



GERHARD THÜR  
**OPERA OMNIA**

<http://epub.oeaw.ac.at/gerhard-thuer>

Nr. 263 (Rezension / *Review*, 2007)

**Dieter Nörr, Römisches Recht: Geschichte und  
Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19. 1. 43.  
sq.) (=Bayerische Akademie der Wissenschaften, phil.-  
hist. Klasse, Sitzungsberichte, Jahrgang 2005, Heft 1)  
(München 2005)**

**Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZRG) RA 124,  
2007, 661–666**

© Böhlau Verlag GmbH & Co. KG (Wien) mit freundlicher Genehmigung  
(<http://www.savigny-zeitschrift.com/>)

Schlagwörter: *fideicommissum*

*Key Words:* fideicommissum

[gerhard.thuer@oeaw.ac.at](mailto:gerhard.thuer@oeaw.ac.at)  
<http://www.oeaw.ac.at/antike/index.php?id=292>

Dieses Dokument darf ausschließlich für wissenschaftliche Zwecke genutzt werden (Lizenz CC BY-NC-ND),  
gewerbliche Nutzung wird urheberrechtlich verfolgt.

*This document is for scientific use only (license CC BY-NC-ND), commercial use of copyrighted material will be prosecuted.*

Dieter Nörr, *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19.1.43 sq.)* (= Bayerische Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse, Sitzungsberichte, Jahrgang 2005, Heft 1). Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München 2005. 140 S.

Die anzuzeigende Monografie ist die erweiterte Fassung eines Vortrags, den Dieter Nörr am 3. Mai 2002 an der Bayerischen Akademie der Wissenschaften gehalten hat. Dass ein Vortrag zu einem Buch ausgebaut wird, ist nicht weiter auffällig. Bemerkenswert ist allerdings, dass die Schrift sich paradigmatisch mit einer einzigen Digestenstelle befasst. Exegese und Paradigma seien hier in knappen Worten gewürdigt.

In der kurzen Einleitung (I, 7f.), welche die „wohl längste Falldiskussion in den Digesten“ (S. 8) zunächst auf die Ebene einer „Alltagsgeschichte“ hinunterspielt, klingt bereits das Paradigma an, das römische Recht nicht „als Summe von Regeln, allenfalls von Institutionen zu begreifen“ (Anm. 2). Nicht nur der von Paulus im 5. Buch seiner *quaestiones* breit geschilderte Fall, sondern auch die Tatsache, dass hier gegensätzliche Meinungen der beiden einander sonst ignorierenden Juristen Ulpian und Paulus in einer Materie der kaiserlichen Rechtsetzung aufeinanderprallen, geben Nörr den Stoff für ein ganzes Buch vor.

Im Kapitel „Vorfragen“ (II, 9–19) soll einem breiteren, altertumswissenschaftlich interessierten Leserkreis das nötige Grundwissen nahegebracht werden, um den weiteren Ausführungen folgen zu können. Den Fachkundigen sei geraten, den letzten Aufsatz von Nörr<sup>1)</sup> zur Eviktionshaftung in dieser Z. zu verinnerlichen; seine Methode in familien- und erbrechtlichen Fragen hat er ebenfalls kürzlich demonstriert<sup>2)</sup>. So gewappnet treten wir gemeinsam mit dem Autor – den Regeln der klassischen Digestenexegese gemäß – in die Analyse des „Sachverhalts“ ein (III, 20–27). Spätestens jetzt greift man zu Anhang II (92–96), dem nach Sinneinheiten gegliederten Text von D. 19,1,43–45 mit verdeutlichender, sehr freier deutscher Übersetzung.

