

ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN VON

TH. MAYER-MALY, D. NORR, W. WALDSTEIN,

A. LAUFS, W. OGRIS,

M. HECKEL, P. MIKAT, K. W. NORR

HUNDERTACHTER BAND

CXXI. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG



1991

BÖHLAU VERLAG KÖLN—WIEN—WEIMAR

II.

Ad servitutum aut ad lupanar ...

Ein Beitrag zur Rechtsstellung von Findelkindern

nach römischem Recht —

unter besonderer Berücksichtigung von §§ 77, 98 Sententiae Syriacae

Von

Michael Memmer

Übersicht: I. Problemstellung. — II. Die Quellenlage. — A. Die Rechtslage in vorkonstantinischen Zeiten. — 1. Die Kindesweglegung. — 2. Die Rechtsstellung des ausgesetzten Kindes. — 3. Der Kindesverkauf. — 4. Entwicklungslinien (Zwischenresümee). — B. Die Gesetzgebung des Konstantin. — 1. Der Kindesverkauf. — 2. Andere Maßnahmen. — 3. Die Kindesweglegung: Die Rechtsstellung des ausgesetzten Kindes. — 4. Tendenzen in der Gesetzgebung des Konstantin (Zwischenresümee). — C. Die Rechtsentwicklung im ausgehenden vierten und im fünften Jahrhundert. — 1. Verbot der Kindesaussetzung. — 2. Die Rechtsstellung des ausgesetzten Kindes. — 3. Der Kindesverkauf. — 4. Tendenzen in der Gesetzgebung des ausgehenden vierten und des fünften Jahrhunderts (Zwischenresümee). — D. Die Gesetzgebung des Justinian. — 1. Die Kindesweglegung. — 2. Der Kindesverkauf. — III. §§ 77, 98 Sent. Syr. — A. Der Inhalt von § 77. — 1. Der Status des Findelkinds — Erbringung von *operae*. — 2. Lösungsrecht und Zurückbehaltungsrecht. — B. Der Inhalt von § 98. — 1. Das Wahlrecht des *collector*. — 2. Aufnahme vor dem *ταβουλάκιος*. — 3. Die Versklavung. — 4. Zwanzig Jahre „Sklavenarbeit“. — C. Zur Datierung von §§ 77, 98 Sent. Syr. — IV. Die Bedeutung von §§ 77 und 98 Sent. Syr. für die Findelkinddiskussion.

I. Problemstellung¹⁾

Ad servitutum aut ad lupanar — mit diesen Worten beschreibt Lactantius das Schicksal von Findelkindern und ihre unwürdige Behandlung

¹⁾ Die folgenden Autoren werden im weiteren nur mit dem Namen zitiert: Cornil, Contribution à l'étude de la *patria potestas*, NRH 21 (1897) 416—485 (zur Kindesaussetzung insbes. S. 419—439); Costa, La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino, Rend. Acc. Bologna IV (1909—10)

durch die Aufnehmenden²⁾. Vielfach wurde aus der Findlingsaufnahme geradezu ein Geschäft gemacht: *Expositi* wurden zum Gladiatoren-gewerbe oder zur Prostitution aufgezo-gen, manche von ihnen wurden grausam verstümmelt und zur Bettelei mißbraucht³⁾. Mit scharfen Worten geißelt Seneca die Unmenschlichkeit vieler Zieh-, eltern“, wenn er Rom glücklich nennt, daß seine Gründer von einer Wölfin und nicht von einem Menschen aufgenommen worden sind⁴⁾.

Das elende Leben der Findelkinder betont Lactantius auch an anderer Stelle: ... *qui natos ex se pueros aut strangulent aut, si nimium piū fuerint, exponant*⁵⁾. Darüber hinaus läßt Lactantius erkennen, daß die Römer nicht den sofortigen Tod des ausgesetzten Kindes erwarteten, sondern davon ausgingen, daß es gefunden und aufgenommen werde⁶⁾.

117–123; Affolter, Die Persönlichkeit des herrenlosen Sklaven (1913) bes. S. 46ff. und 183ff.; Weiß, RE 11 (1922) sv. Kinderaussetzung, Sp. 463–471; Fournier, A propos des *expositi*, RH 4^e sér. 5 (1926) 302–308; Volterra, L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per le provincie e l'istituto dell'*expositio*, Studi Besta I (1939) 447–477; Lanfranchi, *Ius exponendi* e obbligo alimentare nel Diritto romano-classico, SDHI 6 (1940) 5–69; Sachers, RE 43. Hbhd. (1953) sv. *Potestas patria*, Punkt IX: Aussetzungsrecht, Sp. 1089–1096; Pritsch-Spies, Das Findelkind im islamischen Recht nach al-Kasani, ZvgRW 57 (1954) 74–101; Volterra, NNDI VI, sv. Esposizione dei nati (S. 878f., mit umfangreicher Bibliographie); Bianchi Fossati Vanzetti, Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano, SDHI 49 (1983) 179–224; Boswell, *Expositio* und *Oblatio*: The Abandonment of Children and the Ancient and Medieval Family, AHR 89 (1984) 10–33; Pugliese, Note sull'*expositio* in diritto romano, Studi Sanfilippo VI (1985) 629–645.

²⁾ L. Cae(c)ilius Firmianus Lactantius, *Divinae Institutiones* 6, 20, 18–26. So konnte es passieren, daß ein Vater später seiner ehemals ausgesetzten Tochter als Prostituierte wiederbegegnete, ohne sie zu erkennen; Min. Fel. 31, 4, Justin apol. 1, 27 und Clem. Alex. paid. 3, 21, 5. – Vgl. Boswell (vor. Anm.) 28: „Incest comprised the single most common objection of Christian moralists to *expositio*, and no solution to this problem presented itself. Few, if any, fathers of the church objected to abandonment as a dereliction of parental duty. In the relatively few places where early Christian literature touched on the practice, which it describes as common, authors complained of the possibility that parents might unknowingly use as prostitutes children they once abandoned“.

³⁾ Von der Verstümmelung berichtet Sen. contr. 10, 4; siehe auch die in der vorigen Anm. genannten antiken Autoren.

⁴⁾ Contr. 10, 4, 4–5.

⁵⁾ Lact. div. inst. 5, 9, 15; vgl. auch Min. Fel. 30, 2: *Vos enim video procreatos filios nunc feris et avibus exponere, nunc adstrangulatos misero mortis genere elidere*.

⁶⁾ Min. Fel. 31, 4: ... *dum etiam domi natos alienae misericordiae frequenter exponitis* ...; vgl. Paul. D. 25, 3, 4 und Iust. C. 8, 51 (52), 3, 2.

Deshalb wurden die auszusetzenden Kinder an Orten weggelegt, wo sie leicht aufgefunden werden konnten. In Rom soll es auf dem Gemüsemarkt eine Säule gegeben haben, an deren Basis Neugeborene abgelegt worden seien und die deshalb den Namen *columna lactaria* getragen haben soll⁷⁾. Juvenal wirft römischen Frauen vor, sie hätten auf kontrazeptionelle Mittel zurückgegriffen und ihren Ehemännern Erben unter-schoben, die sie sich *ad spurcos lacus* besorgt hätten⁸⁾. Mit diesen *lacus spurci* können nur Orte gemeint sein, wo üblicherweise Kinder von ihren Eltern, in der Hoffnung, daß sie von jemand anderem aufgenommen werden, weggelegt wurden. In der Spätantike waren christliche Kirchen beliebte Aussetzungsorte⁹⁾. Die Hinweise auf beliebte Aussetzungsorte und auf Modalitäten rund um diesen Akt zeigen, daß Eltern vielfach mit einer Aufnahme des weggelegten Kindes gerechnet haben; mehr noch: daß sie die ausgesetzten Kinder anhand mitgegebener Gegenstände später leichter wiederzuerkennen hofften¹⁰⁾.

Die Aussetzung wurde von der antiken Gesellschaft als Alternative zum Kindesmord und nicht als eine Form des Kindesmordes gesehen. Unter der Aussetzung wird die Weglegung eines neugeborenen Kindes verstanden, um sich so der Aufzuehung dieses Kindes zu entledigen: Das weggelegte Kind wird seinem Schicksal überlassen¹¹⁾. Freilich war die Weglegung nicht ohne Risiko, aber sie wurde allgemein nicht im Sinne einer Kindestötung geübt¹²⁾.

