



Meditationes de iure et historia

Essays in honour of Laurens Winkel

Editors

Rena van den Bergh
Gardiol van Niekerk
Pascal Pichonnaz
Philip Thomas
Duard Kleyn
Francesco Lucrezi
Jan Mutton

Assistant Editor

Liezl Wildenboer

FUNDAMINA
Editio specialis

QUOD DOLO MALO FACTUM ESSE DICATUR – EIN BELEG FÜR CULPA-HAFTUNG IN DER LEX IRNITANA?

Franz-Stefan Meissel*

1. Einleitung

Zu den „Trends“ der romanistischen Forschung der letzten Jahre gehört neben der vor allem durch die Papyrologie ermöglichten stärkeren Einbeziehung von Dokumenten der Urkundenpraxis die Einsicht in die besondere Verquickung von Prozessrecht und materiellem Recht im klassischen römischen Recht. In vielen, lange umstrittenen Bereichen erwies sich eine prozessuale Sichtweise als Schlüssel des Verständnisses. Unterstützt wurde diese Tendenz der Forschung nicht zuletzt durch neue epigraphische Quellen, unter anderem die 1981 in der Nähe von Sevilla aufgefundenen sechs Bronzetafeln, auf denen sich große Teile der *lex municipalis* des in den frühen Neunziger Jahren des 1. Jh. n. Chr. unter Domitian zum *municipium* erhobenen Irni fanden.¹ Der *lex Irnitana* sind nicht nur neue Erkenntnisse zum römischen Provinzialprozess zu entnehmen, sie erlaubt auch wertvolle Rückschlüsse auf das stadtrömische Verfahrensrecht.²

Eine Stelle aus dem 84. Kapitel der *lex Irnitana* diente Alvaro D’Ors,³ Francesca Lamberti,⁴ vor allem aber Dieter Nörr dazu, neue Hypothesen zur Haftung bei *societas*,

1 J. González, The Lex Irnitana: a new Flavian municipal law, *Journal of Roman Studies* 76 (1986) 147-243; A. D’Ors, *La Ley Flavia Municipal. Texto y Comentario* (Rom 1986); A. D’Ors/X. D’Ors, *Lex Irnitana. Texto bilingüe* (1988); M. del Amo y de la Hera, *La lex Irnitana y su contexto arqueológico* (1990); F. Lamberti, *Tabulae Irnitanae* (1993) 265ff; eine deutsche Übersetzung bietet nun J.G. Wolf, *Die lex Irnitana. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien* (2011).

2 Vgl etwa W. Simshäuser, Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der lex Irnitana, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 122 (1992) 163ff; E. Metzger, *A New Outline of the Roman Civil Trial* (1997) 66ff; M. Talamanca, Il riordinamento augusteo del processo privato, in: F. Milazzo, *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale* (1999) 206ff; K. Hackl, Il processo civile nelle province, in: Milazzo, *Gli ordinamenti* 306ff; F. Lamberti, La maggiore età della „lex Irnitana“, in: *Minima Epigraphica et Papyrologica III.4* (2000) 248ff; D. Nörr, Das Interdiktenverfahren in Irni und anderswo, in: *Iuris vincula* (St. M. Talamanca) 6 (2001) 75ff; F. Bertoldi, *La lex iudiciorum privatorum* (2003) 35ff; J.G. Wolf, The Romanization of Spain, in *Essays P. Birks* (2006) 439ff.

3 A. D’Ors, Una nueva lista de acciones infamantes, in: *Sodalitas* (= Scritti Guarino) 6 (1984) 2575ff.

4 Lamberti, *Tabulae* 153ff.

* Universitätsprofessor (Römisches Recht und Privatrechtsentwicklung im Rechtsvergleich), Universität Wien.

fiducia und Mandat aufzustellen. Der entsprechende Passus (Tafel IXB Zeile 9-10) schließt folgende Klagen von der munizipalen Gerichtsbarkeit aus:

... *neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur* ...

Während Nörr zunächst eher vorsichtige Überlegungen zur allfälligen Relevanz dieser Bestimmung für das Haftungsregime bei *societas*, *fiducia* und *mandatum* anstellte,⁵ legte er sich in einem im Jahr 2007 erschienenen Beitrag ziemlich eindeutig fest: *Lex Irnitana* cap. 84 IXB 9-10 deute darauf hin, „dass die Haftung von socius, Fiduziar und Mandatar über die Haftung für dolus malus hinausgehen konnte“ – und zwar deutlich früher, als bisher angenommen, nämlich bereits im 1. Jh n. Chr.⁶ Des weiteren postuliert er, dass der Kläger im Verfahren *in iure* auf den Haftungsmaßstab eingehen konnte oder sogar musste. Nörr selbst konzediert allerdings, dass die Einbeziehung von cap. 84 der *lex Irnitana* die Frage der Haftung bei diesen Verträgen nicht gerade erleichtere, sondern dazu angetan sei, „die Komplexität zu erhöhen“.⁷ Das macht die Auseinandersetzung mit diesem Thema umso reizvoller.

Die Diskussion der Thesen Nörrs soll im Folgenden vor allem aus dem Blickwinkel der Haftung bei der *societas* erfolgen. Zunächst wird die von Nörr nach wie vor als Ausgangspunkt genommene Theorie einer Haftung bloß für *dolus* diskutiert und dabei auch auf die mittlerweile wohl herrschende Relativierung dieser These eingegangen. Anschließend rückt die von Nörr ins Treffen geführte Bestimmung der *lex Irnitana* in den Fokus der Überlegungen. Ein kurzer Ausblick gilt schließlich den bekannten Belegen von Juristenmeinungen aus dem 2. Jh., die mE für gewisse Einschränkungen der von Nörr entworfenen Entwicklung des Haftungsregimes sprechen.

Bei jedem Gesellschaftsvertrag stellt sich für die *socii* die Aufgabe, mit ihrer Vereinbarung und dem daraus resultierenden Schuldverhältnis Risiken und Chancen untereinander zuzuweisen. In erster Linie denkt man dabei „natürlich“ (schon für Quintus Mucius Scaevola gehört dies zur *natura societatis*⁸) an die Regelung des Risikos des Geschäftserfolges, dh die Frage der Teilung von Gewinn und Verlust. Dieses Risiko wird idR durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich erfasst, wobei die römische Jurisprudenz bekanntlich bis zur Grenze der sog *societas leonina*⁹ weitgehende Parteiautonomie zulässt. Einen Teilaspekt bildet die Frage, ob sich das Gesellschaftsziel überhaupt realisieren lässt, zB ob ein geplanter Verkauf einer Sache möglich ist oder ob eine diesbezügliche aufschiebende Bedingung eintritt.¹⁰

5 D. Nörr, *Mandatum, fides, amicitia*, in: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes* (1993) 16.

6 D. Nörr, *Lex Irnitana* c.84 IXB 9-10: „neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur“, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 1. Eine erste Fassung dieses Beitrags erschien in: *FS für Toshio Hironaka* (2006) 59ff.

