

GLANZ DER RHETORIK UND FINSTERNIS DER LOGIK IN EINER ENTSCHEIDUNG MARC AURELS (MARCELL. D. 28,4,3 PR.-1)

Jakob Fortunat Stagl* **

Aucun texte, même des Pensées, ne nous place en contact si direct avec la grande âme du prince (Piganiol)¹.

1. Das Recht des Stärkeren

Die Menschen, in der Regel, verstehen sich aufs Flickeln und aufs Stückeln und finden sich in ein verhaßtes Müssen weit besser als in eine bittere Wahl – was in den Worten Schillers² „in der Regel“ auf die Menschen zutrifft, dürfte für die Juristen geradezu immer gelten³. Gelegentlich müssen freilich auch Juristen eine „bittere Wahl“ treffen und dann fragt sich, nach welchen Kriterien sie dies tun. Ganz aus sich heraus oder kraft Überzeugung nach Rede und Gegenrede? Das letztere stünde in der großen Tradition der platonischen Dialoge. Der Zuhörer ist hier der Entscheidungsträger und die disputierenden Philosophen sind die Parteien, von denen natürlich beide versuchen, den Zuhörer für sich zu gewinnen. Das mag schmachvoll klingen, ist Rede doch Rhetorik. Doch was ist ihrerseits Rhetorik? Letztlich die Kunst der Überzeugung einer gegebenen Zuhörerschaft⁴ – und diese kann auch aus Juristen und Philosophen bestehen. Dementsprechend gehen Dialektik

1 A. Piganiol, „Les empereurs parlent aux esclaves“, in: *Scripta varia*, hrsg. v. Bloch et al. Bd. 3 (1973) 205.

2 F. Schiller, *Wallenstein/Die Piccolomini* I 2.

3 So schreibt W. Ernst in bezug auf das „Kerngeschäft“ des modernen Juristen, die Handhabung von Normen, diese müsse sich „soweit irgend möglich, durch Folgerichtigkeit, Widerspruchslosigkeit, Stringenz der Argumentation und Systembezug auszeichnen“; „Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers“ in *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, hrsg. v. Ch. Engel u. W. Schön (2007) 3, 27.

4 Statt aller C. Perelman/L. Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rhétorique – Traité de l’argumentation* (1958) *passim*.

* Professor, Universidad Bernardo O’Higgins, Santiago de Chile.

** Ganz besonderen Dank schulde ich Dr. Anja Steiner.

und Rhetorik ineinander über⁵. Rhetorik ist, so könnte man sagen, eine Anleitung zum Zweikampf im Geistigen. Und bei diesem Kampf trägt derjenige den Sieg davon, der das Publikum von seinem Standpunkt überzeugt: „Erit, igitur, eloquens ... is qui in foro casusque civilibus ita dicet, ut probet, ut delectet ut flectat. Probare necessitatis est, delectare suavitatis, flectere victoriae“ (Cicero)⁶. Dabei ist es keineswegs irrational dem Sieger zu folgen, denn ist er doch der Stärkere und „wer die Macht hat, hat das Recht“. Das hat niemand klarer begründet als Pascal:

Justice Force. Il est juste que ce qui est juste soit suivi ; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste. La justice est sujette à dispute. La force est très reconnaissable et sans dispute. Aussi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste. Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste⁷.

Doch die Rhetorik ist nicht nur eine Kunstlehre des verbalen Zweikampfs, sie hat auch eine Ethik: Zum einen gibt es in der Theorie der Rhetorik selbst die Ermahnung an den Redner, keine unredlichen Sachen zu vertreten⁸, zum anderen garantiert der Antagonismus der beiden Parteien ein einigermaßen ausgeglichenes Ergebnis⁹: „non minus pro adversa parte quam pro mea cogitabam“ (Quint. Rhet. 7.1.4)¹⁰. Historisch gesehen ist sie zudem ein Vermittler der *humanitas*¹¹. „Nam quum omnis ex re atque verbis constet oratio“, so die Begründung Ciceros in *De oratore* 3, 19) „neque verba sedem habere possunt, si rem subtraxeris, neque res lumen, si verba semoveris“. Diese Rolle der Rhetorik zeigt sich in einer berühmten Entscheidung Marc Aurels in der kaiserlichen *cognitio* aus dem Jahre 166 n. Chr.