⁷⁾ Festus, sv. *Lactaria*: *Lactaria columna in foro olitorio dicta, quod ibi infantes lacte alendos deferabant*. – Ob wirklich die Aussetzung neugeborener Kinder zur Namensgebung geführt hat, ist ungewiß; vgl. Cornil (Anm. 1) 427.

⁸⁾ Iuv. sat. VI 602–609. Vgl. hierzu Seneca contr. 2, 1, 13: *Et miraris (st) fastidio rerum naturae laborantibus iam ne liberi quidem nisi alieni placeant?*

⁹⁾ Syrisch-römisches Rechtsbuch, R II 133: „Wenn jemand einen Knaben oder ein Mädchen ... von der Kirche oder aus dem Bade aufnimmt ...“ (Zu den anderen Handschriften des Syrisch-römischen Rechtsbuches unten Anm. 155). In Nov. Inst. 153, cap. 1 (a. 541): ... *in ecclesiis vel vicis vel aliis locis abiectos esse* ...

¹⁰⁾ Nachweise bei Sachers (Anm. 1) 1091f.

¹¹⁾ Siehe hierzu nur Sachers (Anm. 1) 1091f. und insbes. die Ausführungen von Boswell (Anm. 1).

¹²⁾ Selbst wenn sich die Todesgefahr, in die jedes weggelegte Kind gebracht worden ist, verwirklicht hatte, handelte sich um keine Tötung seitens der Eltern. – Für die Gegner der Kindesweglegung lag es nahe, eine Gleichwertigkeit von *expositio* und Kindestötung zu behaupten. Es blieben aber zwei verschiedene Tatbestände. Selbst wer sich diese Argumentation zu Nutzen machte, mußte

Ad servitutem aut ad lupanar — mit dieser Darstellung des Schicksals von Findelkindern kann und darf sich jedoch der Jurist nicht zufrieden geben; er muß sie um vieles ergänzen. Zwei Zielrichtungen interessieren: Zum einen ist es die Frage, ob die Kindesweglegung im *Imperium Romanum* erlaubt gewesen ist. Der andere Fragenkomplex baut sich rund um das rechtliche Schicksal von Findelkindern auf. Die Probleme, die hier zu lösen sind, gipfeln in zwei Fragen: Ist das ausgesetzte Kind frei oder Sklave? Kommt den Eltern ein Rückforderungsrecht zu und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen?

Die in den *Sententiae Syriacae* enthaltenen Texte¹³) zur Kindesaussetzung bieten eine wertvolle Ergänzung unserer fragmentarischen Kenntnisse zur Bewältigung der oben genannten Rechtsprobleme. Sie stellen darüber hinaus auch ein wertvolles Zeugnis in der Entwicklungsgeschichte dar.

§ 77: Wer ein Kind, das ausgesetzt worden ist, zehn Jahre lang aufgezogen hat, kann entweder seine Aufwendungen oder weitere zehn Jahre seines (des Kindes) Dienstes erlangen.

§ 98: Ein Kind, das ausgesetzt gefunden wurde, schuldet zwanzig Jahre lang, Sklavenarbeit zu erbringen, freilich nur, wenn der, welcher es aufgehoben hat, dieses (Kind) schweigend aufgenommen hat. Wenn er dieses aber vor dem *ταβουλός* in einer Urkunde aufgehoben und angenommen hat, indem er kundtut, er nehme es nur deshalb an, damit es ihm alle Tage seines Lebens Sklavenarbeit leiste, dann soll es bis zu seinem Ende Sklave sein.

§§ 77 und 98 erörtern statusrechtliche Probleme. Beide Stellen berichten übereinstimmend, daß ein ausgesetztes und (stillschweigend) aufgenommenes Kind dem Aufnehmenden „20 Jahre“ Dienste zu leisten habe. § 77 nennt als Alternative eine Auflösung gegen Aufwandsersatz. § 98 wiederum gibt Auskunft über den Aufnahmemodus: Nur wenn der *nutritor* bei der Aufnahme schweigt, werden zwanzigjährige Dienste geschuldet. Wird das Kind förmlich vor dem *ταβουλός* als Sklave aufgenommen, muß das Kind auf Lebenszeit Sklavenarbeit leisten.

Neben der Kindesweglegung drängt sich als andere Möglichkeit, sich des Kindes zu begeben, der Kindesverkauf auf¹⁴). Dabei gilt es zu

letztlich die *expositio* und die Kindestötung trennen; siehe nur Lactantius (oben bei Anm. 5).

¹³) Herausgegeben, deutsch übersetzt, mit einem syrischen und griechischen Glossar versehen und kommentiert von Selb, *Sententiae Syriacae* (1990). — Die *Sententiae Syriacae* werden im weiteren mit Sent. Syr. abgekürzt.

¹⁴) Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (1891, 2. Ndr. 1984) 361 subsumiert die Kindesveräußerung

beachten, daß das Rechtsinstitut „Kindesverkauf“ insbesondere in der Spätantike zwei Gesichter hat. Zum einen begegnen wir einem Verkauf zum Zwecke der Verdingung¹⁵): Der eigentliche „Kaufgegenstand“ ist die Arbeitsleistung des Kindes; der Verkauf rückt in die Nähe einer *locatio operarum*. Davon ist jener „Kindesverkauf“ zu unterscheiden, der die Veräußerung des Kindes in die Sklaverei zum Ziel hat. In diesem Fall ist das Kind selbst Kaufgegenstand¹⁶).

Die aus dem Kindesverkauf resultierenden Rechtsfragen ähneln jenen, die sich aus einer Aussetzung eines Kindes und seiner Aufnahme durch einen Dritten ergaben: Welchen Einfluß hat die Verfügung des *pater familias* auf die Rechtsstellung des Kindes? Waren Rückkauf oder Auflösung erzwingbar? Mußten in diesem Fall die Unterhaltskosten für die Zeit seit der Verfügung ersetzt werden¹⁷)?

Schon aus dem Grund der Verwandtschaft dieser beiden Rechtsinstitute — Anlaß, Zweck und Folgen gingen parallel — mußte neben der Kindesaussetzung auch der Verkauf des Kindes durch seinen *pater (vel parentes)* reglementiert werden. Dieser Entwicklungsstrang stand deshalb in enger Wechselwirkung mit den Problemen der Kindesweglegung.

Ziel dieser Arbeit ist eine Erörterung der oben genannten Rechts- und die Kindesaussetzung unter den Kinderhandel. Es sei nicht zu verkennen, „dass dieser Vorgang [die Aussetzung und nachfolgende Aufnahme] im Grunde nichts ist als eine, wenn man so will, mildere Form des direkten Verkaufs“. Affolter (Anm. 1) 54 spricht hinsichtlich der Aussetzung vom Kinderhandel im weiteren Sinne; zum Kinderhandel im engeren Sinn zählt er den Verkauf eines Kindes sowie die unentgeltliche Hingabe zur Ernährung. Vgl. hierzu zuletzt Boswell (Anm. 1) 12ff., der die Kindesweglegung und den Kindesverkauf neben der *oblatio* als „abandonment“ zusammenfaßt: „Abandonment refers to voluntary ... relinquishing of control over children by natal parents or guardians, whether by leaving them somewhere, selling them, or legally consigning care and control to some other person“.

¹⁵) Kennzeichnend für diese Sicht ist Augustinus ep. 24* (hierzu u. II. C. 3. b); siehe weiters die unter dem Kapitel II aufgezählten Texte zum Kindesverkauf.

¹⁶) Vom Standpunkt des klassischen römischen Rechtes unterlag es keinem Zweifel, daß der (echte) Verkauf eines freien Menschen in die Sklaverei innerhalb des *Imperiums* nichtig war. In der Spätzeit scheint neben dem Verkauf im Inland die Veräußerung freier Kinder ins Ausland zunehmend zum Problem geworden zu sein. Zum Verkauf *trans mare* Aug. ep. 10* und Nov. Val. 33. — Kunkel, *Auctoratus*, EOS 48 = *Symbolae Taubenschlag* III (1956) 207–226 (S. 223f.).