7 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 2.

8 Gai Inst. 3,149 in Verbindung mit Inst. 3,25,2.

9 Ulpian D. 17,2,29,2; vgl K.-M. Hingst, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte* (2003); dazu die Rezension von F.-St. Meissel in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 123 (2006) 424ff.

10 Ulpian 31 ad ed D. 17,2,52,11; dazu F.-St. Meissel, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags* (2004) 73f.

Zu den Risiken des Geschäfts gehört aber nicht nur der wirtschaftliche Erfolg i.e.S., sondern auch Schäden, die die Gesellschafter im Zuge der *societas* erleiden, wobei diese durch *vis maior*, durch das Verhalten Dritter oder aber durch einen Mitgesellschafter selbst verursacht sein können. Die Frage der Haftung, d.h. der vorwerfbaren Verantwortlichkeit eines Gesellschafters gegenüber den anderen *socii*, steht dabei in unmittelbarem Zusammenhang mit der Frage der Gefahrtragung. Zahlreiche spätclassische Quellen gehen folglich bei gesellschaftskonnexen Schäden von einer Alternative aus: Der erlittene Schaden wird vergemeinschaftet, es sei denn, es liegt ein Verschulden eines der Partner der Gesellschaft vor.¹¹ Prozessualen Angelpunkt der Entscheidungen der römischen Juristen bildet dabei das *oportere ex fide bona* der *actio pro socio*. Aus diesem ergibt sich ganz allgemein einerseits die Verpflichtung zur Beachtung des Vereinbarten, andererseits und insbes. im Fall des Fehlens einer Regelung eine Lösung aufgrund der *naturalia negotii*.¹²

Was das Haftungsrecht der Gesellschafter untereinander anbelangt, lässt sich in der Romanistik des 20. Jahrhunderts eine Entwicklung feststellen, welche von der „Aufdeckung“ einer bloßen *dolus*-Haftung im klassischen Recht – samt „Entlarvung“ der von einer *culpa*-Haftung handelnden Stellen als interpolationsverdächtig (dazu sogleich ausführlicher unter 2.) – zu einer in jüngerer Zeit differenzierenden Sichtweise geführt hat, die eine flexiblere Handhabung der Haftungsmaßstäbe und eine größere Bandbreite der Entscheidungen bei den Klassikern annimmt.¹³ Die neuesten Forschungen gehen aufgrund einer wiederum stärker textkonservativen Interpretation der Quellen davon aus, dass zumindest in bestimmten Fällen schon in der Klassik eine Haftung auch für *culpa* und *custodia* bestehen konnte. So hat etwa Gianni Santucci in seiner rezenten Monographie zum Arbeitsgesellschafter als Grundregel der Haftung schon beim Hochklassiker Celsus die Verantwortlichkeit für *dolus* und *culpa* vertreten.¹⁴ Dennoch bleiben viele Fragen äusserst umstritten.

2. Die Unwahrscheinlichkeit einer reinen *dolus*-Haftung bei der *societas*

Zunächst erscheint es angebracht, auf die zentralen Prämissen jener Lehre einzugehen, die im 20. Jahrhundert lange Zeit die dominierende war: die Annahme einer reinen *dolus*-Haftung im klassischen Recht der *societas*. Maßgeblicher Proponent dieser These war Ludwig Mitteis,¹⁵ der sich dabei vor allem auf die in einem Aufsatz seines Schülers Stephan Brassloff¹⁶ angeführten philologisch-textkritischen Argumente (zu Ulpian 31 ad

11 Ulpian 31 ad ed D. 17,2,52,3; D. 17,2,52,4 am Ende; Pauli Sent. 2,16.

12 Ulpian 30 ad Sab D. 17,2,52,1; D. 19,2,21; D. 19,1,11,1.

13 Statt vieler M. Kaser/R. Knütel, *Römisches Privatrecht* (20. Aufl. 2014) § 43 Rz 12 S. 269f.

14 G. Santucci, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità* (1997) 231ff; differenzierend dazu F.-St. Meissel in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 117 (2000) 554 (bes 564f).

15 L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* (1908) 322ff.

16 St. Brassloff, Textkritisches zu den römischen Rechtsquellen, in: *Wiener Studien, Zeitschrift für klassische Philologie* 24 (1902) 563 (567); zu Leben und Werk Brassloffs siehe F.-St. Meissel, *Römisches Recht und Erinnerungskultur – zum Gedenken an Stephan Brassloff (1875–1943)*, *Vienna Law Inauguration Lectures* 1 (2008) 1ff.

ed D 17,2,52,1-3) stützte. Ausführlichere Untersuchungen zur Haftung bei der *societas*, die den Ansatz von Mitteis, der allgemein auf viel Zustimmung stieß,¹⁷ weiterführen, stammen von Vincenzo Arangio-Ruiz¹⁸ und Franz Wieacker.¹⁹

Mitteis ging davon aus, dass das römische Haftungsrecht ursprünglich nicht vom Utilitätsgedanken,²⁰ sondern vom Gegensatz zwischen infamierenden und nicht infamierenden Klagen beherrscht gewesen sei.²¹ Bei infamierenden Klagen habe es eine bloße *dolus*-Haftung gegeben, wobei unter *dolus* nicht nur arglistiges Verhalten, sondern jeglicher Verstoß gegen die *bona fides* zu verstehen sei. *Bonam fidem praestare* und *dolum praestare* seien in den Juristentexten gleichbedeutend verwendet worden.²² Nur ein gravierender Vorwurf wie jener eines *fides*-Verstoßes könne die infamierende Wirkung der Verurteilung von Klagen wie der *actio pro socio* (D. 3,2,1, Gai Inst. 4,182) erklären.²³

Die *societas* wird dabei von Mitteis als Beispiel für die Theorie der reinen *dolus*-Haftung bei infamierenden Klagen genannt; im übrigen begnügt er sich aber mit der Behauptung, dass „für die älteren Klassiker, bis auf Celsus, die Præstatio des *dolus* den