5 W. Hübner, s.v. Dialektik in *Der Neue Pauly*, hrsg v. Cancik & Schneider, Bd. 3 (1997) Sp. 514. Mit besonderem Bezug auf die Jurisprudenz: U. Babusiaux, *Papinians Quaestiones – Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen* (2011) *passim*; J.F. Stagl, „La Lis de dotibus socrus et nurus e il potere del favor dotis (Quint. decl. 360)“ in *Index* 40 (2012) 326-341; deutsche Fassung: „Durch Rede zum Recht am Beispiel von Quint. decl. 360“ in *Journal on European History of Law* (2013) 2-9.

6 Orat. 21 (69).

7 *Pensée* Nr. 298, ed. Brunschvicg.

8 Quint. Inst. Or. 2, 20. Ausführlich zu dieser Frage V. Scarano Ussani, „Romanus sapiens and civilis vir – Quintilian's theory of the orator acting for the benefit of the imperial power“, in: *Quintilian and the Law – The Art of Persuasion in Law and Politics*, hrsg. v. O. Tellegen-Couperus (Leuven 2003) 287ff.

9 Hierzu mit besonderem Bezug auf Quintilian W.J. Witteveen, „The jurisprudence of Quintilian“, in: *Quintilian and the Law – The Art of Persuasion in Law and Politics*, hrsg. v. O. Tellegen-Couperus (Leuven 2003) 303, 305ff.

10 Zum besonders starken dialektischen Charakter des *genus iudiciale* H. Lausberg, *Handbuch der literarischen Rhetorik*⁴ (2008) § 263 § 63.

11 R. Honig, *Humanitas und Rhetorik in spätrömischen Kaisergesetzen* (1960) 3ff., 27ff. m.w.N.

2. Das Ringen um das Recht in Marcell. D. 28.4.3 pr.-1 (29 dig.)

Strich ein Erblasser nach Perfektion des Testaments („post consumationem testamenti“¹²) einen Erben aus, stellte sich die Frage, ob dieser Akt Gültigkeit habe. Nach *ius civile* blieb die Erbeinsetzung in Kraft, doch konzedierte der Prätor den gesetzlichen gegen die – gestrichenen – testamentarischen Erben die *bonorum possessio* und schütze sie mit der *exceptio doli*¹³. Anders entschied Antoninus Pius: Die gestrichenen Erben galten als *indigni* und an ihre Stelle trat der Staatsschatz¹⁴. Hieraus ergaben sich aber neue Probleme: Was war mit dem übrigen Verfügungen des Erblassers, blieben sie in Kraft? Dafür spräche wohl der präsumtive Wille des Erblassers, ist es aber nicht ein ehener Grundsatz des römischen Testamentsrechts, daß „heredis institutio caput et fundamentum totius testamenti est“¹⁵? Wie soll man sich entscheiden, für die Billigkeit oder das System? Auch diese Frage blieb offen, bis Marc Aurel¹⁶ entschied, daß das Testament im übrigen aufrecht bleibe, das sei *humanior*. Was waren seine Argumente und warum entschied er sich, der Auffassung zu folgen, die ihm als „benignus“¹⁷ suggeriert wurde? Offenbar hatten beide Seiten gute Argumente und offenbar war das System des römischen Rechts in diesem Punkte so beschaffen, daß sich aus übergeordneten Rechtssätzen und Dogmen eine Lösung nicht mit Stringenz ableiten ließ. Wenn das Rechtsschöpfungsorgan – sei er Kaiser, sei er Fachjurist – so auf weiter Flur steht und ihm niemand den Weg nach links oder rechts zwingend weist, er sich aber doch entscheiden muß, kommt es auf Überzeugung an und diese wurde offenbar durch die Verwendung des Begriffs *benignus* erreicht, also eines Begriffs der Pathos¹⁸ evozieren soll – eine der Möglichkeiten der Rhetorik, über welche Quintilian sagt, daß sie „dominatur in iudiciis“¹⁹.

12 Zum Begriff P. Voci, *Diritto ereditario romano*² 2 Bde. (1963/7) II 482.

13 Gai. 1.151 und 151a. Voci (Fn. 12) II 492ff.

14 Zunächst Ärar, dann Fiskus. Marcell. D. 28.4.3 (29 dig.); Pap. D. 34.9.12 (16 quaest); idem D. 34.9.16.2 (8 resp.); M. Kaser, *Das römische Privatrecht*² I (1971) 726; Voci (Fn. 12) II 494f.; K.P. Müller-Eiselt, *Divus Pius constitut – Kaiserliches Erbrecht* (1982) 191f., mit Nachweisen zu einer überwundenen Gegenfassung. Zu den Gründen, warum nicht gesetzliche Erbfolge Platz greift Müller-Eiselt cit. 194ff.