¹⁷) Zu den Problemen rund um den Kindesverkauf siehe Mayer-Maly, Das Notverkaufsrecht des Hausvaters, SZ 75 (1958) 116–155.

probleme aus dem Kreis der Kindesaussetzung. Dabei soll untersucht werden, welche neuen Erkenntnisse wir aus den *Sententiae Syriacae* gewinnen können.

II. Die Quellenlage

A. Die Rechtslage in vorconstantinischen Zeiten:

1. Die Kindesweglegung – Die Aussetzung war dem *pater familias* wohl seit der Frühzeit erlaubt. Dieses Recht erscheint als wesentlicher Inhalt der *patria potestas*¹⁸⁾.

Eine Beschränkung dieses Aussetzungsrechtes, wie sie Dionysios von Halikarnassos berichtet, ist wenig glaubwürdig. Seinem Bericht zufolge war der *pater familias* aufgrund eines Gebotes des Romulus bereits in der Frühzeit verpflichtet, seine Söhne und seine erstgeborene Tochter aufzuziehen. Diese Kinder durften nicht ausgesetzt werden¹⁹⁾. Eine Ausnahme soll bezüglich verstümmelter Kinder oder Mißgeburten bestanden haben; der Hausvater mußte jedoch das aussetzende Kind fünf Nachbarn zeigen und deren Billigung einholen²⁰⁾. Hierbei scheint es sich um eine hellenistische Fälschung zu handeln; allein die Beiziehung von fünf Nachbarn widerspricht dem römischen Recht, das die Institution des Hausgerichtes²¹⁾ kannte²²⁾.

¹⁸⁾ Anders Cornil (Anm. 1) 420f., nach dessen Meinung das Aussetzungsrecht ursprünglich nichts mit der väterlichen Gewalt zu tun hatte. Das neugeborene Kind sei vor dem Vater niedergelegt worden; erst durch das Aufheben habe er die *patria potestas* begründet. Ließ der Vater das Kind auf dem Boden liegen, habe dies die Aussetzung zur Folge gehabt; in diesem Fall habe aber nie eine familienrechtliche Gewalt bestanden. Der Cornil'schen Konstruktion ist bereits Krüger in seiner Rezension zu Cornil, SZ 19 (1898) 368ff. (bes. 369) entschieden entgegengetreten. Siehe nur Kaser, Das römische Privatrecht I (2. Aufl. 1971) 60f.

¹⁹⁾ Bei späteregeborenen Töchtern wird die Aussetzung freigestanden haben; Kaser, RP I 61.

²⁰⁾ Dion. Hal. ant. 2, 15, 2.

²¹⁾ Zum Hausgericht Kunkel, Das Konsilium im Hausgericht, SZ 83 (1966) 219–251 = Kleine Schriften (1974) 117–149.

²²⁾ Da jeder Erklärungsversuch hinsichtlich des Verhältnisses von Aussetzungsrecht und allgemeinem Tötungsverbot des Romulus letztlich Vermutung bleibt, sei anstelle einer Diskussion auf Rein, Das Kriminalrecht der Römer (1844, Ndr. 1962) 442; Platz, Geschichte des Verbrechens der Aussetzung (1876) 16f.; Mommsen, Römisches Strafrecht (1899, Ndr. 1955) 619; Girard/v. Mayr, Geschichte und System des römischen Rechtes I (1908) 151 Anm. 3; Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts (2. Aufl. 1912) 5;

Entgegen dem legendenhaften Aussetzungsverbot des Romulus schien die *expositio* neugeborener Kinder in der ältesten römischen Gesetzgebung gestattet und in manchen Fällen sogar geboten. Die XII-Tafeln schrieben die Aussetzung bei schwächlicher Konstitution des Neugeborenen oder bei Mißgeburten vor²³⁾.

Das Recht, neugeborene Kinder auszusetzen, blieb bis in die klassische Zeit aufrecht, ohne daß der Staat eingegriffen hätte²⁴⁾.

2. Die Rechtsstellung des ausgesetzten Kindes. – Die Möglichkeit, Kinder auszusetzen, führt zu der Frage nach dem personenrechtlichen Status eines Findelkindes. Hierüber schweigen sich die Rechtsquellen fast völlig aus. Für die früheste Zeit bis hin zum Ende des ersten Jahrhunderts n. Chr. sind kaum verlässliche Aussagen möglich; einleitend werden die wenigen uns erhaltenen Textdokumente besprochen werden (ad a). Im Codex Iustinianus sind die Zeugnisse der älteren Zeit, da sie der justinianischen Auffassung widersprechen, bewußt getilgt worden. Die spärlich erhaltenen Texte vom zweiten Jahrhundert an bis auf

Weiß (Anm. 1) 466; Kaser, Der Inhalt der *patria potestas*, SZ 58 (1938) 62–87 (insbes. 69f.); Westrup, Introduction to Early Roman Law (1944) 249ff.; Sachers (Anm. 1) 1092 und Brunt, Italian Manpower 225 B.C. – A.D. 14 (1971) 149 verwiesen (alle mit weit. Lit.).

²³⁾ Dies soll nach Cic. leg. 3, 8, 19 in den XII-Tafeln (IV, 1) gestanden haben. Seneca (der Jüngere) berichtet, daß dies bekannt und allgemein geübt sei: *liberos quocumque, si debiles monstrosque edidi sunt, mergimus* (de ira 1, 15, 2). – Hätte ein Gebot des Romulus, Söhne und erstgeborene Töchter aufzuziehen, bestanden, dann wäre dies eine Ausnahme vom Gebot gewesen. Cicero hätte dann wohl in seinem Bericht eine andere Quelle als die XII-Tafeln anführen müssen (Weiß, o. Anm. 1, 466). Mau, RE 2 (1896) sv. Aussetzung, Sp. 2538f. glaubt, daß das Gesetz des Romulus früh in Vergessenheit geraten und nicht wieder erneuert worden sei.

²⁴⁾ Siehe etwa Sachers (Anm. 1) 1093; Kaser, *Patria potestas* (o. Anm. 22) 79 und RP I 342 (mit Lit. in Anm. 6). Zu den uns bekannten Fällen und zur Häufigkeit der Kindesaussetzung Weiß (Anm. 1) 466f.; für Nordafrika und Ägypten Westermann, RE Suppl. 6 (1935) sv. Sklaverei (Sp. 997f.); Pritsch-Spies (Anm. 1) 78; zuletzt Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 182. – Die Aussetzung ist in Rom auf entwickelter Stufe selten ausgeübt worden, im Osten aber verbreitet gewesen: Kaser, RP II 204. – Bennett, The exposure of infants in ancient Rome, Class. Jour. 18 (1922–23) 341ff. spricht sich überhaupt erst für das Aufkommen der Kindesaussetzung im dritten Jahrhundert aus; erste vereinzelte Aussetzungen habe es zu Beginn der Kaiserzeit gegeben. Dagegen Radin, The exposure of infants in Roman law and practice, Class. Jour. 20 (1924–25) 337–343, der aber zugesteht, daß das Aussetzungsrecht wohl selten ausgeübt worden sei (S. 341f.).

Diokletian lassen erkennen, daß die *expositio* und spätere *collectio* keine Statusänderung bewirkten: Das freie Kind bleibt frei (ad b), das Sklavenskind behält seinen Sklavenstatus (ad c). Einige wenige Texte des zweiten und dritten nachchristlichen Jahrhunderts legen eine Versklavung des *expositus* nahe; diese werden in einer letzten Textgruppe erörtert werden (ad d).

a) Bis zum Beginn des zweiten nachchristlichen Jahrhunderts erhellen vereinzelte Blitzlichter — bisweilen nur schemenhaft und zweifelhaft — das Dunkel der Geschichte. In den Lustspielen der Komödiendichter Plautus und Terentius, die wir für die Zeit des dritten und zweiten Jahrhunderts v. Chr. mit mehr oder weniger großem Gewinn heranziehen können, bleibt das aufgenommene Kind frei²⁵. Wegen ihrer Nähe zu griechischen Vorbildern sind die Texte aber für das römische Recht sehr vage Zeugnisse²⁶.

Der ältere Seneca greift in seinen *Controversiae* folgendes Problem auf:

Contr. 10, 4: Quidam expositos debilitabat et debilitatos mendicare cogebat ac mercedem exiebat ab eis.

