

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 94

Agere praescriptis verbis

Atypische Geschäftsinhalte
und klassisches Formularverfahren

Von

Michael Artner



Duncker & Humblot · Berlin

Michael Artner · Agere praescriptis verbis

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 94

Agere praescriptis verbis

Atypische Geschäftsinhalte
und klassisches Formularverfahren

Von

Michael Artner



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

**Die Juristische Fakultät
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg hat diese Arbeit
im Jahre 2001 als Dissertation angenommen.**

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

**Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.**

D 16

**Alle Rechte vorbehalten
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Werner Hildebrand, Berlin
Printed in Germany**

**ISSN 0720-7379
ISBN 3-428-10585-0**

**Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706** 

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2000/2001 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Das Manuskript habe ich im Sommer 2000 abgeschlossen. Die bis dahin erschienene Literatur ist berücksichtigt.

An dieser Stelle danke ich vor allem meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Karlheinz Misera. Er hat mich seit meiner Studienzeit in vielfacher Weise gefördert und mich an das Römische Recht herangeführt. Von ihm stammt die Anregung zu dieser Arbeit; er begleitete ihr Entstehen während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft der Universität Heidelberg.

Weiterhin möchte ich Herrn Prof. Dr. Karl-Heinz Ziegler, Universität Hamburg, für die Erstattung des Zweitgutachtens bedanken.

Dank schulde ich ferner der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses sowie dem Verlag für die Aufnahme in die wissenschaftliche Reihe „Schriften zur Rechtsgeschichte“.

Karlsruhe, im Juni 2002

Michael Artner

Inhaltsverzeichnis

1. Abschnitt

Allgemeine Voraussetzungen einer Klage <i>praescriptis verbis</i>	11
§ 1 Einleitung	11
I. Grundsatz der Typenbindung im römischen Schuldrecht	11
II. Prozessuale Voraussetzungen: Eigenheiten des klassischen Formularverfahrens	14
III. Zusammenfassung	24
§ 2 Allgemeine Überlegungen zur Klassizität einer Klage <i>praescriptis verbis</i> und der dafür verwendeten Bezeichnungen	24
A. Bezeichnungen für die Klage <i>praescriptis verbis</i>	25
I. Namensgruppen	26
II. Bezeichnungen mit dem Bestandteil <i>praescriptis verbis</i>	27
III. <i>actio in factum civilis</i>	34
IV. Bezeichnungen mit dem Bestandteil <i>incerti civilis</i>	36
V. Folgerungen aus der Namensvielfalt	36
B. Vorkommen von <i>agere praescriptis verbis</i> und Quellen rechtshistorischen Inhalts	37
I. Vorkommen in vorjustinianischen Quellen und byzantinischen Quellen	37
II. Quellen mit rechtshistorischer Ausrichtung	43
III. Zwischenergebnis	46
§ 3 Aufbau einer Formel des <i>agere praescriptis verbis</i>	46
I. Die einzelnen Formelbestandteile einer Klage <i>praescriptis verbis</i>	47
II. Die <i>intentio incerta</i>	50
III. Die <i>praescripta verba</i>	51

2. Abschnitt

Entwicklung der Klage <i>praescriptis verbis</i> in klassischer Zeit	66
§ 4 Die Anfänge – <i>agere praescriptis verbis</i> in vor- und frühklassischer Zeit	66
A. Die ausgehende Republik: erste Spuren einer Klage <i>praescriptis verbis</i> bei Alfenus Varus?	66