Die Fakten sind, kurz zusammengefasst, folgende: Titius hat durch Fideikommiss einer Seia die Sklaven Stichus, Pamphilus und Arescusa hinterlassen und Seia in gleicher Weise das Fideikommiss auferlegt, alle drei nach einem Jahr freizulassen. Seia nahm das ihr zgedachte Fideikommiss nicht in Anspruch und ließ die Sache in Schweben. Der Erbe verkaufte die drei Sklaven an Sempronius, ohne die fideikommissarisch auferlegte Freilassung zu erwähnen. Sempronius investierte Geld in die Ausbildung eines der Männer und ließ nach einigen Jahren Arescusa aus eigenem Entschluss frei. Später erfahren die drei Sklaven von ihrer fideikommissarischen Freilassung und wenden sich an den Prätor (*fideicommissarius*, S. 20). Dieser ordnet einerseits an, der Erbe habe die beiden Männer freizulassen (zu Recht nimmt Nörr, S. 26, 49 und App. VI – als Grundpfeiler seiner Interpretation – an, Sempronius habe die beiden dem Erben, dem Verkäufer, zurückgestellt und seine Ansprüche wegen Eviktion seien bereits beglichen) andererseits wird Arescusa vor dem Prätor befragt, ob sie Sempronius weiterhin als ihren Patron haben wolle, was sie verneint.

Sempronius hat also in jener *cognitio* das Eigentum an den beiden männlichen Sklaven verloren (allerdings den doppelten Betrag des seinerzeit bezahlten Kaufpreises erhalten) und ebenso den Patronat über Arescusa. Er erhebt nun – das ist unbestreitbar – vor dem *praetor urbanus* die *actio empti*, um auch den Kaufpreis für Arescusa zurückzuerhalten. In der *cognitio* um die fideikommissarische Freilassung war – so verstehe ich den Text (fr. 43) – von Sempronius' Anwalt auch die Frage aufgeworfen worden, ob diesem zusätzlich zum (bereits erhaltenen) *duplum* des Kaufpreises auch noch der Aufwand für Ausbildung zu ersetzen sei. Nörr baut seine ganze Exegese darauf auf, dass Sempronius beide Ansprüche in einer einzigen *actio empti* geltend gemacht und den Prozess aufgrund eines von Ulpian erteilten *responsum* (fr. 43) verloren habe (S. 28). Nach dem Prozess habe ein Schüler (S. 11) – in Text: *ego* – im Rahmen einer akademischen Diskussion drei Fragen an Paulus gerichtet.

In nur im Rahmen einer Anzeige zu verantwortender Kürze sei hier eine andere denkbare Lösung skizziert: Die drei Fragen wurden Paulus nicht theoretisch in einer ‚Manöverkritik‘ gestellt, sondern von einer der Prozessparteien mit der Bitte um ein *responsum*. In Betracht kommt nur der Kläger Sempronius bzw. sein Anwalt, der bereits in der ersten Frage, nach der *actio empti* wegen Arescusa, mit dem Hinweis auf Julian seinem Beruf alle Ehre gemacht hat. Auch die zweite Frage, nach dem Ersatz

<sup>1)</sup> D. Nörr, Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht, SZ 122 (2004) 152–188.

<sup>2)</sup> D. Nörr, Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze, SZ 118 (2001) 1–72. Die früheren Aufsätze Nörrs sind durchwegs nach seinen *Historiae iuris antiqui*, 3 Bände, 2003, zitiert.

der Aufwendungen, ist aus der Sicht des Klägers formuliert. In der dritten Frage, nach dem Patronat über Arescusa, legt der Fragesteller die den Kläger begünstigende Antwort dem respondierenden Paulus geradezu in den Mund.