In diesem Zusammenhang spricht er zwar von versklavten Finkelkindern, eine stichhaltige juristische Wertung scheitert aber an der Kürze der Aussage.

Contr. 10, 4, 13: Deinde: an hoc non licuerit illi facere. Licuit, inquit; expositi in nullo numero sunt, servi sunt²⁷).

²⁵ In der „Cistellaria“ des Plautus wird das ausgesetzte Kind Selenium von der Kupplerin Melaenis wie ein eigenes Kind aufgezogen, gilt als Freie und heiratet den Freien Alkesimarchus. Auch in „Casina“ wird das ausgesetzte Mädchen durch die Aufnahme nicht Sklavin. Es wird von der freigebohrenen Cleostrata unter dem Namen Casina aufgezogen und heiratet später den Freien Euthynius. Ein Finkelkind ist die Hauptperson im Lustspiel „Heautontimorumenos“ des Terenz. Das Mädchen Antiphila wird von ihrer Mutter Sostrata ausgesetzt. Es bleibt frei und heiratet nach ihrer Wiederauffindung durch die Eltern den Freien Clinia.

²⁶ Bennett, *The exposure of infants in ancient Rome*, *Class. Jour.* 18 (1922) bis 1923) 341–351 (insbes. 346); Watson, *The Law of Persons in the Later Roman Republic* (1967, Ndr. 1984) 172. — Gegen Bennett und für das römische Gedankengut in den Dialogen von Plautus und Terenz Radin (Anm. 24) 342f.; vorsichtig Brunt (Anm. 22) 149. — Vgl. auch Taubenschlag, *Das attische Recht in der Komödie Menanders* „Epitrepontes“, *SZ* 46 (1926) 71 ff.

²⁷ Siehe auch Sen. *contr.* 10, 4, 14: *Haec nulla rei publicae pars est; non in censu illos invenies, non in testamentis.*

Unzweifelhaft sind aber — und so das Zeugnis des Seneca — viele Finkelkinder als Sklaven behandelt worden.

Eine „Versklavung“ des Finkelkindes legt Sueton nahe: Er erzählt von einem M. Antonius Gnipho und einem C. Maecenas Melissus aus Spole-tium, die im ersten Jahrhundert v. Chr. gelebt haben sollen:

De viris illustribus, De grammaticis 7: M. Antonius Gnipho, ingenuus in Gallia natus sed expositus, a nutritore suo manumissus ...

De grammaticis 21: C. Melissus, Spoleti natus ingenuus, sed ob discordiam parentum expositus, cura et industria educatoris sui altiora studia percepit, ac Maecenati pro grammatico numeri datus est. Cui cum se gratum et acceptum in modum amici videret, quamquam asserente matre, permansit tamen in statu servitutis praesentemque condicionem verae origini anteposuit. ...

Einige Autoren haben aus dem Gegensatz *ingenuus natus* und der späteren *manumissio* den Sklavenstatus des Finkelkindes herausgelesen. Die später erfolgte Freilassung durch den *nutritor* setze den Sklavenstatus des Gnipho voraus²⁸. Die Rechtslage ist jedoch keineswegs so einfach, wie es vielleicht zunächst den Anschein hat²⁹. Diese Sueton-Stellen sind keine Belege für die Versklavung eines Finkelkindes. Cornil macht das Wort *in servitute* zum Aufhänger seiner Argumentation: Sueton spricht nicht vom *servus*; er beschreibt mit dem *status servitutis* den de facto-Zustand. Die Freilassung „est destiné à faire sortir l'enfant non de la condition juridique d'esclave, mais précisément de cet état de fait de servitude“³⁰. Watson verweist ebenfalls auf die unsichere Terminologie Suetons: Die Sklavendienste seien nicht de iure zu verstehen; auch das *manumissus* sei nicht technisch verwendet worden³¹. Bezüglich des *manumissus* gilt es jedoch zu bedenken, daß das *in mancipio* stehende Hauskind von seinem Erwerber remaniert oder manumittiert werden mußte. Da sich die Stellung des verdingten Kindes nicht von der des

²⁸ Weiß (Anm. 1) 469; Sachers (Anm. 1) 1094 (der hier wie auch für Lact. div. inst. 6, 20 eine dem römischen Recht widersprechende Provinzpraxis annimmt).

²⁹ Siehe Bang, Die Herkunft der römischen Sklaven. II: Die Rechtsgründe der Unfreiheit, Mitteilungen des kaiserlich deutschen archäologischen Instituts, Röm. Abt. 27 (1912) 200, Bonner, *Roman Declamation* (1949) 126 Anm. 4 und die im folgenden genannten Autoren.

³⁰ Cornil (Anm. 1) 428 ff. sieht seine Aussagen durch den Zeitgenossen Suetons, Plinius Secundus (Ep. X 66: ... *liberi nati expositi, deinde sublati a quibusdam et in servitute educati* ...) bestätigt. Hinsichtlich der *manumissio* verweist er auf die Titel D. 40, 14 „*Si ingenuus esse dicitur*“ und C. 7, 14 „*De ingenuis manumissis*“.

³¹ Watson (Anm. 26) 171.

Findlings unterscheidet, ist es naheliegend, daß auch das Findelkind nur durch eine *manumissio* gewaltfrei werden konnte³².

Sobald das Kind von seinem *pater familias* zurückgefordert wurde, stellte sich die Frage, ob der *nutritior* Ersatz für die von ihm aufgewendeten Erziehungskosten verlangen konnte. Vom Ende der Republik an bis ins zweite Jahrhundert n. Chr. wurde von den Rhetoren – und nur ihre Aussagen sind uns zu dieser Frage erhalten – die Ansicht vertreten, daß das Kind gegen Ersatz der (Alimentations-) Kosten zurückverlangt werden könne: *Expositum qui agnovit, solutis alimentis recipiat*³³. Die Behauptung, daß diese mehrmals in rhetorischen Quellen wiederholte Regel einer tatsächlichen *lex de alimentis* im römischen Recht entspricht, läßt sich nicht verifizieren³⁴.

b) Erste gesicherte Aussagen über das rechtliche Schicksal von freigebohrenen Findelkindern enthält die Korrespondenz des Plinius Secundus. In seiner Funktion als Statthalter von Bithynien (ca. 110–112) wurde dieses Problem an ihn herangetragen. Zur Klärung der Fragen wandte er sich mit der Bitte um Rechtsauskunft an Kaiser Trajan, ep. X 65³⁵:

C. Plinius Traiano Imperatori. Magna, domine, et ad totam provinciam pertinens quaestio est de condicione et alimentis eorum, quos vocant *θπετρός*.

In qua ego auditis constitutionibus principum, quia nihil inveniebam aut proprium aut universale, quod ad Bithynos ferretur, consulendum te existimavi, quid observari velles; neque enim putavi posse me in eo, quod auctoritatem tuam posceret, exemplis esse contentum.

³²) Kaser, Rezension zu Watson (Anm. 26), TR 36 (1968) 432 und Ders., RPI 65.

³³) Sen. contr. 9, 3 u. 10, 4; Quint. inst. 7, 1, 14–15 u. 9, 2, 89; Quint. decl. 278 u. 338. Hierzu insbesondere Lanfranchi, Il diritto nei retori romani (1938) 268ff.; Volterra (Anm. 1) 454f. und Bonner, Roman Declamation (1949) 125ff.

³⁴) Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 184f. merkt an, daß es keinen Hinweis gibt, ob sich die Regel auf römisches oder griechisches Recht stütze; es sei nicht einmal sicher, ob es sich nicht um eine hypothetische Norm handle, die für den schulischen Gebrauch herangezogen worden sei. Auch Pugliese (Anm. 1) 638 lehnt die volle Zeugenschaft der rhetorischen Quellen ab. – Vgl. die in der vor. Anm. zitierten Autoren sowie Weiß (Anm. 1) 468; Sachers (Anm. 1) 1094; Pritsch-Spies (Anm. 1) 80. Volterra (Anm. 1) 454f. sieht in dieser Regel eine rein römische Norm; Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 138 Anm. 109 belegt die Rechtsgeltung dieser Rhetorenregel mit C. 8, 51, 1 (a. 224).

³⁵) Sherwin-White, The Letters of Pliny (1966) 650 datiert den Plinius-Brief zwischen den 28. Jänner und 18. September des zweiten Dienstjahres.