15 Gleichsinnig Gai. 2.229. Zu dem Grundsatz Voci (Fn. 12) 110ff.

16 Siehe auch E. Volterra, „Il problema del testamento delle costituzioni imperiali“, in: *Scritti giuridici*, hrsg. v. Talamanca, Bd. 6 (1994) 174, meinte, daß es sich um Antoninus Pius handele. Das kann nicht sein, da das Datum aufgrund der genannten Konsuln mit 166 n.Chr. feststeht und der genannte Kaiser 161 n.Chr. bereits tot war; W. Eck, in: *Der Neue Pauly*, sub voce Antoninus Pius.

17 Zum Begriff F. Wubbe, „Benignus redivivus“ in *Festschrift David*, hrsg. v. Ankum et al. (1968) 237ff. = *Ius vigilantibus scriptum (Ausgewählte Schriften)*, hrsg. v. Pichonnaz (2003) 391ff.; ders., „Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium“ in *Festschrift Herdliczka*, hrsg. v. Horak & Waldstein (1972) 295ff. = *Ius vigilantibus scriptum (Ausgewählte Schriften)*, hrsg. v. Pichonnaz (2003) 415ff. S. auch J.F. Stagl, „Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer aequitas“, in Mantovani & Aldo Schiavone (Hg.) *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (2007) 675-713.

18 Ch. Walde, in *Der Neue Pauly*, hrsg. v. Cancik & Schneider, Bd. 9 (2000) Sp. 397ff.

19 Inst. 6.2.4.

Blicken wir nun auf den Fall, wie er von Ulpian Marcellus (ca. 125-185 n.Chr.²⁰), D. 28.4.3 pr.-1 (29 dig.) in einer Art Erzählung geschildert wird²¹:

Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. plerique etiam legatarios excludendos existimabant. Quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: nonnullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. (Unlängst im Gericht des Kaisers: Jemand hatte die Namen der Erben gestrichen und seine Güter wurden als verfallen vom Fiskus beansprucht. Waren die Legate, besonders die Legate, die denjenigen ausgesetzt worden waren, deren Einsetzung gestrichen wurde, noch wirksam? Die meisten sprachen sich dahin aus, auch die Legatempfänger auszuschließen. Dem sei dann zu folgen, warf ich [Marcellus] ein, wenn er den ganzen Text des Testaments ausgestrichen hätte. Einige [der Hofräte] nahmen an, nur dasjenige würde von selbst erlöschen, was gestrichen sei, alles andere aber bleibe wirksam. Wie war also zu entscheiden? Kann man, nämlich, nicht auch unterstellen, daß derjenige, der die Namen der Erben gelöscht hat, meine, daß an deren Stelle die gesetzlichen Erben treten? Aber in Zweifelsfällen ist einer milderer Auslegung zu folgen, sowohl gerechter als auch vorsichtiger.)

Ein Erblasser hatte *post consumationem testamenti* die Siegelschnur seines Testaments erschnitten und die Namen der Erben, nicht aber der Legatäre, gestrichen; außerdem hatte er auch eine Freilassungsverfügung gestrichen. Der Fiskus beanspruchte im Rahmen der *cognitio extra ordinem*²² den gesamten Nachlaß von den gesetzlichen Erben, wie zu vermuten ist²³: Die Erbenstellung kam in folge des Reskripts von Antoninus Pius dem Fiskus kraft der Streichung der Erben zu. Die Hinfälligkeit der Legate begründete der Fiskus damit, daß die Legate ohne Erbeinsetzung keinen Bestand haben könnten. Im kaiserlichen Rat wurde die Richtigkeit dieser Position erörtert. Die Mehrheit folgte dem

20 Über ihn als Juristenpersönlichkeit: H. Ankum, „Le juriste romain classique Ulpian Marcellus: sa vie et ses oeuvres“, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, hrsg. v. Ruedin (1999) 125ff.; ders., „Quelques observations sur la méthode et les opinions juridiques d'Ulpian Marcellus“ in: *Au-delà des frontières – Mélanges de droit romain offerts à W. Wolodkiewicz*, hrsg. v. Zablocka et al. (2000) 125ff. Über das Werk: J. Rastätter, *Marcelli notae ad Iulianum digesta* (Freiburg Univ.-Diss. 1980).

