

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

I

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1967

ERNST HOLTHÖFER

Ein Beitrag zur Auslegung und Interpretationsgeschichte des Fragments D. 18.7.7

Papinianus libro decimo quaestionum:

Servus ea lege veniit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii promisit inciderit. huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestare cogitur: quidquid enim excedit, poena, non persecutio est. quod si, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet.

Obwohl diesem Fragment erst unlängst von *Börner* eine Exegese (1954)¹ und danach — in größerem Zusammenhang² — auch von *Daube* eine eingehendere Untersuchung (1960)³ gewidmet worden ist, geben neuere, wenn auch nur beiläufige textkritische Äußerungen zu den beiden letzten Sätzen der Stelle von *Wieacker* (1960)⁴ und *Medicus* (1962)⁵ Anlaß, erneut darauf zurückzukommen.

Die beiden Schlußsätze waren bis *Wieacker* einhellig⁶ als sachlich überarbeitet, die darin wiedergegebene Entscheidung und deren Begründung also als unpapinianisch angesehen worden. Die erstmals von *Wieacker* aufgeworfene und unter Zustimmung von *Medicus* vorsichtig bejahte Frage lautet,

¹ BODO BÖRNER, SZRom 71 (1954), 359—373.

² In seinem Aufsatz „*Utiliter agere*“, Jura 11 (1960), 69 ss.

³ DAVID DAUBE, *ibid.* 94—102.

⁴ FRANZ WIEACKER, Textstufen klassischer Juristen (Göttingen 1960), p. 354 bei Anm. 106.

⁵ DIETER MEDICUS, *Id quod interest* (Graz, Köln 1962), 176 s.

⁶ Vgl. die in Anm. 9 bis 17 zitierte Literatur.

ob die uns überlieferte Entscheidung nicht doch schon Ausdruck papinianischheidnischer und nicht erst nachklassisch-christlicher Rechtsethik sein kann, eine Frage, zu welcher nicht nur sprachlich-stilistische Gründe, sondern auch die Person des Verfassers berechtigten Anlaß geben. Würde doch die von humanitärem Ethos getragene Entscheidung und ihre Begründung recht gut in das Bild passen, das unabhängig von legendärer Überlieferung⁷ auch die moderne historische Forschung⁸ sich von Papinian gemacht hat; ein Bild, das in der Tat die Frage nahelegen mag, warum das ausgeprägte sittliche Empfinden dieses Juristen nicht auch sein Rechtsdenken beeinflusst und in rechtsethischen Argumentationen seinen Niederschlag gefunden haben sollte. Trotzdem wäre eine allein unter Berufung auf die *aequitas papiniana* oder gar auf stilistische Argumente gegebene Antwort wohl etwas voreilig und bliebe durch eine Untersuchung zu verifizieren, die die institutionellen Ansatzpunkte im überlieferten klassischen Recht sichtbar macht, an welche der Jurist Papinian hat anknüpfen können, um seine „revolutionäre“ Entscheidung als *juristische* und nicht bloß ethische verantworten zu können. Denn nur wenn sich solche finden lassen, wird man sie einem sonst so behutsam abwägenden Klassiker wie Papinian zutrauen dürfen, dem der Methodensynkretismus der Nachklassik noch fern gelegen hat.

Es erscheint daher angebracht, das Fragment unter diesem Gesichtspunkt erneut zu interpretieren, und zwar in seinem gesamten Umfang, weil die Echtheit und der juristische Sinngehalt der beiden Schlußsätze sich nur im Zusammenhang mit dem in den drei Vordersätzen mitgeteilten und entschiedenen Ausgangsfall erweisen lassen. Zugleich soll Gelegenheit genommen werden, in einem kurzen Überblick an Hand ausgewählter juristischer Literaturtexte die Interpretationsgeschichte der Stelle in der europäischen Rechtswissenschaft darzustellen.

⁷ Ob Papinian wirklich deswegen von Caracalla hingerichtet worden ist, weil er sich (angeblich) geweigert hat, dessen Brudermord an Geta zu rechtfertigen, ist nicht erwiesen. Die Legende von seinem Märtyrertod für das Recht hat in der europäischen Ideengeschichte eine beträchtliche Rolle gespielt und ist in der Barockzeit auch Stoff für dramatische Bearbeitungen geworden. In Deutschland haben z. B. Gryphius, in Italien Gravina eine Tragödie über Papinian gedichtet. Vgl. zu Gryphius DIETER NÖRR, Papinian und Gryphius, SZRom 83 (1966), 308 ss.; zu Gravina und der sonstigen Legendengeschichte EMILIO COSTA, Papiniano, vol. I (Bologna 1894), p. 6 Anm. 8.

⁸ Vgl. FRITZ SCHULZ, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (Weimar 1961), 299 Anm. 4; WOLFGANG KUNKEL, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen (Weimar 1952), 225.

I. Interpretation des Textes.

1. Textkritische Vorbemerkung

Die Textkritik zu unserer Stelle hat seit *Beseler* z. T. erhebliche, über die beiden Schlußsätze hinausgehende Eingriffe vermutet. Am weitesten ist auch hier *Beseler* selbst gegangen: er will als papinianisch nur den ersten Satz bis zum Doppelpunkt (*servus — esset*) und, allerdings unter erheblichen Veränderungen in der ersten Satzhälfte (*vix — si non*), den zweiten Satz (*vix — inciderit*) gelten lassen, wohingegen der gesamte Rest kompilatorische Zutat sein soll⁹. Während seine textkritische Verdächtigung der zweiten Hälfte des ersten Satzes (*quod — emptor*) und der gesamten ersten Hälfte des zweiten Satzes (*vix — si non*) allgemein auf Ablehnung gestoßen ist¹⁰, werden seine Bedenken gegen den darin enthaltenen Passus *vindictae ratione* sowie die folgenden Sätze des Fragments von *Pringsheim*¹¹ und *Börner*¹² geteilt, die sie gleichfalls streichen wollen¹³. Vom dritten Satz (*huic rell.*) an streichen wollen auch *Krüger*¹⁴ und *Daube*¹⁵ und, ab *quidquid*, *Betti*¹⁶, von *poena* im vierten Satz an *Biondi*¹⁷, den letzten schließlich auch *Medicus*¹⁸. Allein *Wieacker*¹⁹ hält das Fragment möglicherweise in seinem gesamten Umfange für echt.

Den z. T. sehr schwierigen textkritischen Fragen soll hier nicht vorweg nachgegangen werden. Stattdessen wird sogleich eine sachliche Interpretation des Fragments in seiner uns in den Digesten überlieferten

⁹ OTTO V. BESELER, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Bd. 3 (Tübingen 1913), 91; Romanistische Studien, SZRom 50 (1929), 22 s. In Bd. 2 seiner Beiträge (Tübingen 1911), 39 hatte er noch den gesamten ersten Satz (*servus — emptor*) mit Ausnahme nur von *citra stipulationem* gelten lassen. Im zweiten Satz (*vix — inciderit*) will er *acturus utiliter* streichen und *si non* durch *nisi*, sowie *vix est, ut . . . agere possit* durch *magis est, ut . . . agere non possit* ersetzen.

¹⁰ Vgl. SALVATORE RICCOBONO, *Stipulatio et instrumentum* nel diritto giustineaneo, SZRom 35 (1914), 262 Anm. 2; LUDWIG MITTEIS, Zur Interpolationenforschung, SZRom 33 (1912), 198; BÖRNER, l. c. 361; DAUBE, l. c. 95; MEDICUS, l. c. 177 Anm. 21.

¹¹ FRITZ PRINGSHEIM, *Ius aequum* und *ius strictum*, SZRom 42 (1921), 643 ss. (648 Anm. 2).

¹² 361 ff., 372.

¹³ Nur PRINGSHEIM will Satz 3 noch gelten lassen.

¹⁴ PAUL KRÜGER Suppl. adnotationum ad Digesta, ed. MOMMSEN.

¹⁵ 98 und 102.

¹⁶ EMILIO BETTI, La struttura dell'obbligazione romana (Mailand 1955), 199.

¹⁷ BIONDO BIONDI, Diritto romano cristiano, vol. 2 (Mailand 1952), 145.

¹⁸ 176 Anm. 20.

¹⁹ a.a.O. Ebenso vielleicht FRANCO PASTORI, Appunti in tema di *sponsio* e *stipulatio* (Mailand 1961), 279 s., der sich jeglichen textkritischen Kommentars enthält.

Gestalt²⁰ versucht; an Hand ihrer Ergebnisse sind dann schrittweise Rückschlüsse auf mögliche Überarbeitungen des Textes zu ziehen.

2. Problemüberblick

Der erste Satz des Fragments (*servus — emptor*) teilt uns den Sachverhalt mit: Es hat jemand einen Sklaven verkauft, und zwar unter der Auflage (*ea lege*), daß dieser sich nicht (wahrscheinlich nicht mehr) in Italien aufhalten dürfe. Die Auflage wird mit einem formlosen, d. h. nicht stipulationsmäßigen, Strafgedinge bewehrt. Die beiden folgenden Sätze (*vix est — persecutio est*) enthalten Ausführungen darüber, ob und welche Rechte der Verkäufer gegen den Käufer hat, wenn der Auflage zuwidergehandelt wird. Die Grundentscheidung fällt bereits im zweiten Satz. Allerdings enthält er keinen erschöpfenden Voraussetzungstatbestand für den Verkäuferanspruch; er nennt nur zwei einzelne Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die *actio* entweder entfällt (erste Satzhälfte) oder aber Erfolg verspricht (zweite Satzhälfte): entfallen soll sie, wenn der Anspruch nur zur Strafe (*vindictae ratione*) erhoben wird; Erfolg haben soll sie dagegen (*acturus utiliter*), wenn der Verkäufer seinerseits bei Aufenthalt des Sklaven in Italien einem Dritten gegenüber (*alii*, z. B. demjenigen, von welchem er den Sklaven gekauft hatte) eine Vertragsstrafe verwirkt hat. Eine Begründung für diese Entscheidung wird zunächst nicht gegeben. Erst der dritte Satz verdeutlicht dann, daß die im vorigen Satz als anspruchsbegründend genannte Voraussetzung *ausschließliche* Voraussetzung für einen Anspruch des Käufers sein soll; zugleich begrenzt sie den Anspruch der Höhe nach: der Verkäufer soll nur auf dasjenige klagen können, was er seinerseits dem Dritten leisten muß. Im Nachsatz folgt eine Begründung für diese Begrenzung (und *implicite* auch für die Aberkennung des An-

²⁰ Und zwar in der Florentiner Fassung. Die in der Pariser, Paduaner und vaticani-schen Handschrift überlieferte Lesart, welche im 4. Satz (*quod si — agetur*) den Nebensatz *ne poenae causa exportaretur* durch *ut manumittatur* ersetzt (vgl. hierzu die große Digestenausgabe von MOMMSEN), scheint auch hier die schlechtere zu sein, weil die Nichterfüllung einer Auflage *ut manumittatur* — anders als *ne exportetur* — schon seit Marc Aurel *ipso iure* zur Freiheit des Sklaven führte (vgl. u. Anm. 73), so daß eine *venditio servi ea lege, ut manumittatur* zu Zeiten Papinians einer pönalen Sanktion gar nicht mehr bedurfte (vgl. u. p. 166 a. E.). Schon FABER hat hierauf aufmerksam gemacht (Rat. ad Pand. 18.7.7, sub e.). Auch CUIACIUS weist auf die abweichende Lesart des Vulgattextes hin, die er gleichfalls verwirft (Comm. in resp. Papin. 10, D. 40.8.8, sub D, vgl. Opera omnia [Neapoli 1758] IV 1255); wegen seiner besonders zahlreichen sonstigen Äußerungen zu unserem Fragment vgl. außer unten pp. 176 ss. die Zusammenstellung im Promptuarium von ALBANESE (hervorzuheben sind: Op. omn. III 52; IV 273).

spruchs bei Straffreiheit des Verkäufers): was der Verkäufer über die Schadloshaltung für seine eigene Pönalverpflichtung hinaus verlange, sei nicht (mehr) *rei persecutio*, sondern *poena* (und gerade diese, so muß man nun ergänzen, stehe ihm gegenüber dem Käufer nicht zu). Im vierten Satz (*quod — agetur*) wird dann der Sachverhalt modifiziert und vom Ausgangsfall abweichend entschieden. Jetzt haben Verkäufer und Käufer das Gegenteil vereinbart: der verkaufte Sklave soll gerade nicht (etwa *poenae causa*) nach auswärts verbracht werden (ob nicht außerhalb des Reichsgebietes, *ad barbaros*, oder nicht einmal außerhalb seiner „Heimat“-Provinz oder -Stadt, kann hier offenbleiben)²¹; nun soll der Verkäufer auch aus bloßer „Affektion“ für den Sklaven gegen den Käufer klagen können. Worauf, wird nicht ausdrücklich gesagt; doch kommt in Ermangelung einer sonst bezifferbaren Summe nur die Vertragsstrafe in Frage, deren stipulationslose Versprechung man auch hier zu unterstellen hat. Der letzte Satz schließlich (*nec — videntur*) harmonisiert die beiden gegensätzlichen Entscheidungen. Der Gegensatz wird mit der unterschiedlichen moralischen Bewertung begründet, welche die Gesinnung des klagenden Verkäufers treffen müsse: diese sei im zweiten Fall billigenswert, weil wohlthätig, im ersten sei sie es nicht, weil hartherzig.