B.	Labeo als „Erfinder“ des <i>agere praescriptis verbis</i>	71
I.	<i>Agere praescriptis verbis</i> und bedingtes Rechtsgeschäft	71
II.	<i>Agere praescriptis verbis</i> und <i>novum negotium</i>	80
III.	Labeo und die <i>actio in factum civilis</i>	86
IV.	Labeo und die <i>actio incerti civilis</i>	89
V.	Zusammenfassung	93
C.	Entwicklung des <i>agere praescriptis verbis</i> bei Proculianern und Sabinianern	95
I.	Proculus – D. 19, 5, 12	95
II.	Sabinus – Beschränkung auf das materielle Recht	100
D.	Neue Ansätze bei Aristo und Javolen	104
I.	Aristo – D. 2, 14, 7, 2	104
II.	Fortsetzung bei Javolen	111
III.	Zusammenfassung	117
§ 5	<i>Agere praescriptis verbis</i> in den Zeugnissen der hochklassischen Juristen	118
A.	Höhepunkte klassischer Jurisprudenz	118
I.	Celsus	118
II.	Neraz	130
III.	Julian und Afrikan	132
B.	<i>Agere praescriptis verbis</i> und Schlußredaktion des Edikts	149
I.	Institutionalisierung einer <i>actio de aestimato</i>	150
II.	Auswirkungen der Ediktsredaktion auf die Möglichkeit des <i>agere praescriptis verbis</i>	153
C.	Entwicklung der Klage <i>praescriptis verbis</i> nach der Schlußfassung des <i>Edictum perpetuum</i>	156
I.	Pomponius und die Klage <i>praescriptis verbis</i> im Umkreis der Realkontrakte	156
II.	Gaius – D. 19, 5, 22	171
III.	Zusammenfassung	173

3. Abschnitt

	Anwendungsgebiete der Klage <i>praescriptis verbis</i> am Ende der Klassik	175
§ 6	Kognitionsverfahren und prozessuale Voraussetzungen	175
A.	Die <i>cognitio extra ordinem</i>	175
B.	Prozessualer Ausgangspunkt	176
§ 7	Klagen <i>praescriptis verbis</i> und <i>bonae fidei iudicia</i>	177
A.	Klagen <i>praescriptis verbis</i> und Klagen aus den Konsensualkontrakten .	177
I.	<i>actio empti</i> , <i>actio venditi</i> und <i>agere praescriptis verbis</i>	177
II.	<i>actio locati</i> , <i>actio conducti</i> und <i>agere praescriptis verbis</i>	189
III.	<i>actio mandati</i> und <i>agere praescriptis verbis</i>	191

B. Klagen <i>praescriptis verbis</i> und Klagen aus den Realkontrakten	196
C. Klagen zur Durchsetzung eines Nutzungstauschs	202
D. Klage aus <i>aestimatum</i>	205
§ 8 Klagen zur Durchsetzung von Nebenvereinbarungen zu einer Übereig-	
 nung	208
A. Sachtausch	208
B. Geschäfte nach dem Muster <i>dedi ut faceres</i>	211
C. Sonderfälle	220
I. Schenkung unter einer Auflage	220
II. <i>pactum</i> neben einer Mitgiftbestellung	221
III. Vorweggenommene Erbfolge	225
IV. Vereinbarungen nach dem Muster „ <i>feci ut</i> “	229
V. Vergleich	232
D. Zusammenfassung zur Spätclassik und Darstellung der Ergebnisse	233
Literaturverzeichnis	240
Quellenverzeichnis	255
Sachverzeichnis	263

1. Abschnitt

Allgemeine Voraussetzungen einer Klage *praescriptis verbis*

§ 1 Einleitung

I. Grundsatz der Typenbindung im römischen Schuldrecht

1. Im deutschen bürgerlichen Recht waltet Vertragsfreiheit. Ganz wesentlich über sie verwirklicht das BGB das ihm zugrunde liegende Prinzip der Privatautonomie und meint damit unter anderem die Freiheit der Parteien eines Schuldvertrages, den Inhalt zu übernehmender Verpflichtungen nach ihrem Belieben zu bestimmen¹. Diese Gestaltungsfreiheit im Schuldrecht ist auch für andere moderne Rechtsordnungen kennzeichnend².

2. Dagegen soll das römische Privatrecht gültige Verpflichtungen nur entstehen lassen, wenn typische Geschäftszwecke verfolgt werden³. Deutlich schreibt zum Beispiel *Kaser*⁴:

„Im römischen Obligationenrecht herrscht das Prinzip der Typengebundenheit: Die Parteien können keine anderen Obligationen schaffen als die, für die eine *actio* vorgesehen ist.“

Nur solche Verpflichtungsgeschäfte, die wegen ihrer Häufigkeit im Rechtsverkehr als Typen Anerkennung gefunden hätten und für die im

¹ *Flume*, Rechtsgeschäft, 12; *Larenz*, 52 f. Zu gegenläufigen Tendenzen (z. B. im Miet- und Arbeitsrecht), aber zugleich die Typenfreiheit im modernen Schuldrecht postulierend: *Mayer-Maly*, FS Medicus (1999), 383 ff.; *Végh*, 345. Insgesamt kritisch zum Institut der Typenfreiheit: *Betti*, FS Wenger I (1944), 275, der aber verkennet, daß die Inhaltsbeschränkungen von Rechtsgeschäften im geltenden Recht als Ausnahmetatbestände formuliert sind. Er geht – wohl zeitbedingt – von einem positiven „Grundsatz“ aus, daß nur solche Geschäfte rechtlich anerkannt sind, die „gesellschaftlich bedeutsamen und berechtigten Verkehrsinteressen“ dienen.