21 Lit.: M. Avenarius, „Marc Aurel und die Dogmatik des römischen Privatrechts – Kaiserliche Rechtspflege im System der Rechtsquellen und die Ausfüllung von Gestaltungsspielräumen in einer Übergangszeit der Rechtsentwicklung“ in: *Selbstbetrachtungen und Selbstdarstellung*, hrsg. v. van Ackeren & Opsomer (2012) 216ff.; Th. Finkenauer, *Die Rechtsetzung Marks Aurels zur Sklaverei* (2010) 17ff.; T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, 2. Aufl. (1994) 17f.; Müller-Eiselt (Fn. 14) 188ff.; N. Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.c.* (1974), 63ff.; Rastätter (Fn. 20) 14f.; Voci (Fn. 12) II 498ff.; V. Wanklerl, *Appello ad principem – Urteilsstil und Urteilschnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)* (2009) 68ff.; Wubbe (Fn. 17) 396ff.

22 Hierzu M. Kaser/K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*² (1976) 447ff.

23 So Finkenauer (Fn. 21) 19.

Fiskus. Marcellus hingegen meinte, nur wenn das gesamte Testament durchgestrichen sei, könne auch der gesamte Nachlaß an den Fiskus fallen. Einige hätten nämlich die Meinung vertreten, bei Streichung bleibe der Rest intakt. Dies könnte den Testator zu dem Glauben verleitet haben, er würde mit der Streichung der testamentarischen Erben den Weg zur gesetzlichen Erbfolge eröffnen und damit die Legate erhalten. Letztlich dürfte es sich aus Sicht der Beteiligten vor allem um eine Frage der Auslegung gehandelt haben²⁴. Marcellus beendet seinen Bericht mit der sibyllinischen Maxime²⁵: „sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius“. Durch das „aber“, das im Widerspruch zu seiner eigenen Meinung steht, und der ebenso pathetischen wie abstrakten Ausdrucksweise, macht der Jurist den Leser neugierig, sich mit dem nun folgenden Protokoll der Sitzung des kaiserlichen Rates im Jahre 166 n.Chr.²⁶ zu beschäftigen:

D. 28.4.3 pr. (Fortsetzung)

SENTENTIA IMPERATORIS ANTONINI AUGUSTI PUDENTE ET POLLIONE CONSULIBUS.

„Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suam et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur“.

et advocatis fisci dixit: „Vos habetis iudices vestros“.

Vibius Zeno dixit: „Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statures“?

Antoninus Caesar dixit: „Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit“? Cornelius Priscianus advocatus <Leonis> [Zenonis] dixit: „Nomina heredum tantum induxit“.

Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: „Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet“.

Priscianus dixit: „Manumisit quosdam et legata dedit“.

(URTEIL DES KAISERS ANTONINUS AUGUSTUS [MARC AUREL] UNTER DEM KONSULAT VON PUDENS UND POLLIO:

„Da Valerius Nepos, nachdem er seinen Willen geändert hatte, sein Testament öffnete und die Namen der Erben strich, ist zu entscheiden, daß seine Erbschaft nach der Konstitution meines vergöttlichten Vaters [Antoninus Pius] den eingesetzten Erben nicht anfällt“.

Und den Anwälten des Fiskus sagte er: „Ihr habt eure Richter“.

Vibius Zeno sprach: „Ich bitte Dich, Herr und Kaiser, mich geduldig anzuhören: Was bestimmst du hinsichtlich der Legate“?

24 So auch Avenarius (Fn. 21) 238ff.; Müller-Eiselt (Fn. 14) 194; und Wubbe (Fn. 17) 397.

25 Wiederholt als *regula iuris* in D. 50.17.192.1.

26 Voci (Fn. 12) II 499.

Der Kaiser Antoninus sagte: „Meinst Du, daß jemand ein Testament gelten lassen will, der die Namen der Erben gestrichen hat“? Cornelius Priscianus, Anwalt des Zeno, sagte: „Er hat nur die Namen der Erben gestrichen“.

Calpurnius Longinus, Anwalt des Fiskus, sagte: „Es kann kein Testament ohne Erbeinsetzung gelten.“

Priscianus sagte: „Er ließ einige frei und wandte Vermächtnisse zu“.)