3. Der Sachverhalt des Ausgangsfallles

- a) Die Auslegung des den Sachverhalt wiedergebenden ersten Satzes bietet keine besonderen Schwierigkeiten. Die mit dem Verkauf verbundene *lex, ne (servus) in Italia esset* ist eine durch den Käufer der *venditio* beigegebene Vertrags„bedingung“, welcher der Käufer sich unterworfen hat. Derartige *leges dictae* begegnen uns in den römischen Quellen bei allen Arten von Geschäftstypen als besondere, über das jeweilige *essentiale negotii* hinausgehende objektbezogene Setzungen, welche der Urheber oder, bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, einer der beiden Geschäftspartner²² in einer für den Adressaten verbindlichen Weise vornimmt²³. Bei den Konsensualkontrakten, wie bei der *emptio*

²¹ Vgl. hierzu CUIACIUS, Comm. in Cod. 4.55 (*si servus exportandus veneat*). 5, Op. omn. IX 392; BÖRNER, 359 Anm. 4 u. 5.

²² Und zwar in der Regel der die Sachleistung Anbietende. Zur Streitfrage, inwieweit auch der andere Teil, vgl. VALENTIN A. GEORGESCU, *Essai d'une théorie générale des leges privatae* (Paris 1932), 99 und 219 einerseits, W. W. BUCKLAND, *Superficies et lex contractus*, RHD 17 (1938), 667 ss. andererseits.

²³ Auf die sonstigen Bedeutungen des Wortes *lex* sowie auf die je nach ihrem Inhalt und der Rechtsnatur des Hauptgeschäfts zu differenzierenden und z. T. auch in ihren Rechtswir-

venditio, gehen sie im Inhalt des ohnehin vom *mutuus consensus* getragenen Vertrages (hier also im Kaufactum) auf und werden durch schlichtes Einverständnis des Partners wirksam²⁴. Soweit sie, wie hier, dem Partner ein bestimmtes Verhalten ansinnen²⁵ (nämlich für die Abwesenheit des Sklaven von Italien Sorge zu tragen), entsprechen sie dem, was wir heute als *Auflage* bezeichnen. Das in unserem Fragment vorkommende Beispiel einer Auflage, den zu verkaufenden Sklaven außerhalb Italiens zu halten, war in der römischen Rechtspraxis nichts Ungewöhnliches²⁶. Sie hatte, ebenso wie die noch gängigere, konkreter gefaßte Bestimmung *ut servus exportetur* den Sinn, den Verkäufer vor Behelligungen durch den Sklaven, der durch unleidliches Verhalten seinem Herrn gegenüber zur Veräußerung Anlaß gegeben haben mochte, oder auch nur vor dem Ärgernis seines Anblickes zu schützen²⁷. Sie gehörte, ebenso wie die Auflage *ne manumittatur*²⁸ zu den die Sklaven benachteiligenden Geschäftsbedingungen, denen begünstigende, wie *ne exportetur*²⁹, *ne (serva) prostituatur*³⁰, oder *ut manumittatur*³¹ als ebenfalls gebräuchliche Gegenbeispiele gegenübertraten.

- b) Als weitere Besonderheit enthält unser Fall — nämlich im zweiten Halbsatz des ersten Satzes — die *conventio*, daß der Käufer eine Vertragsstrafe (*poena*) leisten solle, wenn der ausbedungene Zustand (die Abwesenheit des Sklaven von Italien) nicht herbeigeführt oder später vereitelt wird. Diese *conventio* wird „*citra stipulationem*“, d. h. ohne Stipulation, eingegangen. Sie soll (gleich einer Stipulation)

kungen unterschiedlichen Arten von *leges privatae* kann hier nicht eingegangen werden; vgl. hierzu EDOUARD CUQ, DS 3, 1113 und 1116; EGON WEISS, RE XII, 2, 2315 s; zur *lex dicta privata* insbesondere GEORGESCU I. c.; ders., Essai sur l'expression *lex contractus*, Revista clasica 8 (Bukarest 1936); GIANFRANCO TIBILETTI, *Leges dictae* (Studi Passerini = Studi Ghisleriana S. I vol. 2 [Mailand 1955], 179—190). (Die beiden letzten Aufsätze waren mir nicht zugänglich). Zum Versuch einer allgemeinen Begriffsbestimmung von *lex privata* vgl. GEORGESCU, *Leges privatae*, 1 ss., 37 ss.

²⁴ Zur *lex dicta* beim Verkauf vgl. GEORGESCU, a.a.O., 99 ff., BUCKLAND, RHD 17, 666 ss.

²⁵ Als anderer Inhalt einer *lex* kam bei Sachleistungsgeschäften die Zusicherung von Sacheigenschaften (*dicta et promissa*) in Frage.

²⁶ Vgl. BÖRNER, 359 s. mit Nachweisen.

²⁷ Daß der Sklave seinem Herrn nach dem Leben trachtete, woran D. 18.7.1 denken läßt, war ein besonders krasser, aber wohl nicht der einzig denkbare Fall, vgl. unten pp. 158 s. bei Anm. 45, 46.

²⁸ Vgl. z. B. D. 18.7.6 pr.; C. 4.57.3 pr.

²⁹ Vgl. Satz 4 unseres Fragments.

³⁰ D. 18.7.6 pr.; h. t. 9; 18. 1.56; 2.4.10.1; 40.8.6; C. 4.56.2.

³¹ D. 18.7.3; h. t. 4, 8 u. 10; weitere Nachweise bei GEORGESCU, 169 Anm. 9 bis 11.

mittelbar die Durchführung der *lex dicta* sicherstellen, deren unmittelbare Erzwingung wegen Ausschlusses der Naturalkondemnation und deren mittelbare im übrigen (d. h. ohne Vereinbarung eines Strafgedinges) wegen der mangelnden Schätzbarkeit eines an ihrer Einhaltung bestehenden pekuniären Verkäuferinteresses unmöglich wäre. Ihre vereinbarte Höhe zeigt zugleich an, was die Einhaltung der Exportklausel dem Verkäufer wert ist und deckt sich u. U. mit einem Preisnachlaß, den er dem mit der Mühe des Exports belasteten Käufer möglicherweise hat gewähren müssen.

Das formlose, hier als *conventio*³² bezeichnete Strafgedinge gehört als ein keiner der anerkannten Vertragstypen zugehöriger Vertrag zur Gruppe der *pacta*³³. Sie begründeten, soweit nicht der Prätor sie ausnahmsweise für klagbar erklärt hatte³⁴, grundsätzlich keinen Anspruch, sondern bloß eine *exceptio*³⁵. Nur diejenigen, die zusammen³⁶ mit einem dem *bonae fidei iudicium* unterliegenden Geschäft abgeschlossen waren³⁷ (wie hier das Pönapaktum beim Kauf), nahmen unmittelbar am Rechtsschutz dieses Geschäfts teil, soweit ihr Inhalt der Natur des Geschäfts nicht widersprach, und konnten in diesem Rahmen auch klageweise geltend gemacht werden³⁸.

³² Allerdings in der Verbalform *convenire*.

³³ Wegen der reichhaltigen Literatur zum *pactum* vgl. die Nachweise bei ADOLF BERGER, ED, shv und unter *pactum adiectum*; ferner FERDINAND KNIEP, *Praescriptio und pactum* (Jena 1891); GIOVANNI ROTONDI, *Natura contractus*, BIDR 24 (1912), 5 ss. = Scritti II 159 ss. (210 ss.); BIONDO BIONDI, *Contratti e stipulatio* (Mailand 1953), 131 ss.; ANDRÉ MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur* (Paris 1958); MAYER-MARTINEZ, *Los pactos. Su eficacia jurídica en el derecho romano* (Montevideo 1958); TALAMANCA, *La storia dell'edictum de pactis*, Labeo 6 (1960), 278 ss. (zugl. Bespr. v. MAGDELAIN). Zum Verhältnis von *pactum adiectum* und *lex privata* vgl. auch GEORGESCU, 217 ss.

³⁴ Unklassisch *pacta praetoria*, vgl. bei MAX KASER, *Römisches Privatrecht* (RPR) 1 §§ 136, 263 III, IV, 266 IV, sowie die in voriger Anm. Zitierten.

³⁵ Hierin erschöpfte sich in der Regel die Bedeutung der ediktalen Rechtsschutzverheißung „*Pacta conventa servabo*“ (D. 2.14.7.7.). Vgl. zu den Ausnahmen Anm. 34 und 36 (im Text).

³⁶ Und zwar nicht nur in sachlichem, sondern auch in zeitlichem Zusammenhang: *pacta ex continenti facta* (im Gegensatz zu den *p. ex intervallo f.*).

³⁷ Die gemeinrechtliche Doktrin bezeichnete die accessorischen (allerdings nicht nur die an *bonae fidei*-Kontrakte angelehnten) als *pacta adiecta*, eine auch heute noch weitgehend übliche Terminologie; vgl. auch Anm. 41a.

³⁸ Vgl. KNIEP, 108 f.; CONTARDO FERRINI, *Sulla teoria generale dei pacta*, Filangeri 17 (1892), 65 ss. = Opere III (Mailand 1929), 243 ss. (253, 260); ROTONDI, Scritti II, 210 ss., 264 ss. (266), diesen vor allem für das justinianische Recht; GIUSEPPE GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, vol. 2, *Memorie dell'Istituto giuridico della Università di Torino* (1928), 1 ss. (14 ss., 34 ss.); ders., *Il sistema dei contratti in diritto romano*, ed. 2. (Turin 1950), 194 ss. (196); PAUL-ÉMILE VIARD, *Les pactes adjointes aux contrats en droit romain*

Sie gehörten dann ebenso wie die *lex contractus* zum *actum* des Hauptgeschäfts, in dessen Inhalt sie aufgingen.

- c) Betrachtet man nun den Sachverhaltsbericht des ersten Satzes im Zusammenhang, so fällt sachlich nichts daran auf, was auf Interpolationen schließen ließe. Insbesondere der zweite Halbsatz (*quod — emptor*), der als einziger³⁹ als überarbeitet verdächtigt worden ist, ist für das Verständnis der Stelle unentbehrlich⁴⁰. Er schafft überhaupt erst das Problem, das die Erörterung des Falles in einem klassischen Quaestionenwerk rechtfertigt. Die an keine weiteren Voraussetzungen geknüpfte Klagbarkeit eines *stipulierten* Strafversprechens verstand sich ebenso von selbst wie die Unmöglichkeit, aus der Zuwiderhandlung gegen eine überhaupt nicht strafbewehrte *lex, ut servus exportetur* einen nicht als Vermögensschaden bezifferbaren Betrag einzuklagen. Problematisch war nur, ob auch das *ohne* Stipulation beim Verkauf vereinbarte Strafgedinge ohne weiteres mit der *actio venditi* klagbar sein sollte⁴¹.

4. Die Entscheidung des Ausgangsfalles

- a) Nicht ganz so eindeutig wie der Sachverhalt mag zunächst die in den beiden folgenden Sätzen getroffene Entscheidung darüber erscheinen, welche Rechte der Verkäufer aus einem Kaufvertrag dieses Inhalts denn nun haben soll, wenn der Auflage zuwidergehandelt worden ist (eine Voraussetzung, deren Vorliegen im Text nicht ausdrücklich erwähnt, aber zu unterstellen ist). Allein das Ergebnis scheint klar: Nur dann und insoweit soll dem Verkäufer eine *actio* gegen den Käufer zustehen, wenn und in welcher Höhe er selber durch den Aufenthalt des Sklaven in Italien einem Dritten gegenüber eine Vertragsstrafe verwirkt hat. Welche *actio* ihm in diesem Falle zu Gebote stehen soll, wird zwar nicht ausdrücklich gesagt: es heißt im Text nur *acturus (est) utiliter*. Doch kann kein Zweifel daran bestehen, daß es sich nur um die *actio venditi* handeln kann, ist doch *venditio* hier das einzige klagbare

classique (Paris 1929), 49 ss., 139; STOLL, Bespr. v. VIARD, SZ 50 (1932), 552; BIONDI, *Contratti e stipulatio*, 170 ss.; BÖRNER, 366 bei Anm. 51.

³⁹ Und zwar von BESELER, vgl. o. Anm. 9.

⁴⁰ Weitere Argumente gegen eine Interpolationsannahme s. in der o. Anm. 10 zitierten Literatur.

⁴¹ Zur Widerlegung des mit ausschließlich philologischen Argumenten vorgetragenen und sachlich ohnehin irrelevanten Interpolationsverdachts von *citra stipulationem* (o. Anm. 9) s. ebenfalls die in Anm. 10 zitierte Literatur.