Recitabatur autem apud me edictum, quod dicebatur divi Augusti, ad Andaniam pertinens; recitatae et epistulae divi Vespasiani ad Lacedaemonios et divi Titi ad eosdem et Achaeos et Domitiani ad Avidium Nigrinum et Armenium Broechum proconsules, item ad Lacedaemonios. quae ideo tibi non misi, quia et parum emendata et quaedam non certae fidei videbantur, et quia vera et emendata in scriniis tuis esse credebam.

Es geht um die Frage, ob ein *θπετρός*³⁶), der seine Geburt als *ingenus* festgestellt hat, seine Freiheit geltend machen kann, und um die Modalitäten einer solchen Lösung. Plinius ließ in den Konstitutionen früherer Kaiser nachforschen, doch wurde weder etwas Allgemeingültiges noch etwas Spezielles gefunden, was sich auf die Bithynier beziehen ließ. Erwähnt werden ein Edikt des Augustus und die *epistulae* der Kaiser Titus, Vespasian und Domitian, die sich aber an andere Provinzen gerichtet haben³⁷). Auf die Inhalte dieser *epistulae* geht Plinius nicht ein,

³⁶) Zum Begriff *θπετρός* Sherwin-White (vor. Anm.) 650f. (mit weit. Lit.), der sich weitgehend auf Caméron, *θπετρός* and related terms in the inscriptions of Asia Minor, Anatolian Studies. Presented to William Hepburn Buckler (1939) 27–62 (hierzu Dörner, Rezension in Gnomon 17, 1941, 13f.) stützt; Boswell (Anm. 1) 15 Anm. 8. Der Gnomon des Idios Logos und die Papyri (zumeist Ammenvorträge) verwenden den Terminus *νοτάριος* (von *νοτάρι*); vgl. den Ammenvertrag BGU 1109, 5 v. Chr. (hierzu P. F. Meyer, Juristische Papyri, 1920, Nr. 41) sowie P. Oxy. I 37 und I 38 (a. 49/50; hierzu sogleich). – Davon unabhängig sind die *νοτά*-Namen. Perdrizet, *Copria*, REA 23 (1921) 85–94 und Les terres cuites grecques d'Égypte de la collection Fouquet (1921) XVI Anm. 2 meinte, in den Namen, die von *νότος* abgeleitet sind, die verbreitete Kindesaussetzung im griechisch-römischen Ägypten zu erkennen; zu den ihm folgenden Autoren siehe Pomeroy, Copronyms and the exposure of infants in Egypt, Studies in Roman Law in memory of A. A. Schiller (1986) 147–162. Sie wendet sich mit guten Beweisen gegen die Annahme, daß der Träger eines *νοτά*-Namens notwendigerweise ein Sklave und von seinen Eltern ausgesetzt worden ist. – In den westlichen Provinzen ist *alumnus* (zur Gleichsetzung mit *θπετρός* siehe unten Anm. 67; vgl. Mau, u. Anm. 67, 1706 und Wenger, nächste Anm., 154f.), in den römischen Rechtstexten *expositus* gebräuchlich.

³⁷) Vgl. zur Rechtsstellung eines *νοτάριος* im römischen Ägypten P. Oxy. I 37 und 38 (= Mitteis, Chrest. Nr. 79, S. 87f. und Nr. 58, S. 65 = P. F. Meyer, Jur. Pap. Nr. 90, S. 306ff.) sowie den Gnomon des Idios Logos §§ 41, 107. Diese Quellen gehen offenbar von einem andauernden Recht des Finders aus; das frühere Recht des Vaters oder Gewalthabers scheint nach ägyptischem Provinzialrecht erloschen; vgl. Wenger, Juristische Literaturübersicht X Nr. 423–425 (= Rezension zu Maroi a. a. O., zu Tolles, u. Anm. 50 und zu Caméron, o. Anm. 36), AfP 15 (1953) 152–158 (S. 153f.). – Zum Gnomon des Idios Logos §§ 41, 107 siehe Uxkull-Gyllenband, Der Gnomon des Idios Logos, 2. Teil: Kommentar. Ägyptische Urkunden aus den staatlichen Museen zu Berlin. Griech. Urkunden V/2 (1934) 54ff.; P. F. Meyer, Jur. Pap. Nr. 93

da sie dem Kaiser verfügbar sind; zudem hegt er Zweifel hinsichtlich der Authentizität der ihm zur Verfügung stehenden Dokumente. Plinius begnügt sich nicht mit diesen *exempla*, außerdem hatten diese provinzbezogenen Erlässe keine allgemeine Anwendbarkeit. Er strebt eine allgemeine Regelung an. Aus diesem Grunde ist es nach Sherwin-White verständlich, daß sich der Statthalter mit dieser anscheinend unwichtigen Frage nach Rom wendet³⁸).

Die einleitenden Worte zeigen die Relevanz der Anfrage: Plinius beschreibt das Problem als wichtig und die ganze Provinz berührend³⁹. Er legt im weiteren jedoch weder dieses dar noch formuliert er eine

(insbes. S. 329f.); Maroi, *Intorno all'adozione degli esposti nell'Egitto romano. Raccolta di scritti in onore di Giacomo Lumbroso* (1925) 377–406; Carcopino, *Le droit romain d'exposition des enfants et le gnomon de l'idologie, Mémoires de la Société nationale des Antiquaires de France* 77 = 8ème sér. Bd. 7 (1928) 59–86; Riccobono jun., *Il Gnomon dell'Idios Logos* (1950) 178ff.; Wenger, *Juristische Literaturübersicht*, a. a. O. 152ff. und Volterra (Anm. 1) 466. — P. Oxy. I 37 und 38 überliefern einen Rechtsstreit aus den Jahren 49/50 n. Chr. zwischen dem Pesuris (Syros) und der Saraeus. Pesuris, der in P. Oxy. I 37 als Kläger auftritt, hat ein Findelkind (*ex voragias*) als Sklavenkind aufgenommen. Mit der beklagten Saraeus hat Pesuris einen Ammenvertrag abgeschlossen; das Kind ist ihr zum Nähren übergeben und der Ammenlohn für die folgenden zwei Jahre im voraus entrichtet worden. Im zweiten Jahr hat Pesuris der Amme das Kind weggenommen, weil sie ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist — sie hat angeblich das Kind Hunger leiden lassen. Saraeus hat das Kind gewaltsam zurückgeholt. Pesuris begehrt deshalb vor dem Strategen die Herausgabe dieses Sklavenkindes. Die Beklagte wendet nunmehr ein, daß das ihr zur Pflege übergebene Kind verstorben sei; der Kläger wolle ihr eigenes, freigeboresnes Kind anstelle des Pflegekindes in die Sklaverei ziehen. Ein gewisser Theon verweist auf die Urkunden über das Sklavenkind (Col. II Z. 1/2). Der Stratege läßt Saraeus und den sie begleitenden Ehemann Tryphon (vgl. P. Oxy. I 38) einen Eid leisten, daß das Pflegekind gestorben sei. Daraufhin spricht er das vom Kläger beanspruchte Kind der Beklagten zu, den nicht verbrauchten Ammenlohn muß Saraeus aber an Pesuris zurückzahlen. Wir wissen jedoch, daß sich der Kläger dem Spruch des Strategen nicht fügt hat. Der Ehemann der Saraeus richtet deshalb an den Präfecten eine Petition (= P. Oxy. I 38). Interessant ist, daß in dieser Streitsache niemand das Recht des Pesuris bezweifelt, das von ihm aufgenommene Kind als Sklaven zu behalten. — Weitere Quellennachweise bei Pomeroy (Anm. 36) 162.

³⁸ Sherwin-White (Anm. 35) 651; vgl. Volterra (Anm. 1) 450ff.

³⁹ Sherwin-White (Anm. 35) 651 sieht den Anlaß für diese Erörterung in der Anfrage bithynischer Zieheltern, die hofften, Plinius könnte das lokale Gewohnheitsrecht zugunsten des römischen Rechtes verkehren und ihnen einen Anspruch auf die Alimentationskosten einräumen.

eindeutige Rechtsfrage. Dessen ungeachtet war das Problem der Kanzlei *ab epistulis* aus den verwiesenen Dokumenten ersichtlich. Das Schreiben des Plinius an Trajan wird uns erst aus dessen Antwort, ep. X 66, verständlich⁴⁰).