- 17 Für eine bloße *dolus*-Haftung bei den infamierenden Klagen allgemein sowie bei der *actio pro socio* im Speziellen etwa auch G. Rotondi, La misura della responsabilità nell' „actio fiducia“, *R.I.S.G.* 51 (1912) 137ff = Scritti Giuridici II (1922) 137ff (bes 139) mit Hinweisen darauf, dass bereits Donellus, Voetius und Glück ähnliche Ansichten vertraten; weiters etwa E. Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1915) § 86; E. Sohm/L. Mitteis/L. Wenger, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts* (17. Aufl. 1928) § 64, S. 379ff; E. del Chiaro, *Le contrat de société* (1928) 181f; E. Szlechter, *Le droit de société* (1947) 391f; vorsichtiger P. Jörs/W. Kunkel, *Römisches Privatrecht* (2. Aufl. 1949) 243; differenzierter auch F. Schulz, *Classical Roman Law* (1951) 551f.
- 18 V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (2. Aufl. 1935) 43ff, der aber immerhin eine *culpa*-Haftung für „certe ipotesi particolari“ zugesteht; V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (1950) 188ff.
- 19 F. Wieacker, Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 54 (1934) 35ff. Wieacker vertritt für die „mittelklassische Zeit“ eine *dolus*-Haftung, wobei er mit Mitteis *dolus* als Gegenbegriff zur *bona fides* begreift und nicht den gegenüber der Fahrlässigkeit abgegrenzten Vorsatzbegriff zugrundelegt.
- 20 Erste Spuren der Berücksichtigung der Utilität finden sich schon bei Labeo (vgl D. 19,5,20,2), Alfén (vgl D. 19,2,31) und möglicherweise sogar Quintus Mucius (D. 13,6,5,3). Dazu bereits B. Kübler, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht, Sonderdruck aus der *Festgabe für Otto Gierke* (1910) 37. Im Anschluss an D. Nörr, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 73 (1956) 68ff, empfiehlt es sich, statt von einem Haftungsprinzip von einem Utilitätsgedanken zu sprechen.
- 21 Mitteis, *Privatrecht* 324ff.
- 22 Mitteis, *Privatrecht* 317ff, 325. Dementsprechend spricht Arangio-Ruiz, *Società* 189, von einem „Fidesprinzip“.
- 23 Mitteis hält es für völlig unvorstellbar, eine infamierende Klage wegen leicht fahrlässigen Verhaltens zu gewähren (*Privatrecht* 326). Gleichzeitig versteht er aber *dolus* so weit, dass auch fahrlässige Verhaltensweisen darunterfallen können (*Privatrecht* 325). Damit reduziert sich im Ergebnis der Unterschied zur Gegenmeinung (derzufolge schon in der Klassik eine Haftung auch für Fahrlässigkeit bestand) erheblich. A. Manigk, in: Pauly/Wissowa, *Realenzyklopädie der Altertumswissenschaften sv societas* (1927) 777, meinte deshalb, dass es sich um eine „spätere terminologische Spaltung, nicht um eine dogmatische Entwicklung“ handle. Allerdings dürfte Mitteis unter seinen weiten *dolus*-Begriff allenfalls auch grob fahrlässiges Verhalten subsumiert haben, nicht aber Fälle leichter Fahrlässigkeit (vgl Mitteis, *Privatrecht* 326).

Ausgangspunkt bildet“, um in der dazugehörigen Fußnote jene Stellen, die eine *culpa*-Haftung bejahen, als interpolationsverdächtig zu bezeichnen.²⁴

2.1 Modestinus Collatio 10,2,4

Der wichtigste Beleg für das Infamieargument ist ein in der Collatio überliefertes Modestinfragment (Coll. 10,2,4), welches freilich gar nicht von der *societas* handelt. Immerhin findet sich hier aber ein ausdrücklicher Zusammenhang zwischen der infamierenden Wirkung einer Verurteilung und der Haftung bloß für *dolus*:

Depositi damnatus infamis est: qui vero commodati damnatur, non fit infamis: alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur.

Modestin stellt *depositum* und *commodatum* gegenüber und begründet die *dolus*-Haftung beim *depositum* mit der infamierenden Wirkung der Kondemnation. Dass das Infamieprinzip aber für die *dolus*-Haftung nicht allein maßgeblich gewesen sein dürfte, ist daraus ersichtlich, dass Modestin zunächst (offenbar als wichtigeren Gesichtspunkt!) zur Begründung der unterschiedlichen Haftung bei Verwahrung und Leihevertrag das Utilitätsargument anführt (Modestin 2 diff. Coll. 10,2,1):

... commodati autem contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque (scilicet dolum et culpam) praestatur: in deposito vero causa solo deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur.

Inwiefern aber der eine Gesichtspunkt – die Utilität – oder der andere – die Infamie – für die Haftung durchschlagend war, lässt sich aus der Stelle jedenfalls nicht ableiten.

Darüber hinaus ist zu bemerken, dass Modestins Gegenüberstellung der Haftung bei *depositum* und *commodatum* in seinen vermutlich didaktisch ausgerichteten *differentiae* reichlich schematisch ist und auf Nuancen der kasuistischen Diskussion nicht Bedacht nimmt. So lässt sich bekanntlich zur Haftung beim *depositum* schon bei den Hochklassikern eine Tendenz zur Erweiterung der *dolus*-Haftung auf *culpa lator* (Nerva) sowie *diligentia quam in suis* (Celsus) feststellen,²⁵ auf die Modestin nicht eingeht. Modestins Text belegt somit zwar eine Verbindung von Infamie und *dolus*-Haftung, die noch bei den Spätclassikern bewußt ist, er spricht aber (im engeren Text-Zusammenhang sowie im weiteren Zusammenhang des klassischen Haftungsrechts interpretiert) keineswegs für eine unbedingte Gültigkeit des Infamieprinzips als alleinigem Kriterium für den Haftungsmaßstab bei Verträgen.

Wenn aber sogar beim *depositum*, welches unter dem Gesichtspunkt der Utilität immer wieder als Beispiel für einen Kontrakt zitiert wird, bei dem die Nützlichkeit nur

24 Mitteis, *Privatrecht* 330 Fn 43. Insbesondere die Celsus bei Ulpian D. 17,2,52,2 zugeschriebene Erwähnung einer (allgemeinen) Haftung für *culpa* bei der *societas*, wird von ihm – unter Berufung auf St. Brassloff, *Wiener Studien* 24 (1902) 566 – verdächtigt.

25 Celsus 11 dig D. 16,3,32. Vgl dazu W. Selb, Das Problem des relativen „dolus“ in D. 16,3,32, *Syntelesia Arangio-Ruiz* II (1964) 1173ff; H. Hausmaninger, *Diligentia quam in suis*, *FS Kaser* (1976) 265ff; Derselbe, Celsus gegen Proculus, 3. *FS v. Lübtow* (1991) 54f; F. Mercogliano, *Diligentia quam in suis per iuristi romani classici*, *Index* 19 (1991) 379; A. Völkl, Zur *diligentia quam in suis* des Verwahrers, *FS Hausmaninger* (2006) 293; G. Santucci, *Diligentia quam in suis* (2008) bes 71ff.

auf Seiten der einen Partei liegt, von den Hochklassikern eine vorsichtige Erweiterung der Haftung diskutiert wird, ist dies umso mehr bei der *societas* zu erwarten, bei der beiderseitiger Nutzen gegeben ist. Immerhin finden wir bei Ulpian 28 ad ed D. 13,6,5,2 im Zusammenhang mit schematisierenden Erläuterungen von Haftungsmaßstäben²⁶ die *societas* ausdrücklich unter den als beiderseits nützlich eingestuften Verträgen, bei denen für *dolus* und *culpa* gehaftet werde:

... *sed ubi utriusque utilitas vertitur; ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.*

Gegen das Infamieargument lässt sich weiters anführen, dass der infamiebegründende *fides*-Verstoß auch darin gesehen werden könnte, dass der Schuldner eine bereits feststehende (uU auch auf einer *culpa*-Haftung beruhende) Schadenersatzverpflichtung entgegen der *bona fides* nicht erfüllt. Gegen einen zwingenden Zusammenhang zwischen infamierender Wirkung der *actio pro socio* und *dolus*-Haftung spricht dabei schon die allgemeine Überlegung, dass die *actio pro socio* nicht nur bei Schadenersatzansprüchen der Gesellschafter untereinander herangezogen wurde, sondern überhaupt zur Abrechnung und Liquidierung der *societas*.²⁷ Eine Verurteilung aus ihr musste sich folglich überhaupt nicht auf ein Verschulden des Partners beziehen – es sei denn, man erblickt dieses darin, dass er es zu einer Verurteilung kommen lässt und nicht schon vorher das Geschuldete geleistet hat.