Ausgangspunkt ist die Hinfälligkeit gestrichener letztwilliger Verfügungen, also der Wegfall der testamentarischen Erben und damit der Möglichkeit des Anfalls an den Fiskus oder die gesetzlichen Erben; das bringt der Kaiser mit der Verweisung „Vos habetis iudices vestros“ zum Ausdruck²⁷. Auf die offene Frage der Legate hingewiesen, stellt der Kaiser die Frage, was wohl der Wille des Erblassers sei, der die Erbeinsetzungen gestrichen habe. Die Parteienvertreter antworten ihren Interessen gemäß: Es sei nur ein Wegfall der Erben gewollt gewesen, die Legate aber sollten erhalten bleiben und: Ein Testament könne nicht ohne Erben gültig sein. Cornelius Priscianus – der Fürsprecher des Legatars Zeno – weist noch auf testamentarische Freilassungen hin. Das ist ein sehr subtiles Argument, denn wenn das gesamte Testament fiel, fielen auch diese Verfügungen – mit den entsprechenden Konsequenzen für die Sklaven.

Nach einer dramatischen Kunstpause folgt die kaiserliche Entscheidung:

D. 28.4.3 pr. (Fortsetzung)-Lex 1

Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eo[s]dem iussisset, dixit: „Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit“. (1) Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit. Antoninus rescripsit liberum eum nihilo minus fore: Quod videlicet favore constituit libertatis. (Kaiser Antoninus [Marc Aurel] schickte alle hinaus, damit er überlegen könne und befahl ihnen, wieder zu erscheinen. Er sagte: „Der vorliegende Fall erheischt eine milde Auslegung dahingehend, daß nur die Verfügungen nach dem Willen des Nepos als unwirksam anzusehen sind, die er auch gestrichen hat“. (1) Bezüglich des Sklaven, dessen Freilassungsverfügung er [Nepos] gestrichen hatte, ordnete Antoninus [Marc Aurel] an, daß er gleichwohl frei: Der *favor libertatis* begründe seine Freiheit.)

Der Kaiser entscheidet sich für die Wirksamkeit der Legate trotz Kaduzität des Nachlasses. Hierbei handelt es sich um eine Analogie zur Rechtslage bei Nachlässen, welche aufgrund der *Lex Iulia et Papia* kaduk sind²⁸: (UE 17, 3) „Caduca cum suo onere fiunt: ideoque libertates et legata et fideicommissa ab eo data, ex cuius persona hereditas caduca facta est, salva sunt: scilicet et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca“. Die Ratio für diese – dem normalen Recht widersprechende Regel²⁹ – ist, daß die *Lex Iulia et Papia*, welche die Kaduzität der Ehe- und Kinderlosigkeit wegen

27 Avenarius (Fn. 21) 220.

28 So bereits O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2 Bde. (1889) Marcellus Nr. 263 N. 5, und wohl auch Avenarius (Fn. 21) 223ff., 259.

29 Zum Gegensatz von *ius commune* und *ius singulare* J.F. Stagl, *Favor dotis – Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts* (2009) 318ff., 327ff.

ausspricht, eine Unwirksamkeit der übrigen letztwilligen Verfügungen nicht erheischt, die Billigkeit aber ihre Gültigkeit fordert³⁰.

Doch wie erklärt sich, die im § 1 ausgesprochene Gültigkeit der Freilassungsverfügung? Hierin liegt die Pointe des Falles.

3. Das Recht des Schwächeren

Das Problem des Falles ist in der Literatur bislang übersehen worden, da man das Prinzipium und den § 1 für getrennte Fälle hält³¹. Diese Annahme beruht einmal auf der sprachlichen Fassung des § 1, insoweit dieser nicht explizit an das Prinzipium anschließt, und auf seiner Natur als Reskript. Die überwiegenden Gründe sprechen dafür, Prinzipium und § 1 als eine Einheit zu verstehen, wenn auch zu konzedieren ist, daß der § 1 vielleicht nur dem Sinn nach zur Entscheidung Mark Aurels gehört, nicht in seiner sprachlichen Gestalt³². Zunächst und zuvörderst ergibt sich die Zusammengehörigkeit daraus, daß Priscianus die Freilassungsverfügungen des Erblassers im Prinzipium erwähnt („manumisit quosdam“). Die Entscheidung des Kaisers im § 1 ist als eine Antwort auf die im Prinzipium gestellte Frage „Was ist mit den gestrichenen Freilassungsverfügungen?“ zu verstehen. Der ganze langwierige Bericht und mit seinen Appellen an „humanitas“ und „benignitas“ hätte keinen Sinn, wenn er nicht zur Vorbereitung von etwas Besonderem diene – und dieses Besondere liegt im § 1. Ein weiteres Argument ergibt sich aus dem palingenetischen Zusammenhang: Sowohl Prinzipium als auch § 1 stammen aus dem 29. Buch der *Digesten* Marcellus' und dieses stand nach Lenel unter Rubrik „Ad legem Iuliam et Papiam“. Anknüpfungspunkt ist die Frage, wie mit den übrigen letztwilligen Verfügungen bei kaduken Nachlässen umzugehen ist und bezüglich dieser hatte es in der *Epitome Ulpiani* (17, 3) geheißen, daß sie wirksam blieben. Würde man das Prinzipium als isoliertes Reskript lesen, so gäbe es keinen Grund, daß Marcellus dieses Reskript an dieser Stelle bringt: Nur die Ausstreichung der Erbeinsetzung, nicht aber die Ausstreichung der Freilassungsverfügung führt ja zur Kaduzität des Nachlasses. Der palingenetische Kontext spricht also für die Zusammengehörigkeit genauso wie die Analogie zur *Ulpiani Epitome* 17, 3, wo ausdrücklich auf „libertates et legata et fideicommissa“ Bezug genommen wird. Was die Fassung des § 1 als Reskript angeht³³, so ist es durchaus möglich, das Wort „rescribere“ verallgemeinernd im Sinne von „entscheiden“ zu verstehen und nicht technisch im Sinne von „durch Reskript entscheiden“. Jedenfalls sind Reskripte nach dem Urteil Nörrs sprachlich kaum von