Geschäft, welches der Verkäufer vorgenommen hat; denn auch das gleichzeitig vereinbarte Strafgedinge ist ja, weil nicht stipuliert, entweder als *pactum adiectum* unselbständiger Bestandteil der *venditio* geworden und daher ebenfalls mit der *actio venditi* klagbar oder aber als *pactum nudum*^{41a} klaglos. Auch dieses kann daher, wenn überhaupt, nur mit der *actio venditi* eingeklagt werden. Und zwar ist es die *actio venditi* selbst, nicht etwa eine *actio venditi utilis* (oder eine sonst analoge Klage), zu welcher Annahme „*utiliter*“ verführen könnte. Denn *utiliter agere* heißt, wie letzthin Daube in einer umfassenden Quellenuntersuchung⁴² bestätigt hat⁴³, niemals: mit einer *actio utilis* klagen, sondern immer nur: eine begründete Klage erheben.

In allen anderen Fällen als dem der Eigenhaftung des Verkäufers soll dagegen dessen Klage scheitern. Zwar wird sie ausdrücklich nur für den Fall ausgeschlossen, daß der Verkäufer aus Rache (*vindictae ratione*) seinen Anspruch erhebt, ein Fall, der an sich nicht die einzige mögliche Alternative zum Fall der Eigenhaftung darstellt. So wäre es z. B. denkbar, daß der Verkäufer, ohne daß weitere Motive ersichtlich sind, nur willkommenen Anlaß sieht, erneut Ansprüche gegen den Käufer zu erheben; oder daß er durch Erhebung der Strafklage den Käufer unter Druck setzen will, den Sklaven, dessen Nachstellungen er fürchtet⁴⁴ oder dessen Anblick ihm ärgerlich geworden ist⁴⁵, wieder aus seiner Nähe zu entfernen; oder daß er mit der Vertragsstrafe nur den Betrag geltend machen will, um welchen er dem Käufer den Skla-

^{41a} Die Bezeichnung der keinen klagbaren Anspruch erzeugenden *pacta* (*pactiones*) als „*nuda*“ ist quellengemäß (vgl. D. 2.14.7.4 u. 10; C. 2.3.27; 4.65) und wohl schon (spät-)klassisch, die Formulierung des Gegensatzbegriffs als „*pactum vestitum*“ dagegen erst mittelalterlich und geht auf PLACENTINUS zurück (vgl. Summa Codicis 2.3; ausführlich hierzu HERMANN DILCHER, Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht, SZRom 77 [1960], 270 ss. [277 ss]).

⁴² Nämlich dem in Anm. 2 zitierten Aufsatz.

⁴³ Auch vor DAUBE war BÖRNER schon, wenn auch stillschweigend, von dieser Bedeutung des *utiliter acturus* in D. 18.7.7 ausgegangen. Ebenso wie DAUBE schon AUGUST BECHMANN, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. 1 (Erlangen 1876), 659, und HEUMANN-SECKEL, Handlexikon, sv *utiliter* Z. 3, sowie neuerdings MEDICUS, 175 Anm. 14. Anders noch die Übersetzung des Fragments in der deutschen Ausgabe des Corpus Juris von OTTO, SCHILLING und SINTENIS.

⁴⁴ Zur *securitas domini* als Motiv für die Exportklausel vgl. D. 18.7.1; Fragm. Vat. § 6; Bas. 19.7.14. Sekundärliteratur bei BÖRNER, 364 Anm. 37 bis 39.

⁴⁵ Vgl. die Motivation bei CUJACIUS: „*quem oculi mei ferre non possunt*“, Comm. in quaest. Papin. 27, D. 18.7.6, Op. omn. IV 663 B; ähnlich Comm. in Cod. 4.55, Op. omn. X 1027 B.

ven billiger lassen mußte, damit dieser auf die für ihn lästige Exportklausel einging⁴⁶. Die von Papinian gewollte Beschränkung des Anspruchs auf den Fall der Eigenhaftung des Verkäufers ergibt sich jedoch, wenn man sie nicht schon aus dem zweiten, durch den dritten noch verdeutlichten Satz unseres Fragments entnehmen will, aus einem in D.18.7.6.1 bezeugten, späteren (*lib. 27 quaest.*) Stellungswechsel, wo er seine frühere Auffassung selbst wie folgt kennzeichnet: *Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quod poenam promississet*. Dieser Satz und der folgende, der dann die Meinungsänderung ausspricht, zeigt, daß Papinian in *lib. 10 quaest.* den Regreßfall als den einzig denkbaren betrachtet hat, in welchem der Verkäufer mit der Vertragsstrafe ein (relevantes) pekuniäres Interesse und damit dasjenige Interesse geltend macht, welches allein Gegenstand der *actio venditi* sein soll.

Folgt aus dem bisherigen, daß der Verkäufer den Käufer nur bei Eigenhaftung in Anspruch nehmen kann, wobei möglicherweise offenbliebe, ob Gegenstand des Anspruchs in diesem Falle immerhin die durch ein pekuniäres Interesse als klagbar legitimierte Vertragsstrafe selbst (und nicht etwa das durch sie geschützte Vermögensinteresse) sei, so räumt der dritte Satz auch diese Möglichkeit aus. Einmal beschränkt er den Anspruch der Höhe nach auf die Summe, die der Verkäufer dem Dritten zahlen muß; dann sagt er zur Begründung, daß ein diese Summe übersteigender Betrag gerade deswegen nicht gefordert werden könne, weil das *poena* wäre und nicht *rei persecutio*, welch letztere aber, wie zu ergänzen ist (und wie in *lib. 27 quaest.* = fr.6.1. mit *non alias . . . agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset* ausdrücklich gesagt wird), mit der *actio venditi* allein verfolgt werden könne⁴⁷. Deutlicher kann nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß der Verkäufer die Vertragsstrafe (als solche) nicht beanspruchen kann.

⁴⁶ Zur Beachtlichkeit dieses Gesichtspunktes für die Geltendmachung der Vertragsstrafe vgl. fr. 6.1, worauf sogleich eingegangen wird.

⁴⁷ Zum Unterschied zwischen *poena* und *res* als Haftungsinhalten vgl. KASER, RPR I § 117 m. Nachw. Die *actio venditi* war, wie alle Vertragsklagen, ausschließlich reipersecutorisch. Auch eine Klage auf *stipulierte* Vertragsstrafe (die ebenfalls *poena* genannt wird) wäre in diesem Sinne *rei persecutio*, nicht *poena* gewesen. Der Sinn von *poena* an dieser Stelle wird daher durch die Mehrdeutigkeit der Terminus *poena* schillernd: Mit dem Ausschluß der Pönalhaftung (*poenae persecutio*) wird die Unklagbarkeit einer *poena conventa* begründet, der *poena* nämlich, die im ersten Satz (*ut poenam praestaret*) und im zweiten (hier freilich

- b) Vergleicht man nun die in unserem Fragment mitgeteilte Entscheidung des Papinian, daß das nicht förmlich versprochene Strafgedinge nicht erzwingbar sei, mit dem Bild, welches wir uns sonst von den das konsensualvertragliche Haftungsrecht der Klassik beherrschenden Prinzipien gemacht haben, so ist sie in keiner Weise auffällig⁴⁸. Was der Verkäufer mit der *actio venditi* beanspruchen konnte — und nur diese stand ihm hier ja zu Gebote —, war sein mit der *bona fides* vereinbares, vermögensmäßiges Interesse an der Vertragserfüllung⁴⁹. Daraus ergab sich, daß unser Sklavenverkäufer die Strafsumme jedenfalls nicht als (verabredungsweise bezifferte) Vergütung eines immateriellen, durch Verstoß gegen die Exportklausel bei ihm hervorgerufenen Schadens verlangen konnte⁵⁰. In Frage kam nur ihre Inanspruchnahme aus dem Strafgedinge selbst, oder genauer, ihre Inanspruchnahme, weil sie versprochen war⁵¹. Das setzte aber bei der Formlosigkeit des Versprechens voraus, daß es geeignet war, als *pactum adiectum* in das Kaufactum einzugehen⁵²; denn nur dadurch konnte es ja überhaupt (und zwar mit der *actio venditi*) klagbar

als *poena promissa*: „... in poenam, quam alii promisit, inciderit ...“) gemeint ist. In noch anderer Bedeutung (nämlich als reale Übelszufügung) tritt uns *poena* schließlich in den Sätzen 4 und 5 unseres Fragments entgegen („... ne poenae causa exportaretur ... poenae non irrogatae“).

⁴⁸ Davon gehen auch die bisherigen Erläuterungen unserer Stelle aus, vgl. GIUSEPPE GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione* (Turin 1947), 155; BÖRNER, 367; DAUBE, 96 ss.; MEDICUS, 177.

⁴⁹ An diesem Ergebnis wird man jedenfalls grundsätzlich festhalten müssen, auch wenn der Schluß unseres Fragments echt sein (und sich daher als Ausnahme des Grundsatzes erweisen) sollte. Die einzige weitere Stelle, die für eine Berücksichtigung des Affektionsinteresses beim Kauf sprechen könnte (D. 21.2.71 = Paul. 16 quaest.), ist wahrscheinlich überarbeitet. Das gilt u. U. auch für die berühmte Mandatsstelle D. 17.1.54 pr Papin. 27 quaest; der verallgemeinernde Lehrsatz: *placuit enim prudentibus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam* ist mit Sicherheit kompilatorische Zutat, vgl. ANTONIO MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, BIDR 16 (1904), 206 ss. (270 ss., 273 s.); W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908), 69; GROSSO, *Obbligazioni* 148 ss. (158); BÖRNER, 366 ss.; HERMANN LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie* (Münster, Köln 1955), 46 ss.; SALVATORE RICCOBONO, *Stipulation and the Theory of Contract* (Amsterdam, Capstadt 1957), 44 Anm. 52; DAUBE, 97; MEDICUS, 177.

⁵⁰ Genausowenig wie die nicht strafbewehrte Exportklausel hier einen Ersatzanspruch hätte auslösen können, vgl. DAUBE, 96; MEDICUS, 177.

⁵¹ Die Inanspruchnahme der Strafsumme als (ideellen) Schadensersatz einerseits, als Vertragsstrafe andererseits wird man theoretisch auseinanderhalten müssen, obwohl sie in beiden Fällen über die *actio venditi* erfolgen müßte; denn die Argumente für (oder gegen) beide Arten der Klagebegründung sind nicht identisch.

⁵² Vgl. o. Anm. 38. Zur grundsätzlichen Klagbarkeit der Nebenabreden beim Kauf vgl. statt aller MEDICUS, 175, und BÖRNER, 363 Anm. 31 m. Nachw.

geworden sein. Diese Voraussetzung war jedoch nicht gegeben: Soweit das Strafversprechen zur Sanktionierung eines nicht vermögensmäßigen Interesses an der Einhaltung der Exportklausel dienen sollte deswegen nicht, weil die Valutierung nicht vermögensmäßiger Interessen dem Charakter des Kaufes als eines auf den Austausch von Vermögenswerten gerichteten Geschäfts widersprach⁵³ und ein durch das Strafversprechen begründetes selbständiges Interesse des Verkäufers an der Erlangung der ausbedungenen Strafsumme synallagmatisch nicht gedeckt war⁵⁴ (wenn man seinen Zusammenhang mit der Preisbildung außer acht läßt, wie Papinian es hier noch getan hat); soweit aber der Verkäufer ein pekuniäres Interesse an der Exportklausel hatte (Gefahr eigener Haftung), war das Pönalpaktum zu ihrer Sanktionierung überflüssig, weil der Käufer für die Sicherstellung jedes vermögensmäßigen Interesses des Verkäufers ohnehin haftete⁵⁵. Das Strafgedinge konnte danach in keinem Falle einen mit der *actio venditi* klagbaren zusätzlichen Anspruch begründen, mußte vielmehr als *pactum nudum* stets klaglos bleiben⁵⁶. Auch was der Verkäufer im Falle einer vermögensmindernden Zuwiderhandlung des Käufers gegen die strafbewehrte Exportklausel von diesem erhielt, war dann in Wahrheit nicht die versprochene Strafe, sondern Schadensersatz⁵⁷.

⁵³ BÖRNER, 366, und DAUBE, 97 s.; GROSSO, *Obbligazioni*, 155, und PASTORI, 279 wollen hingegen die Klaglosigkeit des Pönalpaktums hier mit seinem angeblichen Verstoß gegen die *bona fides* begründen. Doch wird man weder in einer Exportklausel, die nicht vermögenswerte Zwecke verfolgt, noch im Strafgedinge, welches ihre Durchführung sicherstellen soll, ohne weiteres einen solchen Verstoß sehen dürfen. Anderenfalls würde der Klage aus einem stipulierten Strafversprechen die *exceptio doli* entgegengesetzt werden können, ein Ergebnis, von welchem jedenfalls Papinian in unserem Fall nicht auszugehen scheint (sonst hätte ja auch der von seinem Vormann in Anspruch genommene Verkäufer sie erheben können, so daß es zum Regreß gar nicht gekommen wäre). Richtig daher BÖRNER, 364.