Darüberhinaus ist daran zu erinnern, dass erst die Kondemnation infamierend wirkt, sodass es der Beklagte durchaus in der Hand hat, vor einer sich abzeichnenden Verurteilung durch Abschluss eines prozessbeendenden *pactum* oder andere Mittel (Einsetzung eines Prozessvertreters etc) die Infamiefolge zu vermeiden.²⁸

2.2 Pomponius 12 Sab D. 17,2,59,1

Von anderen Belegen für eine angeblich noch in der Hochklassik vorherrschende *dolus*-Haftung möchte ich hier nur Pomponius D. 17,2,59,1 anführen, weil er ein schönes Beispiel des Ineinandergreifens von Haftung und Gefahrtragung bieten kann, wenn man den Text in seinem Kontext interpretiert.

Quod in alea aut adulterio perdiderit socius, ex medio non est laturus: si quid vero dolo nostro socius damni cepit, a nobis repetet.

Verluste eines *socius* beim Glückspiel oder aufgrund eines Ehebruchs sind nicht gemeinsam von den Gesellschaftern zu tragen; wird dem *socius* hingegen durch *dolus* der Übrigen ein Schaden zugefügt, so kann er diesen von ihnen zurückfordern.

Pomponius behandelt in seinem Sabinuskommentar zunächst nicht die Haftung, sondern die Frage der gemeinsamen Gefahrtragung für den Vermögensverlust, den

26 Vgl auch Ulpian 29 ad Sab D. 50,17,23.

27 Auf diesen Aspekt weist insbes Watson, Some Cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 31 (1963) 78, hin. Watson (loc. cit. 82) merkt im übrigen an: „It must be said that the jurists – wisely – did not allow the strict theory of infamia to interfere with the development of standards of liability“.

28 Vgl Meissel, *Societas* 49f.

ein Gesellschafter infolge unerlaubten Glückspiels oder *adulterium* erlitten hat. Die Bestreitung dieser Verluste aus dem Gemeinschaftsvermögen wird in Satz 1 (möglicherweise bereits von Sabinus²⁹) abgelehnt. Wörtlich heißt es, dass diese Ausgaben nicht *ex medio* zu tragen seien, was darauf hindeutet, dass es sich um eine *societas* handelt, bei der die Gesellschafter Vermögen vergemeinschaftet haben: Schon die Glosse denkt hier an eine *societas omnium bonorum*³⁰; als wahrscheinlicher Kontext ist an eine Universalgesellschaft zwischen Geschwistern zu denken.³¹

Darauf folgt eine Aussage, deren Zusammenhang mit dem ersten Satz aufs Erste nicht evident ist: Wenn ein Schaden des einen *socius* durch *dolus* der anderen herbeigeführt wurde, so kann der geschädigte *socius* von den anderen Schadenersatz verlangen. Isoliert betrachtet scheint hier eine allgemeine Aussage vorzuliegen, dass ein *socius* den Schaden, der ihm durch *dolus* der anderen *socii* zugefügt wurde, von diesen ersetzt verlangen kann. Pomponius also als Vertreter einer bloßen *dolus*-Haftung?

Etienne Laffely möchte im Hinblick auf den ersten Teil des Fragments die Aussage des Pomponius restriktiv interpretiert wissen; seiner Meinung nach gehe es Pomponius nicht um eine Definition des Haftungsmaßstabes bei der *societas*, sondern lediglich darum, Fälle, in denen der *socius* einen Verlust alleine zu tragen habe (*alea*, *adulterium*) und Fälle, in denen er Ersatz des Schadens verlangen kann (*dolus malus*) auseinanderzuhalten.³² Diese Erklärung vermag aber nicht hinreichend zu erklären, warum Pomponius ausdrücklich auf den *dolus malus* (und nicht auf *culpa*) rekurriert.

Fritz Sturm hat demgegenüber eine Deutung vorgelegt, welche einen Zusammenhang mit der Frage des Haftungsmaßstabes gänzlich leugnet. Seiner Meinung nach geht es im zweiten Satz nur um die Umkehrung dessen, was im ersten Satz ausgedrückt wird. Darf der *socius* die verpönten Ausgaben für *alea* und *adulterium* nicht aus den gemeinsamen Mitteln bestreiten, so ist er umgekehrt verpflichtet, falls er dies doch getan hat, das Entnommene den Mitgesellschaftern zurückzugeben. *Damnum* wäre demgemäß hier als Nachteil zu verstehen, den die anderen dadurch erleiden, dass der *socius* zu Unrecht aus der Gemeinschaftskasse etwas entnommen hat. Die Bezugnahme auf *dolus* erklärt sich laut Sturm dann einfach daraus, dass „Ausgaben für Weib und Würfel stets vorsätzlich erfolgen“.³³

Der Zusammenhang könnte aber auch ein anderer sein. Das entgegengesetzte *si quid* könnte eine Ausnahme zu dem im ersten Satz Ausgesprochenen normieren: An sich muss der *socius* den Verlust infolge Glückspiels und *adulterium* selbst tragen, es sei denn, er wurde von den anderen *socii* dolos zu diesem Verhalten verleitet.³⁴ Auch in diesem Fall läge aber keine allgemeine Aussage vor, sondern die Tragweite der Entscheidung wäre auf die besondere Lage des Falles beschränkt.

29 Vgl die Diskussion bei den *veteres* zur Frage der Vergemeinschaftung einer Verurteilung aus einer *actio iniuriarum* in D. 17,2,52,18, wo Sabinus namentlich genannt ist.

30 GL. *Laturus*. Benützte Ausgabe: Lyon 1627 Sp. 1679. Dazu F. Sturm, Gesellschafterausgaben für Weib und Würfel, *IVRA* 30 (1979) 78f.