30 Hierzu R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*⁴ (1996) 276ff.

31 So Avenarius (Fn. 21) 245f., und Finkenauer (Fn. 21) 22.

32 So insbesondere Voci (Fn. 12) II 500f., welcher von der Gegenmeinung in Anspruch genommen wird, wenn man auch konzedieren mag, daß er ambivalent bleibt („vicinanza con la sententia sopra ricordata“).

33 Hierzu J.-P. Coriat, „La technique du rescrit à la fin du principat“ in *SDHI* 51 (1985) 319-348; D. Nörr, „Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit“ in *ZRG Rom* 98 (1981) 1-46 = *Historiae iuris antiqui*, hrsg. v. Chiussi et al., Bd. 2 (2003) 1323-1369; U. Wilcken, „Zu den Kaiserreskripten“ in *Hermes* 54 (1920) 1-42.

anderen kaiserlichen Konstitutionen, wie Gerichtsurteilen etwa, zu unterscheiden³⁴. Ein anderer möglicher Deutungsansatz wäre, daß die zwei Verfahren miteinander verbunden waren und der Kaiser – so wie es sich gehörte – die Anfrage des Sklaven hinsichtlich seiner Freiheit³⁵ durch ein Antwortschreiben erledigte. Wie dies im Rahmen der Eigengerichtsbarkeit des Prinzips, die ihrer Natur nach eine *cognitio extra ordinem* war³⁶, nicht möglich gewesen sein soll, das ist schwer zu erkennen. Damit kommen wir zu dem Ergebnis: Prinzipium und § 1 sind eine Sinneinheit³⁷.

Der Kaiser stand damit vor einem Dilemma: Wenn er der systematischen Argumentation aus dem Erbrecht folgte, welche für ein Testament zwingend eine Erbeinsetzung verlangt, und die Legate für unwirksam hielt – obwohl sie nicht durchgestrichen waren – mußte dies erst recht für die Freilassungsverfügungen gelten – gerade weil sie zusätzlich auch noch durchgestrichen waren. Wenn Marc Aurel der Meinung folgte, welche darnach trachtete, den Erblasserwillen ohne Rücksicht auf den möglichen Systembruch zu verwirklichen und dementsprechend die Legate für wirksam hielt, weil sie nicht durchgestrichen, und damit im Willen des Erblassers waren, mußten nach diesem – neuen – Willensprinzip³⁸ die Freilassungen unwirksam sein – gerade weil der Erblasser durch ihre Streichung ausgedrückt hatte, daß sie nicht mehr von seinem Willen gedeckt waren. Egal welchem der beiden Prinzipien der Kaiser folgt, er kann beide Ziele – Aufrechterhaltung der Legate und der Freilassungsverfügungen – nicht verwirklichen, ohne sich mit dem von ihm selbst gemachten Voraussetzungen in Widerspruch zu setzen³⁹. Gleichwohl wagt der Kaiser diesen Widerspruch, nachdem er in sich gegangen war. Dieser Moment der Stille dramatisiert das Ringen rhetorisch transportierter Ethik mit dem „Glanz der Logik“⁴⁰. Marc Aurel folgt in seiner Entscheidung dem Ratschlag Marcellus. Des Kaisers Berufung auf „humanitas“⁴¹ ist ein Echo auf das „benignus“ des Juristen⁴². Marc Aurel läßt sich, wie Marcellus stolz berichtet, von seiner Rhetorik einnehmen. Er will nicht „malignus“ handeln, sondern „benignus“ und damit