Versuchen wir also, den Sachverhalt aus den drei vorgelegten Fragen zu präzisieren. 1) Sempronius verlangt mit *actio empti* den (einfachen) Kaufpreis für die inzwischen von ihm selbst freigelassene Arescusa zurück. Der verklagte Verkäufer (Erbe) legt ein *responsum* Ulpian's vor, welches mit Hinweis auf die kaiserliche Rechtsetzung zur fideikommissarischen Freilassung die *actio* ablehnt. Der Fragesteller verweist dagegen auf Julian: *empti actionem durare*. Paulus bestätigt in seinem *responsum* diese Meinung lapidar: *non (amitti empti actionem)*<sup>3)</sup>. Der Verkäufer scheint also aufgrund der neuen Rechtslage bereits *in iure* die Zulässigkeit der *actio empti* bestritten zu haben<sup>4)</sup>. Der Käufer, Sempronius, bekämpft dies mit dem vorliegenden Gegengutachten Paulus<sup>5)</sup>. 2) Die – wie ich meine – bereits vor dem *praetor fideicommissarius* zwischen Sempronius und dem Verkäufer (Erben) angeschnittene Frage nach dem Ersatz der Aufwendungen scheint vom anfragenden Anwalt eher für ein noch nicht anhängiges Verfahren gestellt worden zu sein, möglicherweise sogar zu dem Zweck, ein solches durch gütliche Einigung zu vermeiden. Wir wissen nicht, ob die drei Sklaven durch eine einzige oder drei getrennte Urkunden verkauft wurden<sup>6)</sup>. Auch davon dürfte es abhängen, ob die beiden bis jetzt behandelten Fragen einen oder zwei Prozesse betreffen. Dass über die Aufwendungen bereits entschieden sei, ist dem Text jedenfalls nicht zu entnehmen. 3) Die Frage, wer nun Arescusa's Patron sei<sup>7)</sup>, scheint vordergründig mit der ersten Frage nichts zu tun zu haben: entweder (dem Willen des Erblassers entsprechend, S. 62) Seia, obwohl nicht Freilasserin, oder der Erbe, der wenigstens die beiden anderen Sklaven freigelassen hat? Doch hat der Fragesteller damit im Anschluss an die erste Frage nach der Zulässigkeit der von ihm betriebenen *actio empti*, geschickt auch die nach deren materieller Grundlage gestellt.

Diese drei Fragen werden in Paulus' *responsum* nach unterschiedlich intensiver Diskussion folgendermaßen beantwortet: 1) Paulus bejaht – wie ich meine – die Zulässigkeit der *actio empti* auf Rückerstattung (überzeugend S. 46) des für Arescusa bezahlten Kaufpreises (fr. 43); 2) ausführlich zeigt er die Grundsätze auf, nach denen dem Käufer die frustrierten Aufwendungen zu ersetzen seien (fr. 43–45,1); 3) der ausgelegten Spur folgend verknüpft Paulus die Frage nach dem Patronat über Arescusa

<sup>3)</sup> Insofern ist die Rekonstruktion des korrupt überlieferten justinianischen Texts sicher. Überlegungen zu dessen Fortsetzung s. Nörr S. 97.

<sup>4)</sup> Zusammenfassend zur (unklassisch so genannten) *denegatio actionis* s. Kaser/Hackl, RZ<sup>2</sup> 240f.

<sup>5)</sup> Als alternative Möglichkeit, die Stelle zu verstehen, von Nörr S. 28 Anm. 75 immerhin erwogen. Zur eigenartigen Syntax des nur indirekt in der Anfrage zitierten *responsum* Ulpian's s. Nörr S. 44 Anm. 135.

<sup>6)</sup> Nörr geht auf diese technische Frage nicht ein. Zu Recht betont er auf S. 64, dass der Gedanke, die Gruppe der drei Sklaven nicht auseinander zu reißen, ein wichtiger metajuristischer Aspekt der Auseinandersetzung gewesen sei. Schlüsse auf die konkrete Ausgestaltung des oder der Kaufverträge kann man daraus nicht ziehen. Der Fragesteller, denn es um die Rückzahlung des Kaufpreises geht, dürfte am Schluss seiner Anfrage (fr. 43) das *argumentum ad hominem* eher vorgeschoben haben.

<sup>7)</sup> Diese Frage ist nach Nörr S. 25f. in der *cognitio* vor dem *praetor fideicommissarius* offen geblieben, um einen Rechtsstreit zwischen dem Erben und Seia nicht zu präjudizieren.

mit der nach der Pflicht zur Rückzahlung des Kaufpreises: Wenn die Frau den Käufer Sempronius ‚abwähle‘, falle der Patronat an den Erben und Verkäufer, da er dem Sempronius mit *actio empti* hafte (fr. 45,2).