⁵⁴ DAUBE, 97 s. Hierin liegt die Schwäche des Pönalpaktums im Gegensatz zur Stipulation, die zu ihrer Wirksamkeit des Synallagmas nicht bedurfte.

⁵⁵ DAUBE, 98.

⁵⁶ Daraus folgt, daß die Strafhaftung des Verkäufers gegenüber seinem Vormann nur auf Stipulation beruhen konnte, was *promisit* ohnehin schon nahelegte: So auch DAUBE, 96 (mit weiteren Argumenten); PASTORI, 279; BÖRNER, 369 Anm. 66. Auch unser Verkäufer hätte danach stipulieren können und müssen, wenn er mit der Exportklausel nicht vermögensmäßige Interessen verfolgte und ihre Durchführung wenigstens mittelbar sicherstellen wollte. Denn die *stipulatio poenae* war — im Gegensatz zum Pönalpaktum — ohne Rücksicht auf den Vermögenswert ihres Zweckes wirksam und klagbar.

⁵⁷ A. A. allerdings BÖRNER, 370, welcher unter der Voraussetzung, daß der Verstoß gegen die Exportklausel zu einem Vermögensschaden des Verkäufers geführt hat, im Pönalpaktum einen selbständigen, in die *actio venditi* eingehenden Klagegrund sieht, so daß auch ein den Vermögensschaden übersteigender Strafbetrag klagbar wird. Dagegen spricht jedoch, daß

Eine andere Entscheidung, d. h. eine nicht auf den Regreßfall beschränkte Zuerkennung der *actio venditi*, war für den klassischen Juristen ohne Bruch mit der Tradition nur möglich⁵⁸, wenn er, wie schon Sabinus und der spätere Papinian⁵⁹, in Betracht zog, daß der Käufer mit der Exportklausel eine Mühe auf sich nahm, die in der Regel zu einem Preisnachlaß führen mußte, und daß ein mit einer solchen Klausel verbundenes Strafgedinge⁶⁰ zugleich gewährleisten sollte, daß dem Verkäufer der Gegenwert seiner Leistung voll vergütet wurde — sei es durch Zahlung des vereinbarten Minderpreises und Beachtung der Exportklausel, wodurch immerhin dem Käufer Kosten entstanden und die Verwendungsmöglichkeit des Sklaven beschränkt wurde — sei es durch Zahlung jenes Preises zuzüglich der vereinbarten Strafe, deren ausbedungene Höhe sich nach dem Preisnachlaß gerichtet hatte⁶¹. Bei dieser Betrachtungsweise, auf die der jüngere Papinian nicht gekommen war, oder die er nicht hatte gelten lassen wollen⁶², war die Strafklausel funktionell Bestandteil der Preisabsprache und dadurch für das synallagmatische Verhältnis relevant geworden⁶³.

- c) Als Ergebnis ist danach festzuhalten, daß die in unserem Fragment mitgeteilte Ausgangsfall-Entscheidung mit den Grundsätzen des klas-

das Pönalpaktum auch insoweit vom Kaufsynallagma nicht mehr erfaßt würde und daher als „unechte“ (DAUBE, 97: „not genuine“), scheinbare Vergrößerung des Verkäuferinteresses außer Betracht bleiben müßte (ein Argument, welches etwas anderes meint als den nachklassischen Äquivalenzgedanken, was BÖRNER übersieht). Nach allem ist Satz 3 des Fragments jedenfalls sachlich echt (vgl. allerdings Anm. 65).

⁵⁸ Wenn er nicht neue Wege beschreiten wollte, wie Papinian es bei der Variante unseres Falles möglicherweise getan hat (vgl. u. p. 165 ss.).

⁵⁹ Nämlich in lib. 27 quaest. = D. 18.7.6.1.

⁶⁰ Daß auch in fr. 6 von einem solchen ausgegangen werden muß, ergibt sich aus dem Zusammenhang, vgl. DAUBE, 96; anders ohne Begründung MEDICUS, 176.

⁶¹ Weitere Beispiele für preisdrückende Auflagen in D. 18.1.79 = Javol. 5 ex post. Lab., und D. 18.7.10. = Scaev. 7 dig. In der Javolen-Stelle ging es ebenfalls darum, ob die Auflage als Bestandteil der Preisabsprache zu betrachten war: Javolen war dafür, Trebatus und Labeo waren dagegen. Aus der gemeinrechtlichen Praxis ist der Gäubahn-Fall zu erwähnen, bei dessen Begutachtung JHERING gleichfalls auf den Zusammenhang zwischen Auflage und Preisabsprache hingewiesen hat (Dogm Jb 18 [1880], 45).

⁶² Entsprechend wie Trebatus und Labeo in D. 18.1.79.

⁶³ Ob dann die Vertragsstrafe bei Zuwiderhandlung gegen die Exportklausel als „Restkaufpreis“ (so DAUBE, 99) oder als „Vertrauensschadensersatz“ (so MEDICUS, 175, und, sinngemäß, wohl auch BÖRNER, 370) zuerkannt sein soll, ist schwer zu entscheiden. Ersteres mag vielleicht die vom klassischen Interessebegriff aus näherliegende Deutung sein, zumal sie den logischen Schwierigkeiten entgeht, auf welche schon BUCKLAND, l. c. 69 hingewiesen hat (vgl. dazu auch DAUBE, l. c.).

sischen Rechts in Einklang steht. Zu einer Interpolationsverdächtigung des zweiten und dritten Satzes (*vix est — persecutio est*) besteht daher insoweit in der Tat kein Anlaß. Gleichwohl lassen sich formelle Interpolationen nicht ausschließen. So mag der dritte Satz eine kompulatorische Zutat sein. Hierfür könnte nicht nur der paraphrasenhafte Stil⁶⁴, sondern im zweiten Halbsatz auch die eher verwirrende als klärende Argumentation mit dem Ausschluß einer *poenae persecutio* bei der sachverfolgenden *actio venditi* sprechen⁶⁵. Ob auch *vindictae ratione* im zweiten Satz zu streichen ist, läßt sich erst im Zusammenhang mit einer Textkritik des vierten Satzes (*quod — agetur*) entscheiden, mit dessen *affectionis ratione* jener Passus korrespondiert⁶⁶.

5. Die Variante

- a) In dem in unserem Fragment mitgeteilten Ausgangsfall hatte Papinian die Klagbarkeit des formlosen, *ex continenti venditionis* vereinbarten Strafgedinges abgelehnt — selbst die Begründetheit des Verkäuferanspruchs im Regreßfalle war keine Ausnahme davon, weil auch hier der Anspruch in Wahrheit nicht auf die versprochene *poena*, sondern auf das unabhängig vom Pönalversprechen zu prästierende, vermögensmäßige Interesse des Verkäufers am Ausbleiben des Regreßfalles ging. Später, in *lib. 27 quaest.*, hatte er dem Verkäufer zwar auch ohne dies einen Anspruch in Höhe eines solchen Strafgedinges gegeben, aber nur deswegen, weil er nun im Anschluß an Sabinus den funktionalen Zusammenhang zwischen Strafe und Preisabsprache (an)erkannte — wobei auch hier das Strafgedinge nicht selbständiger Anspruchsgrund, sondern bloß Bemessungsgrundlage für das mit der *actio venditi* zu verfolgende pekuniäre Interesse war. Ließen sich diese beiden Entscheidungen trotz ihrer Gegensätzlichkeit ohne weiteres mit der klassischen Tradition in Einklang bringen, so überrascht Papinian in der im Fortgang der Stelle (Sätze vier und fünf) gebrachten Va-

⁶⁴ Worauf BÖRNER, 363 hinweist. Für itp. halten beide Sätze auch BESELER, Beiträge III, 91; KRÜGER, Suppl. adnotationum ad Digesta, und DAUBE, 98; unentschieden dagegen PRINGSHEIM, SZ 42 (1921), 648 Anm. 2, und MEDICUS, 177 Anm. 22. Die sachliche Verdächtigung BÖRNERs (362 s., 371) erscheint mir nicht berechtigt (vgl. o. Anm. 57).

⁶⁵ Vgl. o. Anm. 47. Gegen die Echtheit auch BETTI, 199 mit der zutreffenden Begründung, daß die Reduktion des Unterschiedes von *poenae* und *rei persecutio* auf ein bloßes Quantitätsverhältnis (*poena = id, quod rei persecutionem excedit*) unklassisch ist. Als „sachlich dem Gedanken Papinians entsprechend“ (so MEDICUS, 177 Anm. 22) wird man den Passus daher nur insofern halten können, als das Verhältnis beider Haftungsinhalte zueinander sich hier in der Tat als ein Quantenunterschied auswirkt.

riante einer *negativen* Exportklausel mit einem Ergebnis, das mit dieser Tradition in offenbarem Widerspruch steht: Nun soll auf einmal der Verkäufer auch *affectionis ratione* klagen können. Worauf und mit welcher *actio* wird zwar nicht gesagt. Doch kommt als Anspruchsinhalt, in Ermangelung anderer Bestimmungsmomente, nur die auch hier (wie man voraussetzen muß) formlos versprochene Vertragsstrafe in Betracht. Der im letzten Satz vorgenommene Harmonisierungsversuch liefert zwar eine Begründung, die „freirechtlich“ zu überzeugen vermag, aber außer dem allgemeinen Prinzip der *aequitas* zunächst keinerlei Anknüpfungspunkte an uns aus dem klassischen Recht bekannte Entscheidungsmaximen zu bieten scheint. Den offenbaren Bruch mit der Tradition kann sie nicht überbrücken: Entweder ist es die *actio venditi*, mit der der Verkäufer hier die Vertragsstrafe soll geltend machen können; das würde bedeuten, daß mit *actio venditi* auch ein nicht vermögensmäßiges, wenn auch durch Pönapaktum quantifiziertes Interesse verfolgt werden könnte. Bleibt es hingegen dabei, daß ein *ex continenti venditionis* vereinbartes Strafgedinge mit der *actio venditi* nicht klagbar sein soll, so bliebe als denkbarer Klaggrund nur noch das von der Formel *ex vendito* nicht mehr gedeckte Pönapaktum als solches übrig; damit würde aber eine Klage aus einer formlosen, keinem der als klagbar anerkannten Typen zugehörigen Vereinbarung, einem *pactum nudum* zugelassen⁶⁷.

- b) Unter diesen Umständen liegt es in der Tat nahe, die beiden letzten Sätze des Fragments für einen mit dem klassischen Rechtszustand nicht vereinbaren späteren Zusatz zu halten, wie es bis zu Wieacker durchweg geschehen ist⁶⁸. Dieser Verdacht läßt, worauf eingangs hingewiesen wurde, sich nicht allein dadurch ausräumen, daß man den philanthropischen Gehalt der Begründung nicht für ein ausschließlich

⁶⁶ S. u. p. 167.

⁶⁷ Daß eine *actio in factum* gemeint ist, erscheint nach der Textfassung unwahrscheinlich.

⁶⁸ Vgl. o. Anm. 9 ss. Die textstufenkritische Einordnung wird davon abhängen, ob man beide Sätze oder nur den letzten streichen will. Da man in diesem Falle von der Echtheit der Sachentscheidung ausgeht, wird man die dann allein als unecht verdächtige Paraphrase als nachklassisches Glossen ansehen können (so MEDICUS, 176 Anm. 20). Hält man dagegen auch die Sachentscheidung für unklassisch, so scheint mir die Zielstrebigkeit des sachlichen Eingriffs und die Parallelen zu anderen offensichtlich byzantinischen Neuerungen (vgl. o. Anm. 49, ferner MARCHI, BIDR 16 [1904], 267; KASER, RPR II 247 bei Anm. 16; UMBERTO RATTI, Il risarcimento del danno nel diritto giostineaneo, BIDR 40 [1932], 169 ss. [186 ss.]) eher für eine justinianische Änderung zu sprechen (die dann freilich auch für den harmonisierenden Schlußsatz verantwortlich zu machen wäre).

durch christliche Ideen erklärbares und daher notwendig unklassisches Gedankengut, sondern für einen auch in einem Klassikertext möglichen⁶⁹ Ausdruck spätantik-heidnischer Rechtsethik hält oder sogar nach Inhalt und Diktion für spezifisch papinianisch erklärt⁷⁰. Denn es bleibt dann immer noch die oben aufgeworfene Frage zu beantworten, ob ein derartiger Rückgriff auf die *aequitas*, wie er Papinian hier imputiert wird, unter den Voraussetzungen des klassischen Rechts überhaupt möglich war. Würde doch eine Rechtfertigung des Textes allein aus stilistischen Gründen nur mit umgekehrter Tendenz Fehler wiederholen, in welche die radikale Textkritik in der Frühzeit der Interpolationenforschung verfallen war. Um die letzten beiden Sätze unseres Fragments als papinianisch zu retten, wird man daher untersuchen müssen, ob die Prämissen jener Entscheidungsnormen, die Papinians Entscheidung im Ausgangsfall und in dem in D.18.7.6.1 überlieferten Fragment trugen, Momente enthalten, die einem Juristen wie Papinian einen unmittelbaren Rückgriff auf die *aequitas* erlauben⁷¹, und welche Gründe ihn dazu veranlaßt haben mögen, den gesicherten Boden der Überlieferung zu verlassen und eine Entscheidung *ex aequo et bono* zu wagen.