Traianus Plinio. Quaestio ista, quae pertinet ad eos, qui liberi nati expositi, deinde sublati a quibusdam et in servitute educati sunt, saepe tractata est, nec quicquam invenitur in commentariis eorum principum, qui ante me fuerunt, quod ad omnes provincias sit constitutum. epistulae sane sunt Domitiani ad Avidium Nigrinum et Armenium Brochum, quae fortasse debeant observari; sed inter eas provincias, de quibus rescipit, non est Bithynia. et ideo nec ad sectionem denegandam iis, qui ex eius modi causa in libertatem vindicabuntur, puto, neque ipsam libertatem redimendam pretio alimentorum.

Trajan präzisiert in seinem Antwortschreiben erstmals das eigentliche Problem: Die Statusfrage von Kindern, *qui liberi nati expositi, deinde sublati ... et in servitute educati sunt*, bedarf einer juristischen Regelung. Auch der Kaiser bestätigt das Fehlen allgemeingültiger Normen. Zwar sei die Frage häufig erörtert worden — Trajan zitiert zwei Reskripte Domitians —, aber in den Regesten habe sich nichts finden lassen, was allgemeine Gültigkeit besitze — *quod ad omnes provincias sit constitutum* — oder sich auf die Provinz Bithynien beziehe. Trajan entscheidet in Ermangelung spezieller Vorschriften, daß den Findelkindern die *adscriptio in libertatem* gewährt werden soll; ein Ersatz der Alimentationskosten und ein damit verbundenes Retentionsrecht des *nutritor* wird verneint⁴¹).

Trajan spricht nicht aus, wer den Freiheitsanspruch geltend macht. Da der Kaiser von der *vindicatio in libertatem* spricht und nicht von der *vindicatio in potestatem*, wie es im Fall des *pater familias* wäre, der sein Kind unter die familienrechtliche Gewalt zurückholen konnte, wurde in der Literatur wiederholt angenommen, daß vom Kind selbst und nicht von seinen Eltern die Rede sei⁴²). Dem ist entgegenzuhalten, daß das Kind als Sklave nicht selber die Freiheit beanspruchen kann. Wenngleich vom versklavten Findelkind die Initiative zur Prozeßführung ausgeht, so tritt ein anderer als *adsertor in libertatem* auf. Sherwin-White wendet zu Recht ein, daß das Passivum *vindicabuntur* auf einen Dritten

⁴⁰ Sherwin-White (Anm. 35) 650.

⁴¹ Die zugunsten der Findelkinder getroffene Entscheidung des Trajan hat die tatsächlichen Verhältnisse kaum gebessert, Mittels, Reichsrecht (Anm. 14) 361 Anm. 5.

⁴² Cornil (Anm. 1) 430f.; Bonner (Anm. 29) 126 Anm. 1.

weist, der für das Kind die Anerkennung der Freiheit prozessual durchsetzen will⁴³⁾. Wer der *adsertor in libertatem* ist, ob ein Dritter oder die Eltern, bleibt jedoch offen.

Die beiden Plinius-Briefe führen zu folgendem Ergebnis: Es geht um freigegebene Kinder, die ausgesetzt wurden⁴⁴⁾. Wenn sie als Sklaven aufgezogen worden sind, steht ihnen die *adsertio in libertatem* zu. Trajan geht von dem unverlierbaren *status libertatis* eines freien Kindes, das ausgesetzt und vom *collector* als Sklave aufgenommen worden ist, aus⁴⁵⁾. Die Alimentations- und Erziehungskosten müssen nicht beglichen werden; die Freilassung ist nicht als Freikauf aus der Sklaverei zu verstehen. Über die Gründe, welche Kaiser Trajan zu seiner Verweigerung des Kostenersatzes bewogen haben, gibt es keine Anhaltspunkte⁴⁶⁾.

⁴³⁾ O. Anm. 35, 654.

⁴⁴⁾ Diese Epistel geht nicht auf die Frage ein, was denn für ausgesetzte Sklavenkinder gilt. Über diese werden keinerlei Angaben gemacht.

⁴⁵⁾ Bang, Herkunft der Sklaven II (Anm. 29) 202 meint in der vorsichtigen Formulierung Trajans zu erkennen, daß dieser eine Versklavung des *alumnus* nicht bestätigen will, sie aber doch stillschweigend anerkennt; nur die *proclamatio ad libertatem* dürfe dem Freigeborenen nicht verweigert werden.

⁴⁶⁾ An dieser Stelle ist auf die von Trajan ausgestattete Alimentationsstiftung hinzuweisen; Geld- und Lebensmittelspenden sollten die Armut und die Ursache von Aussetzungen mindern. Vgl. C. Plinii Caecili Secundi Panegyricus Traiano *imperatoris dictus* 26–28 (in der Edition von Kühn, Plinius der Jüngere. Panegyrikus. Tr.F. 51, 1985). Plinius nennt Trajan den *parens publicus*, ein Titel, der sich in Zusammenhang mit der öffentlichen Alimentation auch auf dem Trajansbogen in Benevent findet. — Nerva hat als erster Alimentationsstiftungen aus öffentlichen Mitteln eingerichtet (Aur. Vict. epit. de Caes. 12, 4), doch sind diese Pläne wahrscheinlich nicht über die Anfänge ihrer Verwirklichung hinausgekommen. Trajan hat diese Pläne ausgestaltet (Cass. Dio. 68, 5, 4; vgl. Hist. Aug. Hadr. 7, 8), nachdem er bereits früher verfügt hatte, daß 5000 Kinder in Rom zu den Getreideverteilungen zugelassen werden sollen (Plin. pan. 26–28). Hadrian (Hist. Aug. Hadr. 7, 8), Antoninus Pius (Hist. Aug. Pius 8, 1) und Marcus Aurelius (Hist. Aug. Aur. 11, 2 u. 26, 6) setzten das Beispiel ihrer Vorgänger fort, ehe die Auszahlungen unter Pertinax (Hist. Aug. Pert. 9, 3), wahrscheinlich aber schon unter Commodus ins Stocken gerieten. Alexander Severus stiftete einen neuen Fonds (Hist. Aug. Alex. 57, 7) und noch gegen Ende des dritten Jahrhunderts begegnen uns Beamte dieses Verwaltungszweiges. Mit großer Wahrscheinlichkeit haben aber diese Alimenta nicht mehr bestanden, als Konstantin die öffentliche Unterstützung verarmter Eltern verfügte (hierzu unten B. 2. b). — Die Institution der Alimentation hat im Laufe der Zeiten für das römische Volk an Bedeutung gewonnen. Dies zeigen die auf uns gekommenen literarischen Denkmäler, Dankinschriften und bildlichen Darstellungen. — Zu Alimentationsstiftungen siehe

Geht er davon aus, daß die Kosten durch die bereits längere Zeit hindurch geleisteten Dienste des Kindes abgegolten worden sind⁴⁷⁾? Welches Gewicht kommt dem Hinweis auf den Freikauf aus der Sklaverei zu? Schon die Vorfrage, wem eigentlich das Lösungsrecht zukommt, bleibt unbeantwortet.

Trajan scheint hier in Übereinstimmung mit den früheren Herrschern entschieden zu haben; der Wortlaut widerspricht der Annahme, daß der Imperator abweichend von den bis dato ergangenen Entscheidungen dem *favor libertatis* zum Durchbruch verhelfen wollte⁴⁸⁾. Trajan wendet, sei es, daß das Landrecht nicht zu ermitteln war, sei es, daß er sich nicht um die spezifischen, lokalen Rechtsvorstellungen kümmern sollte, *ius gentium* an⁴⁹⁾. Da viele Sätze und Einrichtungen des römischen Rechts ohnedies dem gemeinsamen Rechtsgut der Reichsvölker entsprachen, verkörperte das *ius gentium* nicht anders als das *ius civile* von Hause aus römische

etwa J. Becker, Die Behandlung verlassener Kinder im klassischen Alterthume (Aus dem Programme der Selektenschule, Frankfurt am Main 1871) insbes. 17ff.; Kubitschek, RE 1 (1894) sv. *Alimenta*, Sp. 1484ff.; Hirschfeld, Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian (3. Aufl. 1963) 212ff.; Duncan-Jones, The Purpose and Organisation of the Alimenta, Papers of the British School at Rome 32 (1964) 123–146 und Mrózek, Zu der kaiserlichen und der privaten Kinderfürsorge in Italien im 2. und 3. Jh., Klio 55 (1973) 281–284.