Der schwierigste Teil einer Digestenexegese – hat man einmal die Fakten, die Rechtsfrage(n) und deren Lösung dem Text entnommen – liegt darin, die Überlegungen nachzuzeichnen, die den Juristen innerhalb seines Gedankengebäudes, das wir heute immer noch vereinfachend ‚Römisches Recht‘ nennen, zu seiner gutachterlichen Entscheidung geführt haben könnten. Dieser reizvollen dogmatischen Aufgabe unterzieht sich Nörr in den folgenden Kapiteln IV–VIII, wobei er im Vortragsstil prägnant Verkürztes in den Appendices vertieft. Eine knappe Disposition (IV, 28–31) umreißt die Richtung, in welche die Antworten auf die drei im Zusammenhang mit der *actio empti* des Sempronius aufgeworfenen Fragen zu begründen seien, ausgeführt in den Kapiteln VI–VIII.

Ebenso interessant wie die vorgebrachten Argumente sind solche, die – obwohl zu erwarten – gerade nicht vorgetragen werden. Das V. Kapitel (32–42) ist mit „*dolus* des Verkäufer-Erben?“ überschrieben. Nörr geht davon aus, dass der Verkäufer zwar von der fideikommissarisch angeordneten Freilassung gewusst, aber angesichts der höchst unklaren Rechtslage sich über seine Aufklärungspflicht Sempronius gegenüber in einem den *dolus* ausschließenden Rechtsirrtum befunden habe (S. 41f.). Sempronius habe mit der *actio empti* obsiegt, ohne dass er auf doloses Verhalten des Verkäufers hätte eingehen müssen (S. 32). Setzt man die Anfrage des *ego* aber noch in das Stadium *in iure*, findet man leicht eine andere Erklärung: Für die Zulässigkeit der Klage kommt es auf den *dolus* des Verkäufers nicht an. Nicht schon vor dem Prätor, sondern erst vor dem *iudex* wäre ein Verstoß gegen die *bona fides* zu erörtern. Aber auch dort scheint das Wissen nur gemeinsam mit dem schwerer wiegenden Argument, wem der Patronat über Arescusa zustehe, die Haftung begründet haben. Konsequenter Weise wird der *sciens venditor* erst in der zweiten Frage, beim Aufwendungsersatz diskutiert (fr. 45,1) – provoziert wohl durch den Rückgriff auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Dass Paulus hier vor allem den unwissenden Verkäufer bespricht, scheint mit den Beobachtungen Nörrs gut erklärbar. Die ganze Skala, die Ersatzpflicht zu bemessen, dünkt mir wie die Einladung an die Parteien, sich in einem Vergleich zu treffen. In dieser Frage geht es jedenfalls nicht mehr um die Zulässigkeit der *actio empti*. Dass sie durch eine *stipulatio duplae* nicht ausgeschlossen war, bedurfte zu jener Zeit keiner grundsätzlichen Erörterung mehr<sup>8)</sup>.

Nachdem das Fehlen des *dolus*-Arguments bereits ausführlich erörtert ist, fasst sich das Kapitel „Die erste Frage. *ao. empti* in Fall Arescusa“ (43–46) recht kurz. Ulpian habe das Gutachten abgegeben, wer den gekauften Sklaven selbst freigelassen habe, könne sich im Falle eines Fideikommisses nicht an den Verkäufer halten. Dass Arescusa sich nach kaiserlicher Rechtsetzung vom Patronat losgesagt hat, komme nicht einer Eviktion gleich (S. 44<sup>9)</sup>). Auch Paulus habe es vermieden, den Verlust des Patronats in Geld zu schätzen; ähnlich einer *redhibitio* sei jedoch der Kauf rückabzuwickeln, weshalb die *actio empti* schlicht auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichtet sei (S. 46)<sup>10)</sup>.