31 Vgl D. 17,2,52,18.

32 E. Laffely, *Responsabilité du „socius“ et concours d'actions dans la société classique* (1979) 16.

33 Sturm, *IVRA* 30 (1979) 82.

34 So bereits M. Talamanca, Società in: *Enciclopedia del diritto* 42 (1990) 855 Fn 443.

Einen Beleg für eine reine *dolus*-Haftung³⁵ bietet der Text somit nur, wenn man den zweiten Satz ohne Zusammenhang mit dem ersten betrachtet und darin eine generelle Aussage des Pomponius sieht. Selbst dann aber wäre denkbar, dass Pomponius zu jenen Juristen gehört, die (noch dazu im wahrscheinlichen Kontext einer *societas universorum*) an der *dolus*-Haftung festhielten, was mit der Annahme einer ungeklärten Streitfrage in der Hochklassik durchaus vereinbar wäre.

Was nun die zahlreichen Texte in den Digesten anbelangt, die von einer *culpa*-Haftung der *socii* sprechen, so hat man sie lange mit dem Argument des Interpolationsverdachts als nachklassische Zutat qualifiziert, um die Theorie einer reinen *dolus*-Haftung in der Klassik aufrechtzuerhalten. Seitdem nun aber die Interpolationenjagd nicht mehr das präferierte methodische Instrumentar darstellt, hat sich die Vorstellung hinsichtlich der Entwicklung des Haftungsregimes beim Gesellschaftsvertrag in Richtung einer komplexeren und vielfältigeren historischen Dynamik verschoben.

Als exemplarisch für die stärker differenzierende Lehre der neueren Romanistik³⁶ lässt sich die Behandlung der Haftung im enzyklopädischen Beitrag Mario Talamancas zur *societas* anführen. Nachdem er zunächst eine Entwicklungslinie ins Auge fasst, die von einer klassischen *dolus*-Haftung über eine nachklassische Haftung für *dolus* und *culpa* zu einer justinianischen Haftung für *dolus* und *culpa in concreto* geht, verwirft er diese sogleich wieder als zu vereinfachend. Demgegenüber hält er eine auf den jeweiligen konkreten Fall zugeschnittene Vorgangsweise sowie möglicherweise unterschiedliche Meinungen einzelner Juristen für wahrscheinlich („decisioni differenziate in base all’articolazione delle situazioni riportate allo schema unitario della *societas consensu contracta*, tenendo anche conto della possibilità di divergenze d’opinione fra i giuristi“³⁷).

3. Nörres Deutung von Kap. 84 Z. 9-10 der *lex Irnitana*

Der neue Deutungsvorschlag von Nörr geht aber erheblich weiter. In gewisser Weise dreht er die alte Vorstellung der reinen *dolus*-Haftung um und nimmt an, dass die Haftung für *culpa* bereits im 1. Jh völlig akzeptiert gewesen sei, sodass es möglich war, eine auf den *dolus*-Vorwurf verzichtende Klage sogar in der munizipalen Gerichtsbarkeit geltend zu machen. Dabei habe man eine Haftung des Beklagten so geltend machen können, dass ausdrücklich *dolus* ausgenommen werde, indem bei der Klageerhebung gesagt werde, dass kein *dolus* vorgelegen sei („*dicere non dolo malo factum esse*“).

Zentrale Frage dabei ist zunächst die Bedeutung der Klausel „*quod dolo malo factum dicatur*“ in Kapitel 84. Nörr geht davon aus, dass sich die Zeilen 9 und 10 der Tafel IXB des 84. Kap. der *lex Irnitana* folgendermaßen erklären: Im Rahmen eines Katalogs von

35 Wieacker, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 34 (1934) 40f; Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (2. Aufl 1935) 43; Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Bd I: *La responsabilità per custodia* (1938) 183; Szlechter, *Le contrat de société* (1947) 392.

36 Vgl etwa Schulz, *Classical Roman Law* (1951) 551; Kaser, *Römisches Privatrecht* I² 576; Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht* 334; Zimmermann, *Law of Obligations* (1990) 462ff.

37 Talamanca, *Enciclopedia del diritto* 42 (1990) 855f. Mit „kasuistischer Vorgangsweise“ erklärt auch W. Seidl, *Römisches Privatrecht* (1963) 154, die Divergenz der Klassikerentscheidungen.

Klagen, die von der kommunalen Gerichtsbarkeit ausgeschlossen sind, finden sich hier auch die *actio pro socio*, die *actio fiduciae* und die *actio mandati*, allerdings nur insofern sich diese Klagen darauf stützen, dass der Beklagte dolos gehandelt habe. Mit anderen Worten: Nur wenn der Kläger sich auf *dolus* des Beklagten stützt, seien diese Klagen der *iurisdictio municipalis* entzogen.

E contrario ergibt sich für Nörr daraus, dass alle drei Klagen auch im *municipium* abgeführt werden können, wenn der Kläger ausdrücklich angibt, dass kein *dolus* geltend gemacht werde, sondern bloß ein Verhalten, welches unter *culpa* subsumierbar ist.

Die technischen prozessualen Mittel für einen solchen Ausschluss der *dolus*-Haftung und zugleich die Handhabe, um eine *culpa*-Haftung geltend zu machen, die also zu dieser Zeit allgemein akzeptiert sein musste, sei entweder ein Verzicht auf Beweise, die auf *dolus* Bezug haben, in der *editio instrumentorum* (vonseiten des Klägers) oder aber, und das scheint die von Nörr primär in Erwägung gezogene Lösung zu sein, die Einschränkung des Klagsgegenstandes durch eine *praescriptio*. Mittels *praescriptio (pro actore)*³⁸ sei auf Vorschlag des Klägers in die Streitformel eine Einschränkung aufgenommen worden *si in ea re nihil dolo malo istius factum sit*.³⁹ Hinzuzufügen ist, dass Nörr dabei durchaus mit der hA davon ausgeht, dass es sich dabei um die *in ius* konzipierte Klagsformel der *actio pro socio* gehandelt habe.

Durch eine solche *praescriptio pro actore* habe der Kläger zum Ausdruck bringen können, dass er keinen *dolus* des Beklagten behaupten werde. Darüber hinaus habe diese *praescriptio* zwei Auswirkungen gehabt: Die eine sei gewesen, dass der Kläger eine Verantwortlichkeit für *culpa* geltend machen konnte (was voraussetzt, dass diese damals bereits akzeptiert war) und dass zweitens eine Verurteilung aus dieser Klage – anders als bei einer Verurteilung aus der *actio pro socio* – keine Infamie nach sich gezogen habe.⁴⁰ Als rechtspolitische Begründung des Ausschlusses der in Kap. 84 genannten Klagen wird ja allgemein die bei diesen Klagen anzutreffende infamierende Wirkung der Verurteilung angenommen.

Um diese Deutung Nörrs zu würdigen, ist es zunächst nötig, die Wendung *quod dolo malo factum esse dicatur* in ihrem Kontext in der *lex Irnitana* zu sehen. Tatsächlich zeigt sich dabei, dass die Bedeutung dieses Satzteils keineswegs klar ist, und zwar sowohl, was den Bezugspunkt, als auch, was den Inhalt anbelangt. Trotz der bisherigen Erklärungsversuche bleiben hier viele Fragen offen.