- c) Im Ausgangsfall unseres Fragments und in D.18.7.6.1 hatte Papinian sich offenbar deswegen gehindert gesehen, das formlose, *ex continenti venditionis* vereinbarte Strafgedinge für klagbar zu erklären, weil einerseits das Edikt keine besondere Formel dafür vorsah, und weil es andererseits von der *actio venditi* darum nicht gedeckt wurde, weil die Verfolgung außervermögensmäßiger Interessen dem institutionellen Gehalt des Kaufes als eines auf Opfer und Gegenopfer gerichteten Austauschgeschäfts nach den Vorstellungen der Klassiker zu sehr widersprach. Aus diesem Grunde hatte man die an sich durchaus bestehende Möglichkeit, auch die zur Sicherung außervermögensmäßiger, mit dem Verkauf verfolgter Interessen formlos versprochene Vertragsstrafe in der *actio venditi* unterzubringen, nicht genutzt, eine Möglich-

⁶⁹ Gegen diese Möglichkeit noch BÖRNER, 365.

⁷⁰ So neuerdings WIEACKER, 354 Anm. 106; MEDICUS, 177, und schon früher (noch unkritisch) MARCHI, 273, sowie anscheinend der bei BÖRNER, l. c. zitierte Toso. (Den Titel des Werkes, der bei BÖRNER nicht angegeben wird, habe ich nicht ausfindig machen können.)

⁷¹ Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage lassen die Autoren, die von der Echtheit der Sachentscheidung in Satz 4 ausgehen, vermissen; vgl. WIEACKER l. c., MEDICUS l. c. und PASTORI, 279s., welcher das ganze Fragment ohne textkritische Stellungnahme für bare Münze nimmt.

keit, die bei der Offenheit des Wirkungsbereiches einer dem *bonae fidei iudicium* unterliegenden Klage ohne weiteres bestanden hätte und, wo immer man einen Grund zu haben glaubte, sich über jene Bedenken hinwegzusetzen, fortwährend bestand, nachdem sich die Funktion der *bona fides* von einem die Klagbarkeit des Geschäftstyps *emptio venditio* begründenden zu einem den Klageinhalt bestimmenden Moment gewandelt hatte. Hier konnte nun Papinian in der Tat einsetzen, wenn er wirklich ein formlos abgegebenes Strafversprechen des Käufers, das ein nicht vermögenswirksames Interesse des Verkäufers an der Durchführung einer Verkaufsbestimmung sichern sollte, einmal für klagbar erklären wollte. Ob er es hier getan *hat* (und nicht ein späterer Bearbeiter), läßt sich freilich mit Sicherheit nicht feststellen; mehr als ein Wahrscheinlichkeitsurteil zu fällen, ist uns in diesem Falle nicht möglich. Dazu wird man nach den besonderen Gründen suchen müssen, die Papinian veranlaßt haben können, die traditionellen, auf dem Prinzip der *consideration* beruhenden Grenzen der *actio venditi* zu überschreiten. Hier bietet sich zunächst der im Text angegebene Grund an, daß es ein („existentielles“, wie man heute sagen würde) menschliches Bedürfnis sei, dem Mitmenschen wohl zu tun, eine Begründung, die man gerade einem Manne wie Papinian durchaus zutrauen darf⁷². Als weiterer Grund käme in Betracht, daß die anderen beiden üblichen sklavenbegünstigenden Verkaufsbestimmungen, *ut manumittatur* und *ne prostituatur*, bei Nichtbefolgung schon seit Marc Aurel *ipso iure* zur Freiheit des Sklaven führten⁷³, die Klausel *ne exportetur* mithin die einzige war, die einer Sanktionierung durch ein Strafversprechen bedurfte, sofern der Verkäufer sich nicht die *manus iniectio* vorbehalten hatte⁷⁴. Freilich hätte ein vorsichtiger Verkäufer entweder dieses tun oder die Vertragsstrafe stipulieren können, um völlig sicher zu gehen. Hatte er aber nun beides unterlassen, sei es aus Rechtsunkenntnis, sei es im Vertrauen auf die Redlichkeit des Käufers, so war er und vor

⁷² WIEACKER, I. c.; MEDICUS, I. c. bei Anm. 24; F. SCHULZ, Gesch. d. Röm. Rechtswiss., 299 Anm. 4; KUNKEL, Herkunft usw., 225; anders BÖRNER, 365, mit weiteren Nachweisen.

⁷³ Die die Freiheit des Sklaven anordnende Constitution der Kaiser Marc Aurel und Commodus ist nur mittelbar überliefert, z. B. in einem Claudius-Zitat des Scaevola, 7 dig. = D. 18.7.10, und bei Marcian, lib. sing. ad form. hyp. = D. 40.8.6; im CJ in zwei Constitutionen des Alexander Severus, C 4.57.2 (a. 222) und 3 (a. 224).

⁷⁴ Zu dieser Möglichkeit vgl. VALENTIN A. GEORGESCU, La *manus iniectio* en matière de vente d'esclave, SZ 64 (1944), 376. Quellenbelege und weitere Literatur auch bei KASER, RPR, I 222 (Text und Anm. 25).

allem der Sklave, anders als bei *ut manumittatur* und *ne prostituatur*, allein der Anständigkeit seines Geschäftspartners ausgeliefert. Unter diesen Umständen mochte nun Papinian die herkömmliche, aber *bona fide* nicht geforderte Beschränkung des mit der *actio venditi* verfolg-
baren Interesses auf das vermögenswerte für nicht mehr vertretbar,
und es vielmehr für ein auch von Rechts wegen zu beachtendes Gebot
der *aequitas* halten, den Inhalt des *ex fide bona* vom Käufer zu Lei-
stenden auch auf die *ex continenti emptionis* versprochene, die sklaven-
begünstigende Klausel sichernde Strafe zu erstrecken, obwohl das klä-
gerische Interesse an der Durchführung jener Klausel ein rein ideelles
gewesen war. Seine Entscheidung in *lib. 10 quaest.* wäre dann jener
anderen, aus *lib. 9 resp.* (= D.40.8.8) an die Seite zu stellen, wo er eine
weitere in besagter Constitution offen gebliebene Lücke zugunsten des
Sklaven geschlossen hat, indem er die *lex donationis* der in der Consti-
tution allein erwähnten *lex venditionis* gleichstellte⁷⁵.

- d) Ob dies nun wenigstens mit Wahrscheinlichkeit die Entscheidung ist,
die P a p i n i a n getroffen hat, wage ich nicht, abschließend zu ent-
scheiden. Unwahrscheinlich ist sie sicherlich nicht, wenngleich sich nicht
alle Bedenken gegen ihre Echtheit ausräumen lassen. So läßt sich trotz
allem nicht bestreiten, daß Ergebnis und Begründung sich besser in das
Bild des justinianischen Rechts einfügen lassen, welches auch sonst einer
Berücksichtigung eines als billigenswert empfundenen immateriellen
Interesses bei dessen Berechnung nicht abgeneigt gewesen ist⁷⁶, als in
das des klassischen Rechts, wo sie eine wenn auch denkbare Singulari-
tät darstellt⁷⁷. Hinzukommt, daß das *vindictae ratione* des zweiten
Satzes, das als Antithese zu *affectionis ratione* mit in den Argumenta-
tionszusammenhang der letzten beiden Sätze gehört und daher mit
Sicherheit deren Autor zuzurechnen ist, an seiner Stelle wie ein Fremd-
körper wirkt, der zur Begründung der Ausgangsfall-Entscheidung
nicht so recht passen will⁷⁸.
- e) Rechnet man den Variantenfall trotz allem dem Papinian zu — eine
Möglichkeit, die wie gesagt keineswegs auszuschließen ist, und für wel-
che außer den erörterten sachlichen die stilistischen Argumente Wie-

⁷⁵ Eine Analogie Papinians, auf die schon CUJACIUS aufmerksam gemacht hat, vgl. Comm.
in resp. Papin. lib. 10, D. 40.8.8, Op. om. IV 1255 D.

⁷⁶ Vgl. D. 17.1.54 pr; 21.2.71.

⁷⁷ Dies rein systematische Bedenken wird man allerdings nicht überbewerten dürfen.

⁷⁸ Vgl. o. p. 163 bei Anm. 65.

ackers sprechen —, so würde das bedeuten, daß Papinian ausnahmsweise⁷⁹ einmal die *actio venditi* dazu benutzt hätte, ein nicht vermögensmäßiges, aber durch Strafgedinge bestimmbar gemachtes Interesse zu verfolgen, oder anders gewendet, einem im Zusammenhang mit dem Verkauf vereinbarten Pönalpaktum über die *actio venditi*⁸⁰ den Klageweg zu eröffnen. Die Kompilatoren hätten dann eine Entscheidung, die dem christlichen Geist ihrer Zeit mit seinen humanitären, insbesondere auch sklavenfreundlichen Tendenzen bereits entgegentgekommen war, sachlich unverändert übernommen. Allerdings hätten sie möglicherweise den Strafanspruch des Verkäufers nun als unmittelbar auf das Pönalpaktum gegründet verstanden, weil der Formularprozeß inzwischen außer Übung geraten und man daher nicht mehr darauf angewiesen war, die Strafforderung in einer ediktalen Aktionsformel unterzubringen.

- f) Hält man den Schluß des Fragments dagegen für unecht, so wird man ihn für eine bewußte kompilatorische Neuerung^{80a} ansehen müssen, die den anderen Durchbrechungen des klassischen Grundsatzes, nur das Vermögensinteresse zu vergüten, an die Seite zu stellen wäre⁸¹.

II. Zur Interpretationsgeschichte des Fragments⁸²

Die Frage der Rechtsverbindlichkeit einer Vertragsstrafe, die der Verkäufer zur Sanktionierung einer dem Käufer gemachten Auflage formlos sich hatte versprochen lassen, war für den Klassiker Papinian die Frage nach

⁷⁹ Eine Echtheitserklärung gäbe allerdings Veranlassung, u. U. auch den Interpolationsverdacht von D. 17.1.54 pr, einer gleichfalls aus den papinianischen Quaestiones entnommenen Stelle (ex lib. 27), jedenfalls in sachlicher Hinsicht zu revidieren.

⁸⁰ Weil die *actio venditi* die einzig mögliche Brücke gewesen ist, über die Papinian das *pactum* mit einer *in ius* konzipierten Formel klagbar machen konnte, kann man m. E. die Klagbarkeit des *pactum* und die Liquidierbarkeit des Affektionsinteresses nicht gänzlich voneinander trennen und sagen, jene stehe gar nicht zur Debatte (so aber MEDICUS, 177, und auch schon FRIEDRICH MOMMSEN, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 2 (Die Lehre vom Interesse) (Braunschweig, 1855), 129). Denn als Ergebnis bleibt, daß die *actio venditi* der Liquidation eines nicht vermögensmäßigen Interesses dienstbar gemacht wird.

^{80a} Vgl. o. Anm. 68.

⁸¹ Vgl. o. Anm. 76.

⁸² Folgender Überblick erhebt nicht den Anspruch, alle das Fragment betreffenden Äußerungen vollständig berücksichtigt zu haben. Er beschränkt sich auf eine (hoffentlich) repräsentative Auswahl, in welchen die verschiedenen Deutungen, zu denen eine dogmatische Interpretation des Textes hat führen können, exemplarisch zum Ausdruck kommen. Seinem sachlichen Gehalt nach ist er zugleich ein an einem Einzeltext orientierter Beitrag zur Dogmengeschichte des *pactum nudum* und des Immaterialschadensersatzes, und zwar an einem Text, der der Aufmerksamkeit der dogmengeschichtlichen Forschung zu diesen Materien bis-

einer Klagformel gewesen, in der sich das Strafbegehren des Verkäufers unterbringen ließ. Da das Edikt für das formlose Strafgedinge als solches eine Formel nicht enthielt und sich daher allein die *actio venditi* anbot als Klage aus demjenigen Geschäft, in dessen Zusammenhang und zu dessen Sicherung die Strafe versprochen worden war, hatte sich die Frage darauf zugespitzt, ob die Vertragsstrafe sich hier in den Rahmen des mit der Verkäuferklage verfolgbaren Interesses einfügte, d. h. ob sie dazu gehörte, *quod emptorem venditori dare facere oportebat ex fide bona*. Sie war von Papinian dahin beantwortet worden, daß die Strafsumme grundsätzlich nur als Interesseersatz und daher nur insoweit klagbar war, als das Strafgedinge vermögensmäßige Interessen des Verkäufers sichern sollte. Ferner war nicht auszuschließen, daß er sich (ausnahmsweise) auch ohne dies Erfordernis für Klagbarkeit der durch *pactum* versprochenen Summe mittels *actio venditi* ausgesprochen hat, wenn das Strafgedinge eine sklavenbegünstigende negative Exportklausel sichern sollte.