² Zur Geltung des Grundsatzes der schuldrechtlichen Typenfreiheit anschaulich Art. 19 Abs. 1 OR: „Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.“ und art. 1322 Cod. civ. it.: „Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative.“ Für das französische Recht: *Weill/Terré*, 53 (Nr. 55); für das österreichische Recht: *Ehrenzweig/Mayrhofer*, 163 f.

³ *Burdese*, Hom. Murga Gener (1994), 66; *Betti*, FS Wenger I (1944), 257.

⁴ RP I², 484; ähnlich: *Kunkel/Honsell*, RR⁴, 250.

Edikt des Prätors entsprechende *actiones* bereitständen, könnten die gewollten Rechtswirkungen entfalten. Doch sei es nicht allein der Inhalt eines bestimmten Rechtsgeschäfts, der typenbildend wirke. Würden anerkannte Geschäftsformen eingehalten (*stipulatio*), so könne, ohne daß es auf den Inhalt ankomme, ebenfalls eine wirksame Verpflichtung entstehen⁵. Verbindlichkeiten begründe eine schuldrechtliche Abrede, die entweder der richtigen Form genüge oder einem sonstwie anerkannten Typus entspreche. Nach diesem Konzept hat die *stipulatio* als Geschäft, das – inhaltlich vollkommen offen⁶ – allein durch die Einhaltung einer bestimmten Form verpflichtend wirkt, ihren Platz am einen Rand des Spektrums möglicher Verpflichtungsgeschäfte. Am anderen Rand stehen die Konsensualkontrakte, die – jeder äußeren Form entbehrend – inhaltlich stark durchgebildet und typisiert sind. Zwischen diesen beiden Polen finden sich die zahlreichen anderen anerkannten Schuldverträge des römischen Rechts, die inhaltliche Typisierung und äußere Formenbindung miteinander kombinieren, so vor allem die Realkontrakte⁷ und der Sonderfall des Litteralgeschäfts.

3. Die Typenbindung im Schuldrecht wird mit Eigentümlichkeiten des römischen Zivilverfahrensrechts begründet. Eine beschränkte Zahl von im Edikt proponierten Klagen führe zu einer Beschränkung der möglichen Verpflichtungsgeschäfte. Denn eine *obligatio* ohne eine *actio* sei angesichts der Tatsache, daß es die *actiones* und die für sie gefundenen Streitformulare seien, welche die Verpflichtungen des römischen Rechts erst individualisieren, nicht denkbar⁸.

Dementsprechend soll dieser Grundsatz der Typenbindung im Schuldrecht durch Einschränkungen, die auf der prozessualen Ebene ansetzen, für die Praxis erträglich gemacht werden⁹. Neben die Milderung, die fraglos

⁵ Kunkel/Honsell, RR⁴, 250.

⁶ Kunkel/Honsell, RR⁴, 106 f.; Grosso, Sistema, 163. Dies gilt jedenfalls für die *stipulatio* des entwickelten Rechts. Zwar sind Ursprünge dieses Geschäfts unklar. Es läßt sich jedoch festhalten, daß die inhaltliche Aufnahmefähigkeit der *stipulatio* beständig zunahm, bis sie schließlich jeden allgemein zulässigen Gegenstand zum Inhalt haben konnte. Damit steht auch in Zusammenhang, daß sich der *stipulatio* des klassischen Rechts nicht nur römische Bürger – wie dies zu den Anfängen des Rechtsinstitutes noch der Fall war – bedienen konnten (Kaser, RP I², 170 f. m. N.).

⁷ Davon darf man ausgehen, obgleich die Hingabe einer Sache keine rechtsgeschäftliche Form, sondern Grundlage der Verpflichtung selbst ist (Kaser, *Divisio Obligationum*, 76). Das Nebeneinander von förmlichem *nexum* und formlosem *mutuum* (Kunkel/Honsell, RR⁴, 297) veranschaulicht dies.