⁴⁷⁾ Vgl. CTh. 3, 3, 1 (a. 391), hierzu unten II. C. 3. a. — Dieses Argument ist wiederholt von den römischen Juristen verwendet worden, siehe die Rückabwicklung des Kaufes eines mangelhaften Sklaven: Der Käufer erhält keinen Ersatz für den Unterhalt, muß aber seinerseits nicht den Wert der Dienste des Sklaven ersetzen, Aristo bei Paul. D. 21, 1, 30, 1.

⁴⁸⁾ Ep. X 66: *Epistulae sane sunt Domitiani ad Avidium Nigrinum et Armenium Brochum, quae fortasse debeant observari.* — Volterra (Anm. 1) 453f. u. 462 meint, daß aus dem Briefwechsel das Bestehen zweierlei Normen hervorgehe, „l'una, applicata da varie leggi imperiali a determinate provincie, stabilisce che chi rivendica l'esposto deve risarcire le spese all'allevatore; l'altra, vigente in Bitinia e riconosciuta da Traiano, concede di compiere la rivendica senza risarcimento“. Dabei geht er davon aus, daß in den Konstitutionen, die einen Alimentationsersatz vorsahen, römisches Recht verwirklicht sei; Trajan hingegen habe die Anwendbarkeit römischer Normen auf den Anfragefall verneint. Sherwin-White (Anm. 35) 653 glaubt, daß Trajan nicht die domitianische Regelung verkehrt, sondern vielmehr ausgeweitet habe. Eine Neuerung lehnt auch Pugliese (Anm. 1) 634 ab; er nimmt jedoch an, daß die *epistulae Domitiani* (— die s.M. zufolge möglicherweise Partikularrecht wiedergeben —) die Erstattung der Alimentationskosten vorgesehen haben (S. 638f.).

⁴⁹⁾ Zum starken Interesse am *ius gentium* zwischen 150 und 250 n. Chr. Mayer-Maly, *Ius gentium* (nächste Anm.) 102.

Rechtsanschauungen. Es spiegelt römische Erfahrung und römisches Rechtsdenken wider⁵⁰).

Scaevola erörtert in seinen Digesten die Rechtstellung eines freiborenen und weggelegten Kindes. An den Juristen wurde die Frage herangebracht, ob ein ausgesetztes Hauskind ein solches mit allen Rechten (personen- und vermögensrechtlicher Art) bleibe.

D. 40, 4, 29: Scaevola libro vicensimo tertio digestorum. Uxorem praegnatem repudiaverat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatu ab alio educatu est nomine patris vocitatu usque: ad vitae tempu patris tam ab eo quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre testamento eius, quo filius neque exheredatus neque heres institutus sit, recitatu filius et a matre et ab avia paterna adgnitu hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet. quaesitum est, hi qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi an servi sint. respondit filium quidem nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignoravit, et ideo, cum in potestate et ignorantis patris esset,

⁵⁰) Zum *ius gentium* und zum *ius naturale* siehe nur Kaser, RP I 202ff. und Mayer-Maly, Das *ius gentium* bei den späteren Klassikern, Iura 34 (1983) 91–102; zum Verhältnis von Reichsrecht und Volksrecht siehe insbesondere Selb, Römisches Recht und östlich geprägte Gegebenheiten, Jahrb. Öst. Byz. Ges. 14 (1965) 35–50 sowie Kaser, RP I 215ff. und RP II 59f. — Mommsen, Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz im römischen Staat, Juristische Abhandlungen. Berliner Festgabe für Beseler (1885) 253–272 (insbes. 264f.) = Gesammelte Schriften, Juristische Schriften 3 (1907) 1–20 (insbes. 11f.) und ihm folgend Mitteis, Reichsrecht (Anm. 14) 127f. heben die Prävalenz spezieller Bestimmungen für das Personenrecht und das subsidiäre Eingreifen des römischen Rechts an dem Beispiel des Plinius-Briefes hervor; Weiß (Anm. 1) 468. — Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 186 lehnt hingegen die Vorstellung, daß es keine lokalen Normen gegeben habe, ab. Das Problem habe sich vielmehr aus dem Umstand ergeben, daß Plinius zwei kollidierende Normen vorgefunden habe: die römische und die lokale. — Vielfach wurde Gegenteiliges vertreten. Volterra (Anm. 1) 453 u. 462 meint, Trajan habe hier die lokale Norm angewendet, weil sie für den Freien günstiger gewesen wäre; nach griechischem Recht sei bei Rückforderung kein Kostenersatz vorgesehen (Kritisch hierzu Bianchi Fossati Vanzetti a. a. O. 186, weil ihrer Meinung zufolge nicht bewiesen ist, daß das römische Recht einen Kostenersatz vorsah). Ihm folgen Wenger in seiner Rezension zu Volterra (Anm. 1) u. a., Juristische Literaturübersicht X Nr. 400–404, AFP 15 (1953) 131–133 (S. 132) und Sherwin-White (Anm. 35) 654f. — Zum griechischen Recht siehe Glotz/G. Humbert, in Daremberg-Saglio, Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines II (1892), sv. *Expositio* (S. 930ff.); Weiß (Anm. 1) 468; Taubenschlag, Menander (o. Anm. 26) 71 Anm. 4; Tolles, Untersuchungen zur Kindesaussetzung bei den Griechen (Diss. Breslau 1941); Sachers (Anm. 1) 1090f. und 1094; Pritsch-Spies (Anm. 1) 77; Germain, Aspects du droit d'exposition en Grèce, RH 47 (1969) 180 (mit Lit.) — 197.

testamentum non valere. servi autem manumissi si per quinquennium in libertate morati sunt, semel datam libertatem infirmari contrarium studium favore libertatis est⁵¹).

Eine verstoßene Ehefrau hat einen Sohn geboren und diesen ausgesetzt. Ein anderer hat den *expositus* aufgenommen und (*nomine patris vocitatus*) erzogen. Der leibliche Vater wußte bis zu seinem Tode nichts über den Verbleib des Sohnes; ja nicht einmal, ob dieser noch lebte. Nach dem Tod des Vaters kehrte der Sohn zurück. Der Vater hatte ihn weder enterbt noch zum Erben eingesetzt. Scaevola erteilt das Gutachten, daß das Testament keine Gültigkeit habe, weil der ausgesetzte Sohn unter der *patria potestas* seines Vaters gestanden habe, selbst wenn dieser es nicht gewußt habe.

Paulus geht bei der Erörterung der *ignorantia iuris vel facti* auch auf den Fall ein, daß ein Freier in der Meinung, Sklave zu sein, einem anderen dient.

D. 22, 6, 1, 2: Paulus libro quadragesimo quarto ad edictum. Si quis nesciat se cognatum esse, interdum in iure, interdum in facto errat. nam si et liberum se esse et ex quibus natus sit sciat, iura autem cognitionis habere se nesciat, in iure errat: at si quis (forte expositus) quorum parentum esset ignoret, fortasse et serviat alicui putans se servum esse, in facto magis quam in iure errat.

Der *expositus*, der seine Eltern nicht kennt, behält seinen freien Status, selbst wenn er der Meinung ist, Sklave eines anderen zu sein.

Auch Ulpian D. 29, 5, 1, 10 ist von der Freiheit des *alumnus*, des aufgenommenen Pflegekindes, ausgegangen, andernfalls wäre der Zweifel, ob bei seiner Tötung gemäß dem *SC Silanianum* gegen die Hausklaven vorzugehen sei, unverständlich⁵²).

An dieser Stelle ist Diokletian C. 5, 4, 16 in die Erörterung einzubeziehen.

Impm. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Rhodoni. Patrem, qui filiam exposuit, at nunc adultam sumptibus et labore tuo factam matrimonio coniungi

⁵¹) Taubenschlag, Die *patria potestas* im Recht der Papyri, SZ 37 (1916) 185 Anm. 6 hält offen, daß diese Stelle vielleicht aus dem griechischen Rechtskreis stammt. Für ein Zeugnis, das sich direkt auf Rom und nicht auf eine Provinz beziehe, zuletzt Pugliese (Anm. 1) 634.