Schon für Justinian war die papinianische Fragestellung wegen Fortfalls des Formularprozesses und der ihm eigentümlichen Identifikation von materiellem Anspruch und Klagformel unaktuell geworden. Für ihn wie später dann für das Textverständnis der europäischen Juristen von den Glossatoren bis zu den Pandektisten ging es allein um die materiellrechtliche Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer einen (klagbaren) Anspruch auf die Vertragsstrafe haben sollte. Das bedeutete, daß von nun an für die dogmatische Interpretation des (von den Kompilatoren möglicherweise veränderten) Papiniantextes, die seine historischen Prämissen weder kannte

her entgangen ist. Zum Verständnis der allgemeinen dogmengeschichtlichen Zusammenhänge vgl. aus der umfangreichen Literatur zur Geschichte des *pactum nudum* u. a. PIERO BELLINI, L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico, Mailand 1964; JOHANNES BÄRMANN, *Pacta sunt servanda*. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel, *Rév. Int. de Droit Comparé* 13 (1961), 18 ss.; HERMANN DILCHER, Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht, *SZRom* 77 (1960), 270 ss.; ALFRED SÖLLNER, Die *causa* im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, *SZRom* 77 (1960), 182 ss.; FRANCESCO CALASSO, *Il negozio giuridico*, 2. Aufl. Mailand 1959, jeweils mit weiteren Hinweisen auf ältere Literatur, unter welcher vor allem LOTHAR SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nördlingen 1881, zu erwähnen ist, weil er als einziger außer BÄRMANN auch die nachmittelalterliche Entwicklung darstellt. Zur Geschichte des Immaterialschadensersatzes vgl. HERMANN LANGE, Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie, Köln und Münster 1955, p. 48 ss.; ANTONIO MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, *BIDR* 16 (1904), 206 ss. (208), sowie neuerdings die noch ungedruckte Münsteraner Dissertation von HANS JOSEF WIELING, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum BGB* (1967, mir nicht zugänglich).

noch danach suchte, die Notwendigkeit einer Subsumtion der Strafforderung unter die *actio venditi* entfiel. Die überlieferte Entscheidung konnte nun ebenso gut als eine Entscheidung über den gegenständlichen Umfang des mit dem Verkäuferanspruch verfolgbaren Interesses, wie über die unmittelbare Klagbarkeit eines formlosen Strafgedinges verstanden, der materielle Grund für die Zuerkennung des Strafanspruchs in der Fallvariante also sowohl in der *venditio pacto in continenti appposito contracta* als auch im *pactum* selbst gesehen werden.

Wie der folgende kurze Überblick über die Interpretationsgeschichte der Stelle zeigen wird, sind die europäischen Juristen seit den Glossatoren zunächst jenen zweiten Weg gegangen, haben also gefragt, wann und warum der Anspruch des Verkäufers *ex pacto* begründet sei. Dieser Wandel des Ausgangspunktes hat sie jedoch nicht daran gehindert, die an sich nur auf der Basis der *actio venditi* legitime Frage nach dem Interesse des Verkäufers und seiner Erheblichkeit für die Entscheidungsbegründung gleichfalls zu stellen, da der Text zu ihrer Erörterung Veranlassung bot. Allerdings mußte sie nun unter dem veränderten rechtlichen Gesichtspunkt eine andere Bedeutung gewinnen: das — als geldwert oder nicht geldwert, billig oder unbillig zu qualifizierende — Interesse des Klägers verwandelte sich aus einem Anspruchsinhalt der *actio venditi* zu einer Gültigkeitsvoraussetzung des *pactum*.

1. Die Glosse

Schon für die Glosse ist die *actio*, die in unserem Fragment in Frage steht, eine *actio ex pacto* — soweit Ausführungen zum Klagegrund gemacht werden. Die Gl. *possit*⁸³, die als einzige den Klagegrund nicht nennt⁸⁴, erklärt die Aberkennung des geltend gemachten Strafanspruchs im Ausgangsfall mit dem Fehlen eines Vermögensinteresses des Verkäufers, dessen Erheblichkeit vorausgesetzt wird. Sie harmonisiert dann die Entscheidung mit dem vorangehenden Papinianfragment durch den Hinweis, daß dort im einen Falle die Strafe stipuliert worden (und daher — wie zu ergänzen ist — die Interessenfrage nicht zu stellen sei), im anderen nicht auf die

⁸³ Gl. *possit*: *Id est, non aget nisi pecuniariter venditoris intersit, ut subjicit. et sic cum approbet hanc distinctionem, intersit sua pecuniariter, vel non, est contra supra legis proxima in fine solutionem. ibi intercessit stipulatio, hic non: ut in principio huius legis. praeterea ibi agitur ex vendito ad ipsum interesse, hic ad poenam conventam: quod non potest: ut hic. et sic non quod pactum etiam in continenti appositum non valet ad actionem in poena ista. sic nec in usura . . .*

⁸⁴ Das *ex vendito* kann sich sowohl ausschließlich auf *ad ipsum interesse* als auch zugleich auf das folgende *ad poenam conventam* beziehen.

poena conventa (wie hier), sondern *ad ipsum interesse* (i.e. *pecuniarium*) geklagt worden sei. Sie schließt mit der verallgemeinernden Schlußfolgerung, daß auch ein *pactum in continenti (venditioni) appositum* eine Klage auf eine solche Vertragsstrafe nicht stützen könne. Entsprechend begründet Azo in der Gl. *cogitur*⁸⁵ die ausnahmsweise Zuerkennung der Vertragsstrafe im Regreßfalle damit, daß dort in der *poenalis actio* ein (vermögenswertes) Interesse zu erblicken sei. Auch er knüpft daran die Feststellung, daß *pro poena non agitur ex pacto in continenti appposito nisi intersit*. Ebenso interpretiert *Vivianus* den Fall in seinem in den Glossenausgaben abgedruckten Sachverhaltsbericht⁸⁶: ... *et agi non potest ad poenam ex eo pacto nisi interesset pecuniariter, quo casu agitur eatenus*.

Vergleicht man die Textinterpretation der Glossatoren mit dem ursprünglichen, von Papinian gemeinten Sinngehalt, so ergibt sich insofern eine Übereinstimmung, als das geldwerte Interesse des Verkäufers an der Exportklausel über den Anspruch des Verkäufers entscheidet. Ein Unterschied besteht nur darin, daß die Glosse den — vom *interesse pecuniarium* abhängigen — Anspruch auf das Pönalpactum stützt und auf die Strafe als solche richtet, während er bei Papinian in der *actio venditi* aufging und sich auf das mit der *poena conventa* kongruente Interesse richtete. Das erzielte Ergebnis war jedoch das gleiche geblieben. Insbesondere führte die Ersetzung der *actio venditi* durch eine *actio ex pacto (venditioni appposito)* nicht zu einer materiellen Erweiterung des Klageschutzes von *pacta*, weil der *ex pacto* zu verfolgende Anspruch nur unter den gleichen Voraussetzungen gültig war, unter denen die *actio venditi* einen klagbaren Inhalt hatte: *quoad venditoris intererat*. Immerhin mag man die Projizierung des Anspruchsgrundes fort von der *venditio* auf das in seinen Gültigkeitsvoraussetzungen von denen der *actio venditi* zwar noch abhängigen *pactum venditioni appositum* schon als einen ersten, wenn auch noch unbewußten Schritt auf jenem Wege betrachten, der schließlich zu einer Konvaleszenz des *pactum* schlechthin zu einem an keine weiteren Wirksamkeits-Voraussetzungen geknüpften klagbaren Anspruchsgrund geführt hat⁸⁷.

⁸⁵ Gl. *cogitur*: *Ergo interesse spectatur in poenali actione, ut hic: secus in poenali stipulatione: ut infra de verborum obligationibus l. stipulatio ita § alteri. et sic pro poena non agitur ex pacto in continenti appposito, nisi intersit.*

⁸⁶ Casus: *Si venditur servus hoc pacto ne moraretur in Italia: si contra factum sit, poenam praestari convenit, et agi non potest ad poenam ex eo pacto, nisi interesset venditoris pecuniariter, quo casu agitur eatenus. si vero convenit, ne exportaretur, et factum sit contra, agetur. Ratio diversitatis est, quia hominem etc., quia pactum, quo exportetur, solam duritiam continet ...*

⁸⁷ Vgl. die in Anm. 82 zitierte Literatur.

Die aus dem Ausgangsfall abgeleitete Regel, daß *etiam ex pacto nudo in continenti appposito agi non potest, nisi pecuniariter intersit*, ließ sich freilich mit dem Fortgang der Stelle, der Entscheidung über die Variante des Ausgangsfall, nur schwer vereinbaren. Die dogmatische Bewältigung dieser Diskordanz mußte bei den Glossatoren dann auch auf die gleichen Schwierigkeiten stoßen wie ihre historische Interpretation in der modernen Romanistik. Es ist daher nicht verwunderlich, daß sie ihr aus dem Wege gegangen sind und eine dogmatische Synthese gar nicht versucht haben. Die *Gl. agetur*⁸⁸, welche diesen Teil des Fragments auslegt, beschränkt sich auf die Feststellung, daß nun auch auf die Strafe geklagt werden könne. Auf die naheliegende Frage, warum hier das *pactum* trotz fehlenden Vermögensinteresses gültig sein und insoweit etwa jene Regel durch die Berücksichtigung auch eines billigenswerten Affektionsinteresses weiter eingeschränkt werden müsse, wird überhaupt nicht eingegangen⁸⁹. Auch Vivianus trägt nichts dazu bei und beschränkt sich auf eine verkürzte Wiederholung der im Digestentext überlieferten Begründung *nec videntur rell*⁹⁰.

2. Kommentatoren

- a) Erst den Kommentatoren gelingt dann eine Synthese zwischen den beiden Entscheidungen. Zwar ist bei *Bartolus* noch kein Fortschritt gegenüber den Glossatoren festzustellen. Sein Kommentar zu unserem Fragment⁹¹ beschränkt sich auf den lapidaren Satz: *Si poena promittitur pacto nudo non potest exigi, nisi intersit*. Liest man *intersit* wie bisher im Sinne von *pecuniariter intersit*, was wegen Fehlens irgendwelcher Hinweise durch *Bartolus* an dieser Stelle⁹² naheliegt, so ist

⁸⁸ *Gl. agetur: Ad poenam etiam. Sed videtur quod non in casu manumissionis: quia tenet libertas: unde ad poenam agi non potest: ut Cod. si mancipium ita fuerit alienatum l. si puella, et infra de manumissionibus l. causam solutiones. ibi favore libertatis fit liber ex contractu nominato, hic competit ex innominato, secundum quosdam, quod non placet: quia et hic et ibi competit ex nominato, dic ergo quod hic actum fuit, ut vindicta fieret manumissio. et ideo cadit in poenam, nisi sic fiat: ibi quocumque modo fiat liber, non curabat, infra de verborum obligationibus l. qui Romae § Flavius.*

⁸⁹ Statt dessen widmet sich die Glosse den Problemen, die sich aus der von der Florentina abweichenden Lesart des Digestentextes in den Vulgaten ergeben (*„ut manumittatur“* statt *„ne poenae causa exportaretur“*), vgl. o. Anm. 20.

⁹⁰ Vgl. Anm. 86.

⁹¹ Benutzt wurde die Basler Ausgabe von 1589.

⁹² Zur Frage, an welcher Stelle und in welchem Umfang *BARTOLUS* sich für eine Berücksichtigung des Affektionsinteresses ausgesprochen hat. vgl. LANGE, 53 ss.

sein Kommentar nichts anderes als eine Quintessenz aus der Gl. *possit*. Aber schon bei *Baldus* bietet sich ein anderes Bild⁹³. Zunächst folgert auch er, ähnlich seinem Lehrer: *Nota ex hac lege, quod si poena promittitur pacto nudo in continenti appposito non potest exigi nisi stipulatio intersit*. Doch fällt hieran bereits auf, daß er statt des *nisi intersit* bei Bartolus und des noch eindeutigeren *nisi pecuniariter intersit* der Gl. *possit* und des *Casus Vivians* nicht das Interesse des Verkäufers, sondern die Stipulation der Vertragsstrafe als Ausnahmetatbestand nennt, bei dessen Vorliegen die Strafe klagbar ist, während er das Interesse als Legitimationsgrund hier gar nicht erwähnt. Erst im weiteren Verlauf seiner Ausführungen geht er darauf ein und kommt nun, nach dem Hinweis, daß hier ein entgegenstehendes Interesse des Verkäufers nicht vorliege (*secundo nota textum. ibi nec videtur interesse contrarium*), erstmalig in diesem Zusammenhang auf das Affektionsinteresse zu sprechen, indem er sagt, daß es *in actu favorabili* beachtlich, *in actu odioso* unbeachtlich sei. Das legt die Vermutung nahe, daß die Gültigkeit der Regel, *quod si poena promittitur pacto nudo in continenti appposito non potest exigi nisi (stipulatio) intersit*, weiter eingeschränkt werden soll, indem außer dem *interesse pecuniarium* des Verkäufers auch das *interesse affectionis in actu favorabili* das *pactum* klagbar machen solle. Damit wäre die bisher fehlende dogmatische Synthese zwischen den beiden widersprechenden Entscheidungen hergestellt⁹⁴.