<sup>8)</sup> S. Nörr S. 111f. (mit Anm. 340) und Probleme (o. Anm. 1) 185–187.

<sup>9)</sup> Meiner Meinung nach geht es Ulpian nicht um die von Nörr zweifellos richtig gesehene materielle Frage, sondern um die prozessuale, die Zulässigkeit der *actio empti* (s. o. bei Anm. 4).

<sup>10)</sup> Das geht allerdings nicht aus Paulus' Antwort auf die erste, sondern auf die dritte Frage hervor (fr. 45,2).

Mehr Material hat Nörr bei der zweiten Frage, nach der *actio empti* hinsichtlich der Aufwendungen zur Hand (VII, 47–58). Völlig überzeugend betrachtet er die Frage nach der Eviktionshaftung für die beiden männlichen Sklaven aufgrund des üblichen Kaufformulars als erledigt (S. 49). Diskutiert wird lediglich die Frage, ob die Aufwendungen für die Ausbildung mit der Zahlung des Doppelten des Kaufpreises abgegolten seien oder kumulativ die *actio empti* angestellt werden könne. Meiner Meinung nach steht auch diese Frage noch zur Entscheidung an. Nörr betrachtet den Anspruch des Käufers als bereits gescheitert (S. 49), die Diskussion als akademisch (was jedoch seinen Überlegungen, besonders zu *sufficere*, fr. 43, als Schlüsselwort zu Konkurrenzfragen, nichts an Stringenz nimmt, S. 48f.).

„Die dritte Frage: Patronat über *Arescusa*“ (VIII, 59–62) ist unbestrittener Maßen noch von keiner gerichtlichen Instanz entschieden, sondern allenfalls durch das faktische Verhalten der Freigelassenen geklärt (S. 59). Paulus' Antwort zeige die Balance, die zwischen dem Patronat und der Kaufpreisrückzahlung besteht. Verliert der Käufer durch die Entscheidung *Arescusa* den Patronat an den Verkäufer, ist dieser zur Rückzahlung verpflichtet; ein Patronat *Seias*, wie vom Erblasser vorgesehen, würde das Gleichgewicht stören. Der Beobachtung Nörrs, Paulus habe darauf abgezielt, mit kaufrechtlichen Konstruktionen die ‚neuen‘ kaiserlichen Regeln der fideikommissarischen Freilassung zu lockern (S. 60), ist unbedingt zu folgen. Ich würde dies sogar auf die gegen Ulpian beantwortete erste, prozessuale Frage erstrecken.

Damit wäre der exegetische Teil des Buches summarisch dargestellt. Die Kapitelchen IX–XI möchte ich als ‚Paradigmatisches‘ zusammenfassen. „Erzähltes und Verschwiegenes“ (IX, 63–66) macht sich Gedanken über den nicht artikulierten Zusammenhalt der ‚Dreiergruppe‘ der Sklaven, die persönlichen Beziehungen zwischen den freien Akteuren, über die Eviktionsgarantie und – wie ich meine, von falschen Prämissen ausgehend – zum Schweigen über den *dolus* des Verkäufers, das Nörr eingeständenermaßen „nicht befriedigend erklären“ kann (S. 66). „Fall und Norm“ (X, 67–71) plädiert für und exemplifiziert die Übernahme von Fikentschers Terminus „Fallnormen“ für die Elemente des *ius civile*. „Offene Themen“ (XI, 72f.) führt von ‚Juristenrecht und Urkundenpraxis‘ bis zum Erstarren des *ius controversum* bald nach Ulpian und Paulus. All dies geht zwar über herkömmliche, auch römische Zivilrechtsdogmatik hinaus, sollte aber doch Standard in Seminarveranstaltungen sein. München ist hier immer noch vorbildlich. Lehr- und lernbar ist Nörrs Einsicht in die antiken Quellen und deren innere Zusammenhänge freilich nicht. ‚Schüler‘ kann man nur durch Jahre lange gemeinsame Arbeit mit ihm werden.