⁸ Kaser, RP I², 483. Bezogen auf die *bonae fidei iudicia* z. B. sind es die unterschiedlichen *demonstrationes*, die zu einer Individualisierung und wegen ihres Bezugs auf ein bestimmtes Geschäft, das sie kennzeichnen, zu einer zahlenmäßigen Begrenzung führen. Ein einziges Stichwort wirkt identitätsstiftend (vgl. „QUOD A^s A^s N^o N^o HOMINEM VENDIDIT“ [Gai. 4, 40]; „QUOD A^s A^s APUD N^m N^m MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSET“ [Gai. 4, 47]).

durch die Möglichkeit des universalen Einsatzes einer *stipulatio* von vornherein gegeben ist, sei die Befugnis des Prätors getreten, durch *actiones in factum* (zu denen auch das *agere praescriptis verbis* gerechnet wird) im Einzelfall Abhilfe zu schaffen und aner kennenswerten Begehren, die außerhalb des geschlossenen Systems der Schuldvertragsvereinbarungen stünden, ausnahmsweise Klagbarkeit zu verleihen¹⁰.

4. Hinter diesem System (Grundsatz: Typenbindung – Milderung: *stipulatio* – Einschränkung: *actio in factum*) stehen die folgenden – teils auf das Verfahren, teils auf das materielle Recht bezogenen – Grundvorstellungen:

- Wer Rechtsschutz sucht, muß auf eine der im Edikt veröffentlichten Formeln zurückgreifen. Falls ihm dies nicht weiterhilft, muß er versuchen, durch Verhandlungen mit dem Prätor die Erteilung einer *actio in factum* zu erlangen.
- Die im Edikt der Gerichtsmagistrate n proponierten Formeln sind das Spiegelbild einer geschlossenen Zahl materiell-rechtlich anerkannter Verpflichtungsgeschäfte. Das römische Recht ging ursprünglich von einer festen Zahl formeller Haftungsgeschäfte aus¹¹. Deren Kreis wurde nach und nach erweitert, ohne vom Prinzip der Enumeration abzurücken¹².

Versteht man die *actio praescriptis verbis* als eine Klage, die der Durchsetzung von Vereinbarungen außerhalb dieses *numerus clausus* schuldrechtlicher Verpflichtungsgeschäfte dient¹³, so muß sie als störender Fremdkörper erscheinen.

Dies gilt besonders, sobald man sie als eine Art *actio generalis* auffaßt, die subsidiär immer dann zum Zuge kommt, wenn die anerkannten Rechtsmittel zur Durchsetzung einer vertraglichen Abrede versagen¹⁴. Eine Typenbindung wäre dann im Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse praktisch

⁹ So ist auch die allgemeine Aussage des Celsus in D. 19, 5, 2 (dazu § 5 A. I. 2.) zu verstehen. Darin wird nicht von Namen von Verträgen, sondern von Namen von Rechtsmitteln („*actionum nomina*“) gesprochen.

¹⁰ Kaser, RP I², 484.

¹¹ *Burdese*, Hom. Murga Gener (1994), 66; *Talamanca*, ACop. 4 (1990) 36 ff.; *Betti*, FS Wenger I (1944), 253. Zu den förmlichen Haftungsgeschäften: Kaser, RP I², 165 ff.

¹² *Burdese*, Hom. Murga Gener (1994), 66. Gerade den Römern – bekannt für zähes Festhalten am Überkommenen (zur Bedeutung des *mos maiorum*: *Wieacker*, Die Antike 16 [1940] 186 ff.) – und unter ihnen vor allem den Juristen (dazu z. B. *Schulz*, Prinzipien, 57 ff., insbes. 65 ff.) traut man es zu, daß sie die Begründung neuer Rechtsgeschäfte nur im Anschluß an alte fanden.

¹³ *Kunkel/Honsell*, RR⁴, 342; Kaser, RP I², 582 f.

¹⁴ Nach dem Formelaufbau (s. § 3 III. 3. a)), der eine umfassende tatsächliche Beschreibung des Streitgegenstandes zuläßt, wäre dies durchaus möglich (*Kranjc*, SZ 106 [1989] 434).