Beginnen wir bei der „Reichweite“: Worauf bezieht sich diese Apposition *quod dolo malo factum esse dicatur* im Satzgefüge? Unmittelbar vor *quod dolo malo factum esse dicatur* finden wir den Ausschluss der kommunalen Gerichtsbarkeit bei drei Klagen, die zu den *bonae fidei iudicia* zählen: *neque pro socio aut fiduciae aut mandati*. Man muss sich also fragen, ob sich *si quod dolo malo factum esse dicatur* auf alle drei Klagen oder aber nur auf die zuletzt genannte *actio mandati* bezieht.

38 Zur Funktion der *praescriptio pro actore* im Allgemeinen siehe M. Kaser/K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Aufl 1996) 265f und 320ff.

39 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 20.

40 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 6, 16, 19.

3.1 „Reichweite“ des *quod dolo malo factum esse dicatur* in c. 84 *lex Irnitana*

Eine Reihe von Romanisten, die sich mit c. 84 *lex Irnitana* beschäftigt haben, meinen, dass sich die Wendung auf alle drei Klagen beziehe. Für Francesca Lamberti spricht dafür vor allem, dass alle drei Klagen durch ein einziges *neque* eingeleitet werden, wohingegen man im Fall, dass sich das *quod dolo malo factum esse dicatur* nur auf das Mandat beziehen sollte, drei separate konsekutive *neque* erwarten würde.⁴¹

Aber auch was *quod* in der Wendung bedeutet, ist unklar. Eine naheliegende Vermutung wäre ein explizierender Hinweis, der sich darauf bezieht, dass alle drei genannten Klagen einen *fides*-Verstoß zur Grundlage haben. Julián González⁴² macht hier auf die Parallele bei Cicero, nat. deor. 3,30,74 aufmerksam, wo es heißt: „*inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati pro socio fiduciae, reliqua quae ... contra fidem fiunt*“. Das *quod* wäre demgemäß am ehesten kausal im Sinne von *quia* zu übersetzen. Seine Funktion wäre rein explikativ (und nicht limitierend).⁴³

Andere verstehen das *quod* hingegen einschränkend. So meint etwa Lamberti, dass der Ausschluss der Klagen hier darauf beschränkt sei, dass *dolus* geltend gemacht werde.⁴⁴ Und auch Nörr vertritt, dass *quod* hier konditional im Sinne von *si* verwendet wird, also bedeutet: „wenn (= sofern) *dolus malus* behauptet wird“.⁴⁵ Tatsächlich ist ein solcher Sinn von *quod* vereinzelt in Juristenschriften belegt. Für Nörr folgt daraus, dass die *lex Irnitana* alle drei Klagen ausschließe, wenn dabei der Kläger *dolus* des Beklagten geltend macht.

Vom philologischen Gesichtspunkt erscheint diese Deutung aber nicht zwingend. Wenn sich der Satzteil auf alle drei zuvor genannten Klagen bezieht, wäre an sich ein Plural zu erwarten. Ausdrücklich nur auf das Mandat bezieht Joseph Georg Wolf den Nebensatz und übersetzt das *quod* zudem kausal: „weil der Auftrag in böser Absicht erteilt worden sein soll“.⁴⁶

Man könnte *quod* aber auch als Relativpronomen zum Mandat (*mandatum quod*) auffassen, was wiederum auf einen Bezug lediglich auf den Auftragsvertrag hindeuten würde: *neque ... mandatum quod dolo malo factum esse dicatur*. In der *lex Irnitana* selbst findet man im nahen Umfeld unserer Stelle in der Zeile 7 nach *factum sit* einen klaren relativen Gebrauch von *quod*: hier heißt es *factum sit quod* und in der Zeile 12

41 Lamberti, *Tabulae* 155. Auf alle drei vorher genannten Klagen bezieht den Satz wohl auch M. Crawford in seiner englischen Übersetzung in: *Journal of Roman Studies* 76 (1986) 195: „provided the case is not over freedom or over partnership or fiducia or mandate, involving an accusation of wrongful intent“.

42 González, *Journal of Roman Studies* 76 (1986) 229.

43 In diesem Sinn bereits D’Ors, *Sodalitas* 6 (1984) 2581f und auch noch Nörr, in: Nörr/Nishimura, *Mandatum* (1993) 16 Fn 14; Meissel, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 117 (2000) 563.

44 Lamberti, *Tabulae* 349: „non si agisca ... né nei confronti del socio, o in tema di fiducia o mandato, in ciò (limitatamente a ciò) che si sostenga posto essere con dolo“.

45 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 5, unter Berufung auf M. D’Eliade, Sull’uso di „quod“ con il senso di „si“ nel latino giuridico, in: *Studi G. Bonfante* I (1976) 191ff.

46 J.G. Wolf, *Lex Irnitana* (2011) 119.

finden wir *aut de sponsione quae in probrum facta esse dicatur*.⁴⁷ Hier ist deutlich, dass sich das *quod* auf *factum* und das *quae* auf die *sponsio* bezieht.⁴⁸ Mir scheint damit insgesamt die Annahme, dass sich das *quod dolo malo factum esse dicatur* nur auf das Mandat und nicht auf die *fiducia* und die *societas* bezog, noch nicht eindeutig widerlegt zu sein. Auch dann wäre die Wendung äusserst interessant, die Folgerungen, die man aus ihr ziehen könnte, würden sich aber auf den Auftragsvertrag bzw die *actio mandati* beschränken und für die Haftung bei *societas* und *fiducia* nichts hergeben.

Die Erklärung, dass sich das *quod dolo malo factum esse dicatur* nur auf das Mandat bezieht, würde an sich auch aus einem anderen Grund gut in unser bisheriges Bild passen. Allgemein wird ja angenommen, dass der Ausschluss bestimmter Klagen von der Kompetenz der Gerichtsbarkeit der munizipalen *duumviri* mit dem infamierenden Charakter dieser Klagen zusammenhänge. Was nun die *actio mandati* anbelangt, so weist diese die Besonderheit auf, dass nur die *actio mandati directa* infamierend war, während eine *actio mandati contraria* die Infamiefolge nicht auslöste.⁴⁹ Es wäre nun denkbar, dass im *municipium* nur die *actio mandati directa* ausgeschlossen war (bei der regelmäßig doloses Verhalten des Auftragnehmers behauptet wird), nicht aber die *actio contraria*, bei der, wie Ulpian 6 ad ed D. 3,2,6,7 es ausdrückt, nicht *de perfidia*, sondern bloß *de calculo* gestritten wurde.⁵⁰ Es erschiene sehr plausibel, dass Letztere mangels Infamiewirkung auch im *municipium* geltend gemacht werden konnte.

Als Zwischenbilanz können wir also festhalten, dass es alles andere als sicher erscheint, dass sich *quod dolo malo factum esse dicatur* nicht bloß auf das Mandat bezog, in welchem Fall keinerlei Rückschlüsse auf die Haftung bei der *societas* möglich wären.