Die Anzeige des Buches wäre unvollständig<sup>11)</sup>, wenn sie nicht auch einige Worte zu dem unverhältnismäßig langen „Epilog“ (XII, 74–86) verlöre. Mit der provokanten Charakteristik: „Die Pädagogik scherte ihn wenig ...“, die Sándor Márai 1934 dem bedeutenden Zivilisten B. Grosschmid zuteil werden lässt, leitet Nörr seine rückblickende Analyse der ethischen Implikationen des Streites zwischen Ulpian und Paulus ein<sup>12)</sup>.

<sup>11)</sup> Abgesehen von den Sinn nicht störenden Druckfehlern (Überrest, Handbuch, S. 10 Anm. 6f.; genannten, 17; anonymes, 19; Tafeln. 23; Äußerungen, 54; Besitz, 95; müßten, 100) ist auf S. 30, letzte Zeile, der „Ver-“käufer gemeint, ebenso S. 95 (Übersetzung lit. s), auf S. 70, drittletzte Zeile, jedoch umgekehrt der „Käufer“.

<sup>12)</sup> Meine abweichende Meinung vom Stand des *Arescusa*-Prozesses berühren Nörrs Ausführungen im Epilog in keiner Weise.

Erst hier entfaltet sich Nörrs Bemühen um einen „Fall aus dem römischen Alltag“ zu voller „Würde“ (S. 74). Weder ironisch noch pathetisch meint Nörr damit, Grosschmid folgend, der Zivilrechtslehrer habe sich der „eher aus moralischen als aus juristischen Fragen bestehenden Problematik des menschlichen Zusammenlebens, ...“ zuzuwenden.

Wie nimmt Nörr diese Aufgabe als Jurist und Historiker wahr? Wieder einmal steht er in vorderster Linie methodenbewusster Jurisprudenz. Kaum ein juristischer Leser würde im zweiten Teil des Titels „Geschichte und Geschichten“ ein Bekenntnis vermuten. Mit dem bereits 2002 gewählten Vortragstitel betont er die „narrativen“ Aspekte des zu interpretierenden Digestentextes, und zwar in Konkurrenz zu den Titeln der „Römischen Rechtsgeschichten“ von Frau Fögen und seiner eigenen, von mir im vorigen Band dieser Z. leicht bekritelten „Historiae iuris antiqui“, beide nun als „manipiert“ etwas abgetan (S. 7, Anm. 1). Mit dem Schlagwort „Geschichten“ wird in den Altertumswissenschaften das Verhältnis von „Quelle“ und „Erkenntnis“ problematisiert: „... was eine Geschichte zu Geschichte macht, ist nie allein aus den Quellen ableitbar: es bedarf einer Theorie möglicher Geschichten, um Quellen überhaupt erst zum Sprechen zu bringen“<sup>13</sup>). Ich will in diesem Zusammenhang, weiter problematisierend und auf allgemeinere erkenntnistheoretische Ebene gerückt, denkwürdige Worte von Günter Grass hinzufügen, die vielleicht im Lärm der Entrüstung untergegangen sind: „So halten sich Geschichten frisch. Weil unvollständig, müssen sie reichhaltiger erfunden werden. Nie sind sie fertig. Immer warten sie auf Gelegenheit, fortgesetzt oder gegenläufig erzählt zu werden“<sup>14</sup>).

Was nimmt der Normalverbraucher von all dem in den Hörsaal mit? Vielleicht die Ermutigung, Römisches Recht nicht mehr als in sich logisch geschlossenes, abstraktes (Pandekten)-System zu lehren, sondern die freie, an Leitlinien orientierte Diskussion der Klassiker nachzuvollziehen und weiterzuführen. Es mag sein, dass diese Methode unser Fach bei manchem Zivilisten vollends in Verruf bringt – bis diese Methode vielleicht auch dort das längst fällige Umdenken bewirkt.

Graz

Gerhard Thür