- b) Die Einbeziehung des billigenswerten Affektionsinteresses in dasjenige Interesse, das das *pactum nudum in continenti appositum* als klagbar legitimieren soll, erwies sich jedoch nicht als der einzig gangbare Weg, Ausgangsfall und Variante unseres Fragments zu harmonisieren. Ein anderer bestand darin, die Gültigkeit der Glossatorenregel: *ex pacto*

⁹³ Comm. in Dig. 18.7 (*de servis exportandis*). 7 (*servus*), Venetiis 1577: *Nota ex hac lege, quod si poena promittitur pacto nudo in continenti apppositio non potest exigi, nisi stipulatio intersit, ut notatur hic in glossa prima* (i. e. Gl. *possit*) *et in glossa quae incipit interesse* (i. e. Gl. *cogitur*). *circa quod videndum est quod notatur infra de verborum obligationibus l. stipulatio ita § alteri, et Cod. eodem* (i. e. Cod. 8.38) *l. secunda. secundo notatur textus ibi nec videtur interesse contrarium. nota quod consideratur interesse affectionis in actu favorabili, sed non in actu odioso*.

⁹⁴ Es ist freilich nicht völlig auszuschließen, daß sich ein ähnlicher Sinn auch schon hinter dem knappen „*intersit*“ bei BARTOLUS verbirgt, wenn man seine Ausführungen über das Affektionsinteresse zum Codextitel *de sententiis, quae pro eo . . .* (C. 7.47), nr. 3, 10 und vor allem 12 in Betracht zieht. Danach kann bei Ansprüchen aus *bonae fidei Contracten*, die schon einen anderweit bestimmten Klagegegenstand haben, anstelle eines pecuniären Interesses auch die *affectio* die Klage rechtfertigen, vgl. LANGE, I. c.

nudo etiam in continenti appposito ad poenam agi non potest in Frage zu stellen und den Grundsatz, daß *pacta in continenti apposita* wie das Hauptgeschäft klagbar seien, auch auf das Pönpactum anzuwenden⁹⁵. Die Versagung des Klageschutzes im Ausgangsfall ließ sich dann auf Rechtsmißbrauch stützen. Baldus selbst hat an anderer Stelle diesen Weg eingeschlagen, wobei er sich bereits auf ältere Vorbilder⁹⁶ berufen konnte, nämlich in seinem Kommentar zu *l. quamvis Cod. de usuris* (C.4.32.3)⁹⁷, wo er auch auf unser Fragment eingeht. Er spricht dort zunächst, wie der Text es veranlaßt, vom Zinspactum und schränkt die auch dafür geltende Regel der Klaglosigkeit des durch *pactum nudum* abgegebenen Versprechens dadurch ein, daß er unter Berufung auf C.4.32.12 bei den *pacta usurae nuda in continenti apposita* Klagbarkeit zuläßt und C.4.32.3 als Ausnahme versteht, die zum Schutz gegen die Geldgier der Geldverleiher dienen solle. Im Anschluß daran stellt er die Frage, ob nicht nur aus dem Zinspactum, sondern auch aus einem Strafpactum geklagt werden könne, wenn es *in continenti* vereinbart worden sei. Er weist einerseits auf die Glosse zu unserer Stelle hin, welche diese Frage bekanntlich verneint, andererseits aber auf eine Distinction des *Jacobus de Ravanis*, der zwischen Pönpacten, die im Zusammenhang mit Darlehensgeschäften geschlossen werden, und sonstigen Pönpacten unterscheidet und nur jene für klaglos hält (und insofern der Glosse recht gibt), während sonst *ex nudo pacto vestito cohaerentia contractus* solle geklagt werden können⁹⁸. Baldus gibt *Jacobus* recht mit der von diesem und von

⁹⁵ Zur allgemeinen Dogmengeschichte des Grundsatzes „*ex pacto in continenti contractus appposito actio oritur*“ vgl. DILCHER, 271, 276, 278, 287, 291 ss. und öfter.

⁹⁶ Nämlich den von ihm zitierten *JACOBUS DE RAVANIS* und *CINUS PISTORIENSIS*.

⁹⁷ Comm. in Cod. 4.32 (*de usuris*). 3 (*quamvis*), Venetiis 1577: *Si usurae pacto nudo promittantur, non oritur actio: sed si solvantur, non datur repetitio, nec fit extenuatio sortis. huic dicto oppono imo quod ex nudo pacto possit agi, si est appositum in continenti, ut infra est l. frumenti solutio. hoc speciale in mutuo pecuniae numeratae propter frequentiam foeneratorum, qua eorum avaritiam communiter exercent in pecunia. quaero utrum debeatur poena ex nudo pacto in continenti appposito, et glossa dicit quod non, Dig. de servis exportandis l. servus ea. Jacobus de Ravanis dicit quod aut pena apponitur in mutuo quantitatis, aut in aliis rebus. primo casu est vera glossa, secundo agitur ex nudo pacto vestito cohaerentia contractus. et est ratio, quia idem debet esse in pena quod in usura, secundum Jacobum de Ravanis et Cynum. et adde infra eo l. cum allegas. et dic ut ibi dicam.*

⁹⁸ Den Ort der *JACOBUS*-Stelle, zu dem *BALDUS* keine Angaben macht, habe ich nicht ermitteln können. In der fälschlich dem *PETRUS DE BELLAPERTICA* zugeschriebenen Pariser Ausgabe seines Codexkommentars von 1519 wird die *l. quamvis* nicht kommentiert. Auch in den kommentierten Fragmenten zum Titel *de usuris* ist die Distinction nicht enthalten.

Cinus übernommenen Begründung, Zinspactum und Strafpactum müßten gleich behandelt werden⁹⁹. Wegen der Schlüssigkeit dieses Arguments, daß nämlich besagte Distinction jedenfalls für das Zinspactum zu machen sei, konnte er sich gleichfalls auf Cinus¹⁰⁰ berufen: dieser hatte — wie Baldus — gerade beim Zinspactum entwickelt, daß man zwischen Nebenabreden beim Darlehen und solchen bei anderen Geschäften unterscheiden müsse¹⁰¹.

Die von Baldus bei der Auslegung dieser Stelle im Anschluß an Jacobus de Ravanis und Cinus angewandte Umkehrung der Glossatoren-Regel *ex pacto nudo etiam in continenti appposito ad poenam non potest agi* ließ nun — umgekehrt wie für die Glossatoren — die Variantenentscheidung als die regelrechte und die des Ausgangsfalles als die regelwidrige erscheinen, die besonderer Erklärung bedurfte. Baldus selbst bleibt sie zwar schuldig; doch konnte er sich auch insoweit auf seinen Gewährsmann Cinus stützen. Dieser sagt am Schluß seines Kommentars zu C.4.32.3: „*ad quod respondet, quod ibi est speciale propter duritiam eventus poenae commissionis*“.

- c) Die beiden von den Kommentatoren verwendeten Harmonisierungsrezepte: einerseits grundsätzliche Klaglosigkeit des *in continenti* ver-

Überliefert ist nur des JACOBUS allgemeine Stellungnahme zur Frage der Klagbarkeit von *pacta in continenti apposita iuxta contractum* in seinem Kommentar zur l. *frumenti* h. t. Sie lautet: *Inducitur tota die lex ista quae speciale est quod ex pacto nudo oriatur actio. dico quod pactum in continenti appositum iuxta contractum parit actionem: et illud dico nudum licet ipsi dicant vestitum ex cohaerentia contractus: et de tali loquitur hic. unde quod hic dicitur quod pactum nudum in continenti appositum parit actionem: hoc est regulare et eius contrarium supra de pactis l. legem. quod ipsi dicunt generale speciale est et qualiter hoc probo tu alias vidisti.*

⁹⁹ Die Stelle aus dem CINUS-Kommentar zur l. *quamvis* lautet (vgl. Ed. Lugdun 1547): *Tertio quaero quid in poena iuxta contractum apposita nudo pacto. dicit glossa quod non poterit peti, ut non Dig. de servis exportandis l. servus. Jacobus de Ravanis dicit idem in poena quod in usuris, scilicet ut eo casu quo nudo pacto veniunt usurae, possit venire poena, ut Dig. de negotiis gestis l. sive. et facit secundum unum intellectum infra eo l. pignoribus. sed contra videtur praedicta l. servus, quae improbat pactum in continenti factum in poena, etiam iuxta contractum bonae fidei. ad quod respondet, quod ibi est speciale propter duritiam eventus poenae commissionis.* Auch hier habe ich den von BALDUS und CINUS zitierten JACOBUS-Satz („*idem in poena quod in usuris*“) nicht ermitteln können.

¹⁰⁰ Vgl. den Beginn seines Kommentars zur l. *quamvis*: *Nota, quod usurae promissae iuxta contractum per nudum pactum non possunt peti. sed si solvantur, non possunt repeti. . . . haec vera quando promittuntur nudo pacto appposito iuxta contractum pecuniae mutuatae. quid si iuxta alium contractum? tunc certe veniunt ex nudo pacto ut infra eodem l. frumenti . . .*

¹⁰¹ Wahrscheinlich auch hier im Anschluß an JACOBUS.

einbarten Pönalpactums, es sei denn, es werde durch ein Interesse gedeckt, andererseits grundsätzliche Klagbarkeit, es sei denn, sein Abschluß oder seine Geltendmachung seien rechtsmißbräuchlich, haben auch für die spätere Zeit die Ansatzpunkte geliefert, von denen die Interpretation unseres Textes ausgegangen ist. Allerdings hat sich nun, nachdem die dogmatische Begründung für die Zuerkennung bzw. Ablehnung des *ex pacto* erhobenen Anspruchs gesichert war, der Schwerpunkt der Diskussion von den Gültigkeitsbedingungen des Anspruchs auf seinen Inhalt verlagert. Suchte man, wie die Glosse und Bartolus sowie Baldus in seinem Kommentar zum Papinian-Fragment, die Rechtfertigung des aus dem Pönalpactum geltend gemachten Anspruchs in dem Vorhandensein eines (pecuniären oder eines gutwilligen Affektions-)Interesses, stellte man m.a.W. auf eine Kongruenz von Strafe und Interesse ab, so wurden versprochene Strafe und das Interesse, das sie sanktionierte, als Anspruchsinhalte austauschbar. Zugleich mußte eine Identifikation der Anspruchsinhalte bei dem ohnehin gegebenen zeitlich-sachlichen Zusammenhang der Anspruchsentstehung mit dem Kaufgeschäft die *actio ex pacto* als Anspruchsgrund wieder in die Nähe zur *actio ex vendito* rücken. Suchte man dagegen, wie Jacobus de Ravanis, Cinus und der Kodexkommentar des Baldus, die Rechtfertigung im *pactum* selbst, ohne auf das Interesse zu rekurrieren, und begriff man die Fälle der Klaglosigkeit als Mißbrauchstatbestände, so mußte die *poena conventa* einzig in Frage kommender Anspruchsinhalt bleiben.

3. Humanisten

- a) Als Repräsentanten jener ersten Richtung lassen sich, trotz mancher Abweichungen im einzelnen, *Cujacius* und *Faber* betrachten. *Cujacius* hat — neben zahlreichen beiläufigen Äußerungen¹⁰² — an zwei Stellen¹⁰³ sich ausführlich mit unserem Fragment befaßt. Die Abhängigkeit der durch *pactum* begründeten Strafforderung von einem damit verfolgten Interesse ist für ihn zum Anwendungsfall einer allgemeinen Regel geworden, daß alle Verträge außer der Stipulation eines Inter-

¹⁰² Vgl. hierzu das Promptuarium von ALBANESE zur sogleich zitierten Neapolitaner Ausgabe.