3.2 Zur Deutung des „*dolo malo factum esse dicere*“ in c. 84 *lex Irnitana*

Die zweite Frage betrifft die inhaltliche Deutung von *quod dolo malo factum esse dicatur*. Hiezu wurden bislang zwei Hypothesen aufgestellt: Eine Interpretation bestünde, wie bereits oben erwähnt, in einer reinen beschreibenden bzw erklärenden Bedeutung.⁵¹ Nach dieser Auffassung würde die Wendung nur erklären, dass bei der *actio mandati* (und je nachdem, wie man die oben angeführte Frage beantwortet uU auch für *fiducia* und *societas*) eine Haftung für *dolus* besteht und dass daher die Klage bzw die Klagen aus dem Wirkungsbereich der *duumviri* ausgenommen sei. Diese Deutung

47 Zur *sponsio in probrum facta* siehe M.L. Peluso, Die sponsio in probrum facta im Jurisdiktionskatalog der Lex Irnitana, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 120 (2003) 42ff.

48 Auf der anderen Seite scheint gegen die Verwendung des *quod* als *si* zu sprechen, dass weiter unten in c. 84 Zeile 17 ein konditionaler Nebensatz eindeutig mit *si* eingeleitet wird.

49 Vgl den Ediktswortlaut bei Julian 1 ad ed D. 3,2,1. Die im Hinblick auf die allgemeine Aussage von Gai. Inst. 4,182 (derzufolge die Verurteilung aus der *actio mandati* die Infamie nach sich ziehe) geäußerte Interpolationsannahme – vgl etwa Kreller, *Festgabe Heck* (1931) 130 Fn 3 – erscheint mir nicht zwingend, da die Aussage des Gaius bloß exemplifizierend die *actio mandati* als eine jener Klagen anführt, bei denen (lediglich) die *condemnatio* infamierend wirkt und diese Klagen den Deliktssklagen gegenüberstellt, bei denen auch eine vergleichsweise Bereinigung nicht vor der Infamie schützt.

50 Ulpian 6 ad ed D. 3,2,6,7: *Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.*

51 Siehe schon oben bei Fn 43.

würde die Übersetzung des *quod* als *quia* nahelegen. Da wir auch aus den bereits vorher zugänglichen Quellen viele Hinweise darauf haben, dass im frühen ersten Jahrhundert bei allen drei der genannten Verträge eine *dolus*-Haftung bestand, liegt eine solche Erklärung an sich nahe und würde sich gut ins Gesamtbild fügen. Allerdings muss man sich dann die Gegenfrage gefallen lassen, warum eine solche Selbstverständlichkeit überhaupt in der *lex municipalis* eigens erwähnt wird. Darüber hinaus lässt das *dicatur* doch erwarten, dass *dicere* eine technische Bedeutung im prozessualen Kontext zukommen dürfte.

Alvaro d'Ors dürfte das *dicere* auf den Ausspruch des Richters in der *condemnatio* beziehen,⁵² was mir allerdings im systematischen Zusammenhang des Textes wenig wahrscheinlich scheint. Die Annahme, dass die Kompetenz eines Gerichtsmagistrats davon abhängen soll, welche Worte der *iudex* im späteren Verfahrensabschnitt *apud iudicem* in der Verurteilung formulieren wird, wirkt wenig überzeugend. Die Zuständigkeit muss ja bereits *in iure* geklärt sein.

Aus diesem Grund hat auch Nörr in seinen jüngsten Überlegungen einen anderen technischen prozessualen Sinn des *dicere* im Zusammenhang mit den vorprozessualen Verhandlungen der Parteien angenommen. Er denkt dabei an eine *praescriptio (pro actore)*, durch die von vornherein der Streit so beschränkt werde, dass die Geltendmachung eines *dolus*-Vorwurfs von Seiten des Beklagten ausgeschlossen sei. Die Behauptung dolosen Verhaltens wäre so durch die Formulierung des Streitprogrammes unmöglich gemacht.⁵³ Eine Konsequenz eines Ausschlusses der Diskussion über ein allfälliges doloses Verhalten des Beklagten wäre nach Nörr auch der Nichteintritt der Infamiefolge der *condemnatio*.⁵⁴

Mir erscheint dies wenig plausibel, da es voraussetzen würde, dass die Infamie, die nach unserer Kenntnis die direkte Folge der Verurteilung aus einer *actio pro socio*, *actio fiduciae* oder *actio mandati directa* war (sofern gegen den Beklagten *suo nomine* vorgegangen wurde), vom Inhalt einer allfälligen *praescriptio pro actore* abhängig gewesen wäre. Im Allgemeinen dient die *praescriptio pro actore* ja dazu, für den konkreten Fall den Streitgegenstand einzuschränken, was vor allem für die Klagenkonsumption von Bedeutung war.⁵⁵ Dabei betrifft die *praescriptio* lediglich die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien des Verfahrens, indem der Streit im Vergleich zum möglichen weiteren Umfang der Klage-Formel eingeschränkt wird. Da nun aber die Infamie (man könnte auch hinzufügen: aufgrund des allgemeinen Interesses der Rechtsgemeinschaft) als eine objektive Folge der Verurteilung bei bestimmten Klagen eintritt, ist die Annahme einer Dispositivität durch prozessuale Einschränkungen, die bloß *inter partes* wirken, zumindest nicht selbstverständlich.

Was aber den zweiten Teil der Deutung Nörrs anbelangt, die Annahme einer allgemeinen Haftung für *culpa* für alle drei angeführten Kontrakte, so muss man doch zu bedenken geben, dass eine solche für die fragliche Zeit aus den Juristenschriften

52 A. d'Ors, *Sodalitas* 6 (1984) 2582, der aus c. 84 *lex Imitana* schließt, dass nur die Verurteilung wegen dolosen Verhaltens infamierend war.

53 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 20f. Als Wortlaut einer solchen *praescriptio* denkt Nörr an „*si in ea re nihil dolo malo istius factum sit*“.

54 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 19.

55 M. Kaser/K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Aufl. 1996) 265f.

jedenfalls nicht hervorgeht und auch bei Nörr nur mittels eines Schlusses *e contrario* abgeleitet wird. Ohne dies hier näher vertiefen zu können, wäre die kasuistische Diskussion einer *culpa*-Haftung in der Hochklassik, wie sie insbes aus Gaius D. 17,2,44 und Ulpian D. 17,2,52,2 hervorgeht, schwer erklärlich, wenn eine mögliche Haftung bereits im 1. Jh. n. Chr. so selbstverständlich gewesen wäre, dass auf sie eigens in den Zuständigkeitsregeln der Munizipalgerichtsbarkeit Bezug genommen worden sei.

