kann, bleibt es ja bei den entscheidenden Voraussetzungen der Qualitätsveränderung des *peculium*: Entlassung des Sohnes aus der Hausgewalt, ohne daß ihm das *peculium* entzogen wurde. Auch verhält es sich anscheinend so, daß etwa eine *denegatio actionis* keine bindende Kraft hätte; vgl. M. Kaser/K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl. (München, 1996), S. 240, 258 mit Fn. 13. Auch deshalb mochte Paulus ohne weiteres sagen: *propter suum factum agere non potest*.

56 Vgl. etwa Ulpian *D.* 44,5,1,10 (76 *ad ed.*); Paul. *D.* 46,2,12 (31 *ad ed.*); Papinian *D.* 49,14,37 (10 *resp.*); Paul. *D.* 50,17,129 (21 *ad ed.*); ferner, im Anschluß daran und mit weiteren Belegen, B. Brissonius, *De verborum significatione, v. SUUM*, (ed. J.G. Heineccius/J.H. Böhmer, Halle und Magdeburg, 1743, Bd. 2, S. 1299): *SUUM consequi et recipere creditores, pro eo quod sibi debetur, consequi iurisconsulti eleganter dicunt*. Siehe auch Ulpian *D.* 42,8,6,6 (66 *ad ed.*): *Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recepit, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat*. Vgl. auch die Angaben bei Heumann/Seckel, s.v. *recipere*, 1 b.

bezeichnet“ worden ist⁵⁷ und das dem Verständnis besondere Schwierigkeiten macht, wenn man an eine pflichtwidrige Handlung des Vormunds denken soll;⁵⁸ von einer solchen war ja vorher nicht die Rede (woraus in den Übersetzungen gelegentlich auch Konsequenzen gezogen wurden). Das Problem erscheint jetzt nicht unerheblich entschärft, weil es in Fragment 11 um einen Haussohn geht, der aus der Hausgewalt entlassen wurde, und weil der Umstand, daß man auf einen Haussohn mit einem *peculium* schließen darf, das ihm bei der Emanzipation belassen wurde, den Schluß auf eine veränderte Rechtsqualität des *peculium* = *suum factum* erlaubt. Daran wird am Anfang von Fragment 12 angeknüpft: *hoc suum factum*. Gleichwohl bleiben Fragen.

Haben die Kompilatoren das *hoc* eingefügt, im Dienste ihrer "Systematisierung" von Fragment 11 und Fragment 12? Oder ist es authentisch und hatte es bei Paulus einen im Kontext (den wir nicht kennen) unmittelbar einleuchtenden Bezug auf das *peculium* gehabt, dessen sich die Kompilatoren nur bedient haben? Eine eindeutige Antwort läßt sich wohl nicht geben. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Kompilatoren eingegriffen haben, weil das *hoc* am Schluß auch ohne das *hoc* am Anfang einen sinnvollen Paulus ergibt (das Schluß-*hoc* kann als Akkusativ Objekt zu *exigi* emendatorisch schwerlich weggedacht werden, ohne die Authentizität der Aussage insgesamt zu gefährden). Für die Kompilatoren dagegen mochte es von Interesse sein, ein verbindendes *hoc* einzuschieben. Letztlich ist die Frage aber nicht interpretationserheblich.

(b) Abschließend sei vorsorglich der Einwand abgewehrt, der Verbleib des *peculium*, beim Vater des Vormunds oder beim Sohn/Vormund, hätte dem Mündigen gleichgültig gewesen sein können, da er gegenüber beiden klagberechtigt war. Faktisch konnte das Schicksal dieser Vermögenswerte ja sehr unterschiedlich sein, je nachdem sie sich bei dem einen oder bei dem anderen befanden. Um so wichtiger war es, den rechtlichen, normativen Rahmen für ihren Verbleib zu bestimmen.

X Schluß

Wir sind zum Schluß gekommen. Die Gedanken lösen sich von dem soeben Geschriebenen und gehen aus gegebenem Anlaß zurück in die 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts. Jenes Jahrzehnt brachte die Römischrechtler von Amsterdam mit dem Freund Hans Ankum nach Münster und die von Münster

57 Vgl. R. Klotz. *Handwörterbuch der lateinischen Sprache*, 3. Aufl., (Braunschweig, 1879) 1. Bd., S. 1689.

58 Vgl. oben III 1 (b).

mit Berthold Kupisch nach Amsterdam. Eine schöne, nicht vergessene Zeit! Nicht vergessen auch der Jubilar Eric Pool, der Mensch und der Romanist, der zur Freude aller immer dabei war. Ihm – inzwischen auch er ein Arbeiter im Weinberg der *Corpus iuris* - Übersetzung – ist die vorliegende Skizze (an der er vielleicht seinen Spaß hat) in freundschaftlicher Erinnerung gewidmet. Wolfgang Krüger – inzwischen Richter am deutschen Bundesgerichtshof – schließt sich allen Glückwünschen an.