34 Nörr (Fn. 33) 1332ff.

35 Eine solche vermutet Piganiol (Fn. 1) 204, 210.

36 Allgemein hierzu Kaser/Hackl (Fn. 22) 437ff.; Nachweise zum Begriff 436 N. 4.

37 Wie hier Müller-Eiselt (Fn. 14) 189; H. Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht* (1972) 145.

38 Müller-Eiselt (Fn. 14) 195.

39 So richtig Avenarius (Fn. 21) 247 m.w.N. zur älteren Lit., der hieraus freilich den falschen Schluß zieht, beide Texte gehörten nicht zusammen.

40 So eine berühmte Formulierung R. v. Jherings, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* Bd. III/1⁵ (1906) 319. Hierzu F. Horak, *Die römischen Juristen und der „Glanz der Logik“*, in: *Festschrift für Max Kaser*, hrsg. v. Medicus & Seiler (1976) 29ff. Die Auffassung Honorés (Fn. 21) 18 und Wubbes (Fn. 14) 397; ihnen folgend Avenarius (Fn. 21) 240, der Kaiser habe seine Hofräte bei sich behalten ist daher als textlich unbegründet und dem Sinnzusammenhang widersprechend abzulehnen.

41 Zum Begriff siehe: L. Garofalo, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo* (2008) 118ff.; H. Haffter, *Die römische Humanitas*, in *Neue Schweizer Rundschau* Neue Folge 21 (1953/54) 719ff. = *Römische Wertbegriffe*, hrsg. v. Oppermann (1967) 468ff.; Honig (Fn. 11) 27ff.; C. Maschi, *Humanitas come motivo giuridico con un esempio nel diritto dotale romano* (1949) = *Annali triestini* 18 (1948) 271ff.

42 So auch Wubbe (Fn. 17) 397.

seine Humanität erweisen⁴³. Die Entscheidung des Marcellus ist richtig und revolutionär: Sie überwindet im Sinne des *favor testamenti*⁴⁴ den Satz, daß ein Testament eine Erbeinsetzung enthalten müsse und sie trägt durch Anwendung des „*favor libertatis*“⁴⁵ bei zur Überwindung des Satzes, daß ein Mensch Gebrauchsgegenstand eines anderen Menschen sein kann⁴⁶. Der Erblasser muß die Freiheitsgewährung *nominatim* widerrufen; Ausstreichen reicht nicht mehr⁴⁷. Seinem – wohlverstandenen – Interesse folgte der Kaiser dabei nicht, wären doch die gestrichenen Sklaven vermitteltst des Fiskus an ihn gefallen. Doch ihm ging es nicht darum, das Nützliche zu tun, sondern das Richtige so wie er auch seine Verwaltungsbeamten angewiesen hatte: „Et hi qui rebus nostris attendunt scient commodo pecuniario preferendam libertatis causam“ (Inst. 3, 11, 1 i. f.⁴⁸).

4. Integrative Theorie der Rechtsfindung bei den Römern

Von den Römern hatte Savigny geschrieben, daß sie bei ihrer Rechtsfindung in Begriffen gerechnet, also deduziert hätten⁴⁹. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts war dieser Glaube an ein so geschlossenes System nicht mehr bei allen vorhanden⁵⁰. So sprach Kaser von Intuition⁵¹ als Methode der Rechtsfindung und zeigte etwa Vacca Parallelen zum englischen Fallrechtsdenken⁵². Andere versuchten, die Philosophie für die Rechtsfindung zu mobilisieren – wie etwa der Jubilar in seinen Untersuchungen zum Rechtsirrtum⁵³. Neuerdings fordert die Rhetorik wieder ihr Recht, so spricht Babusiaux davon, daß die Rhetorik auch eine Heuristik gewesen sei⁵⁴. Was das für die Rechtsfindung bedeutet, zeigt unser Fall: Sich überzeugen lassen ist hier die Methode der Rechtsfindung. Das System hülfe bei diesem Fall nicht weiter, auch das kasuistische Denken nicht – und