Will man dem Wort *dicere* in c. 84 *lex Irnitana* eine technische Bedeutung geben und auf eine Klage beziehen, bei der der Kläger geltend macht, dass kein *dolus* vorgekommen sei, so könnte man meines Erachtens Überlegungen anstellen, die in eine ganz andere Richtung gehen: Ich denke hier an die bekannte Unterscheidung von *formula in ius concepta* und *formula in factum concepta*. Gaius Inst. 4,47 erläutert diese Unterscheidung anhand der Beispiele der *actio depositi* und der *actio commodati*.⁵⁶ Er fügt aber hinzu, dass es sich dabei nur um Exempel handel:

Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati ...

Es gab folglich auch andere Kontrakte, bei denen eine Dualität von Klagen zu bestimmten Zeiten existierte. Die Worte *quod dolo malo factum esse dicatur* könnten sich folglich auch auf eine *actio in factum concepta* beziehen, bei der das *factum* in dem Vorwurf eines dolosen Verhaltens bestand. Ähnlich finden wir dies ja im Formelteil *rem dolo malo redditam non esse* der *formula depositi in factum concepta*, so wie sie uns bei Gaius Inst. 4,47 überliefert ist:

At illa formula, quae ita concepta est: IUDEX ESTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RESERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO ; SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est.

Verfolgt man diese Gedanken weiter, dann könnte man in unserer Wendung aus der *lex Irnitana* eine Anspielung auf ältere Formen einer *formula in factum* beim Mandat (bzw möglicherweise auch bei der *societas* und bei der *fiducia*) sehen, *formulae*, für die ansonsten die Spuren in den Juristenschriften verloren gegangen sind. Das bleibt zwar in hohem Maße spekulativ, immerhin kann man aber ins Treffen führen, dass zumindest für einen Fall, nämlich die Regressklage des Bürgen, der aufgrund eines Mandats die *fideiussio* übernommen hat, schon seit längerem⁵⁷ die Existenz einer eigenen *actio mandati in factum concepta* angenommen wird.⁵⁸ Sie wird in etwa folgendermaßen rekonstruiert:

Si paret N^m N^m passum esse A^m A^m pro se fideiubere, si quid A^s A^s pro eo solverit, quanta pecunia A^o A^o abest, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c.s.n.p.a.

56 Dazu J. Kranjc, In ius und in factum konzipierte Klageformeln bei der Leihe und bei der Verwahrung, in: W. Ernst/E. Jakob, *Usus Antiquus Juris Romani* (2005) 127ff.

57 Lenel, *Edictum perpetuum* (3. Aufl 1927) 296f.

58 Dazu ausführlich H. Kreller, Zum iudicium mandati, Beiheft zum *Archiv für die civilistische Praxis* 133 = *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt* (1931) 118 bes 120-141.

Im Fall des c. 84 könnte das *factum*, auf das sich die *formula in factum concepta* bezieht, im *dolus*-Vorwurf bestehen, ähnlich wie bei der *actio depositi in factum concepta* auf das *dolo malo rem redditam non esse* Bezug genommen wird. Wenn man dann einen Gegenbegriff zu der als *formula in factum concepta* gedachten Klage, für die es heisst *quod dolo malo factum esse dicatur*, sucht, so wäre dies wohl die entsprechende *formula in ius concepta*.

4. Schlussbemerkung

Laurens Winkel gehört zu den nachdenklichen und (selbst-)kritischen Angehörigen unserer Zunft. Ihm seien daher diese Zeilen, aus denen mehr der Zweifel an den bisher vorgelegten Deutungen spricht, als die Sicherheit, selbst eine völlig überzeugende Erklärung geben zu können, in herzlicher Verbundenheit gewidmet. In Summe hoffe ich gezeigt zu haben, dass sich aus dem Kap. 84 der *lex Irnitana* keine definitiven Schlüsse hinsichtlich der Existenz einer allgemein anerkannten *culpa*-Haftung bei der *societas* im 1. Jh n Chr ziehen lassen. Die diesbezügliche Skepsis beruht aber nicht nur auf den angeführten Schwierigkeiten der Deutung von *quod dolo malo factum esse dicatur*, sondern stützt sich – was hier nur angedeutet werden konnte – insbesondere auf jene Stellen, die auf eine differenzierte und wohl noch kontroverse Diskussion dieser Haftungsfragen bei den Juristen des zweiten Jahrhunderts schließen lassen.⁵⁹ Diese werden wohl weiterhin den Ausgangspunkt der Diskussion der Haftungsmaßstäbe bei der *societas* im klassischen römischen Recht bilden müssen.

Abstract

Chapter 84 of the *lex Irnitana* excludes a number of *iudicia* from municipal jurisdiction. In the list of excluded actions we find the following in lines 9 and 10: *neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur*. In an article in the *Savigny-Zeitschrift* (2007) Dieter Nörr argues that this is a proof of liability for *culpa* in the three relevant contracts (*societas*, *fiducia* and *mandatum*). According to Nörr, in respect of none of those contracts was a claimant excluded from initiating an action before the municipal court, if he declared *in iure* that his claim was based not on *dolus*, but merely on *culpa*. This assumption implies that in all three contracts liability for *culpa* already existed in the first century AD. The present contribution approaches the question from the perspective of the classical law of *societas*. Whereas the traditional view of twentieth-century scholars was that liability was limited to *dolus*, a different picture has been painted recently. Even if there are traces of liability for *culpa* in at least some hypotheses (for example in the case of a partner who has pledged to contribute a specific skill to the partnership), the matter seems to have been still unresolved in the early second century

59 Vgl insbes Celsus in Ulpian D. 17,2,52,2, wo die Haftung für *culpa* von Celsus mE nur für die speziell genannten Fälle des Versprechens einer qualifizierten Arbeitsleistung (*ars* bzw *opera*) sowie bei der Beschädigung einer *res communis* ausdrücklich bejaht wird. Auch Gaius D. 17,2,72 deutet auf eine noch in Gang befindliche Diskussion zur Konturierung einer *culpa*-Haftung hin.

AD (cf. D. 17,2,52,2). It therefore seems unlikely that the *lex Irnitana* (promulgated in the last decade of the first century AD) already presupposed liability for *culpa* in general. More importantly, the wording of the *lex Irnitana* is rather puzzling. It is not clear whether the phrase *quod dolo malo factum esse dicatur* refers only to mandate or to *societas* and *fiducia* too. Even if the latter is assumed, various possible translations are possible. Nörr reads it as a restrictive clause (in the sense of “if it is said that something was done with *dolo malo*”). Yet it could also be understood as a mere explanatory remark (“because it is said that something was done with *dolus malus*”), which means it could definitely not be understood as a proof of liability for *culpa*. This paper explores the new hypothesis that *quod dolo malo factum esse dicatur* could be a hint of an – until now not clearly identified – *formula in factum concepta*, which included a reference to a *factum dolo malo*. The conclusion drawn is that continuing uncertainties do not allow us to view the *lex Irnitana* as a proof of a generally accepted liability for *culpa* in the contracts of *societas*, *fiducia* and *mandate* during the first century AD.