¹⁰³ In den *Observationes*, lib. 2 cap. 37 (*Opera omnia*, Neapoli 1757, Tom. 3 col. 52 s.) und in seinem Kommentar zu Papinians Quaestionen, lib. 10 (ad. D. 18.7.7) (*Op. omn.* IV 259 ss.).

esses bedürfen, um klagbare Ansprüche erzeugen zu können¹⁰⁴. Dieses Interesse braucht nicht auf einen Vermögenswert gerichtet zu sein, kann vielmehr auch einen „humanen“ Affektionswert zum Gegenstand haben; dies soll vor allem (aber offenbar nicht nur) bei *bonae fidei iudicia* gelten¹⁰⁵. Den Inhalt solcher durch ein Interesse zu legitimierender Ansprüche, die *res*, stellt Cujacius — insoweit durchaus klassisch — in Gegensatz zur *poena*; beide schließen einander aus¹⁰⁶. Das bedeutet für die Auslegung unseres Fragments, daß die Vertragsstrafe, weil nicht stipuliert, als solche als Anspruchsinhalt gar nicht mehr in Betracht kommen kann. Die notwendige Konsequenz, daß der geltend gemachte Anspruch, soweit er begründet ist, dann in Wahrheit auf das Interesse selbst gerichtet sein muß, hat Cujacius ausdrücklich zwar nur für den Ausgangsfall gezogen¹⁰⁷. Doch läßt sich von jener Prämisse aus auch der in der Fallvariante *affectionis ratione* zugesprochene Anspruch nicht als Strafforderung, sondern nur als (durch die Vertragsstrafe der Höhe nach bestimmter) Anspruch auf Interesseersatz begreifen. Ob unter diesen Umständen das *pactum* selbst überhaupt noch als Anspruchsgrund angesehen werden soll und nicht

¹⁰⁴ *Sciendum est, hoc inter cetera differre stipulationem a ceteris contractibus, quod ex ceteris non detur actio, nisi ei cuius interest: ergo nec ex pacto in contrahendo facto in continenti...*

¹⁰⁵ *... et plus dicit, qui rem dicit, quam qui pecuniam, etiamsi plurimum non dicatur cuiusquam interesse, nisi pecuniarie intersit. Latiore verbo rei utimur definiendo id quod interest, quam sit verbum pecuniae, quia in aestimatione eius quod interest, non tantum habetur ratio pecuniae, quae abest, quamque servare potui, sed etiam affectionis cum humanitate coniunctae, et pii desiderii, maxime si sit iudicium bonae fidei, id est, non tantum spectatur, quid pecuniae meae decesserit, quidve accedere potuerit, sed etiam habetur ratio desiderii mei pii et iusti: quod Papinianus ostendit in hac lege et in lege cum servus, super mandatis (i. e. D. 17.1.54 pr)...*

¹⁰⁶ *Ex iis, quae ante dicta sunt, intelligimus, actionem in id quod interest esse rei persecutionem, rei verbo contineri pecuniam vel etiam affectionem benignam, animum benevolum, poenam non contineri. Poena enim est extra rem, et ea re semper separatur, ergo poenae persecutio non est eius, quod interest, sed solius ultionis persecutio...*

¹⁰⁷ *Si mea interest, ut puta si eum emi ea lege, subiecta stipulatione poenali seu pacto, cum posteriori emptore agam, qua non poenam persequar, sed quanti debeo praestare alteri, ob legem non expletam. Aut mea nihil intersit, ut quia nihil debeo praestare alteri, et hoc casu nulla est actio: nec enim agitur ex pacto solius poenae nomine, id est quod saevitia mea expleta non sit, quod odio meo satisfactum non sit: nam bono viro non convenit credere venditoris interesse, quod eius animo saevienti satisfactum non sit, lex 6 § ultimus hoc titulo, quasi lucro intercepto scilicet, nam benigne numquam interpretabitur eius interesse. Ed ideo in bonae fidei iudiciis eius tantum lucri ratio habetur, cuius rationem haberi bonum et aequum est, non etiam eius lucri, cuius ratio manat ex malitia, duritia, saevitia et crudelitate: nam causa duritiae bonus vir nunquam permittit habere rationem eius quod interest...*

der geltend gemachte und zugesprochene Anspruch in Wahrheit eine *actio ex vendito* ist, wird von Cujacius nicht ausdrücklich beantwortet und bleibt unklar. Zwar spricht er meist noch von einer *actio ex pacto*¹⁰⁸, in einem Falle dagegen schon von einer *actio ex vendito*¹⁰⁹.

Jenen letzten Schritt, den geltend gemachten Anspruch als *actio venditi* zu qualifizieren und allein nach deren Maßstäben zu beurteilen — und damit zum klassischen Verständnis der Stelle zurückzufinden —, hat erst Antonius Faber in seiner Exegese zu unserem Fragment getan¹¹⁰. Auch bei ihm ist infolgedessen als Inhalt des begründeten Anspruchs nur das Interesse denkbar, sei es das pecuniäre, sei es das wohlwollende Affektionsinteresse. Zur Begründung der Variantenentscheidung bringt er übrigens als ein weiteres Argument, daß auch dort ein Vermögensschaden vorliegen werde, weil nicht nur die positive (wie in D.18.7.6.1), sondern auch die negative Exportklausel dem Käufer lästig sei und daher in der Preisbildung ihren Niederschlag finden werde.

- b) Lassen sich Cujacius und Faber als Fortführer (und zugleich als Überwinder) der durch die Glosse, Bartolus und den Digestenkommentar des Baldus begründeten und überlieferten Tradition verstehen, so knüpfen Donellus und, mit Einschränkungen, Rebuffus eher an das Textverständnis der Codexkommentatoren Jacobus de Ravanis, Cinus und Baldus an.

Donellus steht insofern in schärfstem Gegensatz zu Cujacius, als er die Liquidierbarkeit des Affektionsinteresses schlechthin leugnet und den Interessebegriff auf das Vermögensinteresse beschränkt¹¹¹. Soweit in den Quellen die *affectio* als ein für die Zuerkennung eines Anspruchs erhebliches Moment genannt wird, interpretiert er sie nicht als den subjektiven Wert, den der jeweilige Gläubiger empfindet und der seinem Anspruch Grund oder Inhalt gibt, sondern als eine objektive, allgemein verbindliche Wertgröße, die die Grenzen der Rechtsausübung

¹⁰⁸ Vgl. Op. omn. III 52 E Zeile 8, IV 260 A Zeile 3 (des Cujaz-Textes), 261 E Zeile 9, 262 A Zeile 2.

¹⁰⁹ Vgl. Op. omn. III 52 D Zeile 10.

¹¹⁰ In seinen *Rationalia ad Pandectas*, Aureliani 1626, tom. IV p. 443 s.

¹¹¹ Comm. in Cod. Just., tit. *de sententiis, quae pro eo* (C. 7.47), cap. 3, Opera omnia, Lucae 1766, Tom. IX coll. 820 ss. Dafür, daß CUJACIUS die *bona affectio* nicht nur als Klagegrund (bei bereits anderweitig bestimmtem Klagegegenstand), wie etwa BARTOLUS, sondern auch als den Anspruchsinhalt ausfüllendes Moment verstanden hat und damit für eine Valuation des Affektionsinteresses eingetreten ist, vgl. Observ. II 37 (Op. omn. III 52 E) und Comm. in quaest. Papin. lib. 11, D. 5.1.41 (Op. omn. IV 273).

bestimmt¹¹². In diesem Sinne versteht er auch unser Fragment, welches er im Rahmen seiner Ausführungen zum Affektionsinteresse untersucht¹¹³. Grund des Anspruchs ist die *conventio poenalis*, die er — obwohl nur durch *pactum* vereinbart — einer Stipulation gleichsetzt, Inhalt die *poena conventa*. Die *affectio* hat dabei nur die Funktion, *ut illi agere liceat de eo, de quo inutiliter esset acturus, nisi vel propter humanitatem et coniunctionem, quae natura inter omnes homines constituta est, interesset hominis hominem beneficio afficere*.

Auch für *Rebuffus* ist ein Anspruch auf das Affektionsinteresse grundsätzlich ausgeschlossen¹¹⁴ und wird ein solcher auch in unserem Falle nicht gewährt¹¹⁵. Auch er versteht unter *affectio* in unserem Text *id quod interest generaliter: quia generaliter interest hominis hominem beneficio affici*. Obwohl er es nicht ausdrücklich hervorhebt, kann danach auch für ihn nur die *poena conventa* Anspruchsgegenstand sein. Allerdings betont er — anders als *Donellus*, der das Pönapactum einer Stipulation gleichsetzt — den Zusammenhang der anspruchsbegründenden *conventio poenalis* mit der *venditio* als *bonae fidei*-Kon-

¹¹² I. c. col. 824.

¹¹³ *DONELLUS* sagt I. c. col. 822: *Ergo ... agit prior dominus affectus ratione ob servum exportatum, quem ipse hac lege vendiderat, ne exportaretur, ut est in dicta l. 7 de servis exportandis. Quid agit affectio? nempe, ut illi agere liceat de eo, de quo inutiliter esset acturus, nisi vel propter humanitatem et coniunctionem, quae natura inter omnes homines constituta est, interesset hominis hominem beneficio afficere. Num ergo cum hoc nomine agatur, dominus in id agat, quanti servum exportatum non esse pro affectu aestimabit? Immo vero in hoc agat, ut Papinianus scribit, ut poena praestetur, de qua convenit, quae tum etiam recte exigitur, cum nostra nihil interest, l. stipulatio ita § alteri, de verborum obligationibus. Quod ni poena adiecta esset, cum agenti domino nihil eo nomine abest, nihil est omnino, quod ei queat praestari: hoc enim hominem beneficio non affecisse, nullo proposito rei familiaris damno, quanti tandem aestimetur.*

¹¹⁴ *Repetitio ad l. unicum Cod. de sententiis, quae pro eo (C. 7.47.1), glossa 1 n. 87 ss., in: Repetitiones variae, Lugduni 1600, p. 166.*

¹¹⁵ Seine Ausführungen zu unserer Stelle lauten (vgl. I. c. n. 120, p. 169): *Non obstat dicta l. servus ea lege, quia in contractu bonae fidei secundum glossam ibi loquitur. vel respondeo, secundum Pirrum, in dicta l. quatenus, quem sequitur Renaldus fol. 49, quod ibi affectionis interesse non praebet actionem: nec ille textus de hoc loquitur: sed de eo quod interest generaliter: quia generaliter interest hominis hominem beneficio affici: cum natura quandam cognitionem inter nos constituerit, l. ut vim Dig. de iustitia et iure. Obstat tamen textus ibi, affectionis ratione recte agatur: quocirca ego dicerem, quod illud est ratione expressae conventionis, quae est apposita iuxta contractum bonae fidei: videlicet venditionis, ideo secundum naturam illius regi debet, l. in bonae fidei, et ibi notant doctores, Cod. de pactis, et supra dixi, nec probat quod in contractibus stricti iuris (cum ibi sit pactum, iuxta bonae fidei contractum) oriatur actio affectionis ratione tantum: imo ibi intererat, vel ratione poenae alii promissae, vel libertatis causa, ut ibidem patet: vide.*

trakt, dessen Natur auch die des *pactum appositum* bestimme, und sagt, daß aus der Berücksichtigung der *affectio* als Legitimationsgrund des *pactum* in diesen Fällen nicht darauf geschlossen werden dürfe, daß *in contractibus stricti iuris (cum ibi sit pactum iuxta bonae fidei contractum) oriatur actio affectionis ratione tantum*. Insofern entfernt er sich daher von jener Auffassung, die in unserem Fragment einen Beleg für die grundsätzliche Gültigkeit des *pactum poenale in continenti appositum* schlechthin sehen wollte.

4. Ausblick

Die erst von den Humanisten aufgeworfene Frage nach dem Inhalt des Anspruchs, den Papinian dem Verkäufer zuerkennt, und die unter diesem Gesichtspunkt nun neu zu stellende Frage nach *pactum* oder *venditio* als Anspruchsgrund ist über alle grundlegenden Veränderungen der methodischen Ausgangspunkte hinweg bis in die moderne Romanistik aktuell geblieben¹¹⁶. Wie schon oben gezeigt wurde, hat z. B. unlängst *Medicus*¹¹⁷ die Auffassung vertreten, daß in der Variantenentscheidung eine Liquidation des Affektionsinteresses hier gar nicht zur Debatte stehe, und *Börners Exegese*¹¹⁸ interpretiert sogar den von Papinian im Ausgangsfall *si venditoris interest* zuerkannten Anspruch als einen solchen, der auf die *poena conventa*, und nicht auf *id quod venditoris interest* gerichtet ist. Dagegen deuten die Ausführungen *Daubes*¹¹⁹ zum Ausgangsfall eher auf einen Interesseersatzanspruch hin, eine Auffassung, der bei der Auslegung der mit Sicherheit klassischen Ausgangsfallentscheidung auch ich den Vorzug gegeben habe¹²⁰, während ich die Frage bei der Variantenentscheidung offenlassen möchte¹²¹, weil ihr singulärer, aus den herkömmlichen Entscheidungsmaximen des klassischen Kaufrechts nicht ableitbarer Charakter m. E. die Möglichkeit ausschließt, den Inhalt dieses nun ebenfalls mit der *actio venditi* klagbaren Anspruchs dogmengeschichtlich eindeutig zu qualifizieren.

¹¹⁶ Vgl. z. B. aus dem *Usus Modernus* BRUNNEMANN, *Comm. ad D. 18.7.7*; aus der Pandektistik: SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V Beil. 13 cap. 3 a. E.; GANS, *Über römisches Obligationenrecht*, I p. 68; F. MOMMSEN, *Lehre vom Interesse*, p. 129; BRINZ, *Pandekten*, II p. 95; PERNICE, *Labeo*, III p. 183.

¹¹⁷ Vgl. o. Anm. 80.

¹¹⁸ Vgl. o. Anm. 57.

¹¹⁹ Vgl. o. Anm. 57.

¹²⁰ Vgl. o. Anm. 57.

¹²¹ Vgl. o. Anm. 80.