- 43 So auch Piganiol (Fn. 1) 202ff. Wubbe (Fn. 17) 432. Avenarius (Fn. 21) 204ff., 235ff., 242ff., und Finkenauer (Fn. 21) 87f., kommen unter anderem deshalb zu anderen Ergebnissen, weil sie Prinzipium und § 1 nicht als Einheit sehen.
- 44 A. Guarino, *Diritto romano privato*¹⁰ (1994) § 29.4.2; A. Suman, *Favor testamenti e voluntas testantium* (1926) *passim*.
- 45 „Libertas omnibus rebus favorabilior est“ (D. 50.17.122). Hierzu J. Giltaij, *Mensenrechten in het Romeinse recht?* (2011) 49 s.; und P. Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fitizio della condizione* (2006) 23ff.
- 46 Hierzu jetzt ausführlich J.F. Stagl, „Da 'qualcosa' a 'qualcuno', da 'qualcuno' a 'qualcosa'. Percorsi esatti ed errati sull concetto di persona“ in Buongiorno & Lohsse (Hg.), *Fontes Iuris. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten* (2013) 87ff., und ders., „The Rule of Law against the Rule of Greed: Edmund Burke against the East India Company“, in *Rechtsgeschichte* 20 (2012) 101ff.
- 47 Auch Piganiol (Fn. 1) 209, sieht hier eine neue Regel des röm. Erbrechts.
- 48 Unsere Staatsdiener mögen wissen, daß die Sache der Freiheit gegenüber unseren pekuniären Interessen den Vorrang genießt.
- 49 *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*³ (1840) 28f.
- 50 Horak (Fn. 40) 29ff.
- 51 *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*² (1969) = *Schriften* Bd. I (1976) 3ff.
- 52 L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (1982) *passim*.
- 53 L. Winkel, *Error iuris nocet – Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung* (1985) 1-10, 65-76.
- 54 Babusiaux (Fn. 5) 13-15.

die Intuition? Hätte der Kaiser den Mut zu inkonsequentem Handeln, wenn ihn der Jurist nicht dazu angestachelt hätte? Die rhetorische Methode mit ihrer Möglichkeit zum Pathos ist hier einzig sachgerecht: Der Appell an die „humanitas“ gibt dem Kaiser die Kraft zum gleichzeitigen Systembruch und anschließenden Bruch des Bruches. Soll das heißen, Savigny und Kaser hätten sich geirrt? Nein. Diese Methoden der Rechtsfindung bleiben parallel bestehen und zwar dort, wo sie am Platz sind. So wird die Anwachsung unter Mitvermächtnisnehmer tatsächlich nach logischen Gesichtspunkten vonstatten gegangen sein, wie Lohsse gezeigt hat⁵⁵. So wird im Recht des Besitzes viel echte Kasuistik zu finden sein und in politisch sensiblen Bereichen wie der Ehe wird man es häufig mit Gesetzesrecht zu tun haben, die Rechtsfindung sich also wesentlich auf das Gesetz stützen⁵⁶. Es gibt verschiedene Methoden der Rechtsfindung bei den Römern, die jeweils an ihrem Platz sind – wo dieser Platz ist, das müßte eine integrative Theorie die Rechtsfindung bei den Römern zeigen. Und eine solche Theorie müßte insbesondere berücksichtigen, was unser Fall, wiederum in den Worten Pascals⁵⁷, gezeigt hat: *Le cœur a ses raisons que la raison ne connaît point*.

Abstract

In a case of the imperial *cognitio* reported by the jurist Marcellus the testator had erased the heirs from the testament. He had also erased a provision for a slave to be freed. The question arose whether the whole testament, which also contained legacies, was invalid because it lacked the institution of an heir, or whether the legacies and the provision for the slave to be freed should be considered legally valid. In Marcellus' opinion, the legacies ought to be considered legally valid, this being not only the most benign but also the most cautious solution to the problem. The emperor Marcus Aurelius accepted this approach, being convinced that the testator wanted to retain the legacies. This is quite a revolutionary decision in that it overrides the dogma of Roman jurisprudence "nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest". However, the real punch line of the text is hidden in paragraph 1, which has erroneously been considered to be a separate case. The principle underlying the emperor's decision about the legacies is that everything should be done by the law to fulfil the testator's will. From this perspective, it is obvious that the provision for the slave to be freed ought to be void, since the testator had erased it. Marcus Aurelius followed, not this logical approach, but Marcellus' appeal to his humanity.

55 S. Lohsse, *Ius adcrecendi* (2008) *passim*.

56 Stagl (Fn. 29) 27ff., 77ff.

57 *Pensées* (ed. Brunschvicg) Nr. 277.