⁵²) In § 7 geht Ulpian auf den Haussohn und andere Kinder, die unter der *patria potestas* stehen, in den §§ 8 und 9 auf die Tötung von *liberi*, *qui in potestate non sunt* und Adoptivkindern ein. Hieran schließt Ulpian die Erörterung der Tötung eines *alumnus* an (§ 10).

filio desiderantis favere voto convenit. qui si renitatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet.

Der anfragende Rhodonus hat ein freigeboresnes, ausgesetztes Mädchen aufgenommen und aufgezogen. Großgeworden, soll dieses Mädchen seinen Sohn heiraten. Noch vor der Eheschließung tritt der Vater auf und verlangt sein Kind heraus⁵³⁾.

Unzweifelhaft geht aus dem Reskript hervor, daß der Vater die *patria potestas* über sein freigeboresnes Kind behalten hat. Er kann seine *potestas* mit dem *praedictum de patria potestate* geltend machen und das Kind herausverlangen. Das Prinzip, daß der *pater familias* die Gewalt über den *expositus* behält, wird nicht in Frage gestellt. Zweifel erheben sich, ob der Vater Alimentationskosten ersetzen muß. Nur diese Frage wird in der Konstitution entschieden. Mißbilligt der Vater die Verehelichung seiner Tochter mit dem Sohn des Pflegevaters, muß er diesem die Verwendungskosten bezahlen. Stimmt er der Eheschließung jedoch zu, trifft ihn kein Kostenersatz.

Die familienrechtliche Gewalt des *pater familias* hängt nicht von der Rückerstattung der Aufwendungen ab. Sein Einspruchsrecht gegen die von ihm nicht gebilligte Eheschließung seiner Tochter ist unabhängig von jedem Kostenersatz; der Aufwandsersatz ist vielmehr Folge seiner Weigerung⁵⁴⁾.

Diese Formulierung legt nahe, daß Diokletian im allgemeinen die Entschädigung des *nutritor* abgelehnt hat⁵⁵⁾. Über die Gründe, weshalb

⁵³⁾ Vgl. Quint. inst. 7, 1, 14: *Qui expositum recepit, imperat ei nuptias locupletis propinqua: ille deducere vult filiam pauperis educatoris.*

⁵⁴⁾ Nach Affolter (Anm. 1) 62 ist nicht die *patria potestas*, wohl aber ihre Ausübung verlorengegangen. Der Vater könne seine Gewalt erst nach Ersatz der Unterhaltskosten ausüben; ihm folgt Taubenschlag, RPR (u. Anm. 57) 271. In diesem Sinne auch Lanfranchi, Ret. (Anm. 33) 271 Anm. 2 und Volterra (Anm. 1) 458. Nach Sachers (Anm. 1) 1093 wurde dem Vater das Zustimmungssrecht zur Verehelichung solange aberkannt, bis die Erziehungskosten berichtigt waren.

⁵⁵⁾ Mommsen, JSchr. 3 (Anm. 50) 11 Anm. 2; zuletzt Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 186. Die Verpflichtung zum Kostenersatz hätte eine gravierende und ungerechtfertigte Beschränkung des *status libertatis* bewirkt (Bianchi Fossati Vanzetti 183). — Anderer Meinung etwa Weiß (Anm. 1) 469, der eine Abänderung des bisherigen Rechtszustandes annimmt; Wenger, Literaturübersicht (Anm. 37) 156; Westermann, RE Suppl. 6 (1935) sv. Sklaverei (Sp. 997) und Ders., The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity (1955) 86.

Diokletian in diesem speziell gelagerten Fall — wie er selbst betont⁵⁶⁾ — einen Kostenersatz bejaht, sind nur Vermutungen möglich⁵⁷⁾.

c) Nicht nur der Status des freigeboresnen Findelkindes, sondern auch der *status servitutis* des ausgesetzten Sklavenkindes bleibt gewahrt. Die Eigentumsverhältnisse an einem Findelkind, das von einer Sklavin geboren worden ist, hängen davon ab, ob der *dominus* die Aussetzung befohlen hat oder nicht⁵⁸⁾.

C. 8, 51 (52), 1: Imp. Alexander A. Claudio. Si invito vel ignorante te partus ancillae vel adscripticiae tuae expositus est, repetere eum non prohiberis. sed restituito eius, si non a fure vindicaveris⁵⁹⁾, ita fiet, ut, si qua in alendo eo vel forte ad descendum artificium iuste consumpta fuerint, restitueris (a. 224).

Alexander Severus erlaubt dem *dominus* die Vindikation, wenn das Kind ohne sein Wissen oder gar gegen seinen Willen ausgesetzt worden ist; er muß dem *nutritor* aber dessen Aufwendungen für Unterhalt und Erziehung des Kindes ersetzen. Die Verpflichtung zur Rückerstattung der Aufwendungen geht auf die allgemeinen Regeln über den gutgläubigen Besitzer zurück⁶⁰⁾.

Anders soll nach Alexander Severus entschieden werden, wenn der *dominus*, um sich der wirtschaftlichen Last zu entledigen, die Aussetzung des Neugeboresnen befohlen hat. Dieser *dominus* verliert das Eigentum am *partus ancillae*; ihm ist die *repetitio* eines solchen Kindes

⁵⁶⁾ Volterra (Anm. 1) 460 negiert das Vorliegen eines Sonderfalles. Die Worte *in hoc solummodo casu*, mit denen die Anwendung der Norm eingeschränkt werden soll, fügen sich nach seinen Vorstellungen nicht in die Ergebnisse anderer klassischer Quellen ein. Sie seien vielmehr von den justinianischen Kompilatoren eingefügt worden, um diese Konstitution dem justinianischen Recht anzupassen. Eine Interpolation nimmt auch Lanfranchi (Anm. 1) 53 an.

⁵⁷⁾ Cornil (Anm. 1) 430 Anm. 4 und Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 187 sprechen von einer Strafe wegen des unziemlichen Verhaltens des *pater familias*. — Weiß (Anm. 1) 469 hält hier ein Entgegenkommen gegenüber griechischen Anschauungen für möglich; ihm folgend Taubenschlag. Das römische Recht zur Zeit Diokletians, Bulletin international de l'Académie polonaise des sciences et des lettres, Classe de philologie 1919/1920 (1922—24) 141—281 (insbes. 271) = Opera minora I (1959) 3—177 (S. 165). Für die Anerkennung griechischer Rechtsanschauungen auch Sachers (Anm. 1) 1093.

⁵⁸⁾ Pritsch-Spies (Anm. 1) 79 folgern aus einem Gegenschluß zur Konstitution des Alexander Severus, daß der Eigentümer vor 224 niemals das *ius dominii* verloren habe und deshalb das Kind unbeschränkt vindizieren konnte.

⁵⁹⁾ Bei dem Satzteil *si non a fure vindicaveris* handelt es sich wahrscheinlich um ein Glossem; die Stelle bezieht sich auf ein ausgesetztes und nicht auf ein entführtes Kind. Vgl. Volterra (Anm. 1) 461.

⁶⁰⁾ Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 183.

verbieten. Hier schlägt der Dereliktionsgedanke durch: Das ausgesetzte Sklavenkind behält seinen Sklavenstatus, wird aber herrenlos⁶¹). Der Aufnehmende seinerseits erlangt durch *occupatio* Eigentum an dem herrenlosen *servus*⁶²).

Dieser Gedankengang wird in dem von Paulus erörterten Fall D. 41, 7, 8 deutlich:

Paulus libro octavo decimo responsorum. Sempronius Thetidi status quaestio- nem facere temptabat, quasi de serva sua nata sit. qui iam testato conventus a Procula nutrice Thetidis in solvendis alimentis respondit non se habere, unde alimenta eiusdem exsolvat, sed debere eam patri suo restituere (Momm- sen: relinquere) Lucio Titio: idque ex illa in testationem redeget, ut postea nullam quaestionem pateretur ab eodem Sempronio, Lucius Titius Seiae Proculae solutis alimentis puellam vindicta manumisit: quapropter, an possit rescindi libertas Thetidis. Paulus respondit, quoniam dominus ancillae, ex qua Thetis nata est, Thetidem pro derelicto habuisse videtur, potuisse eam a Lucio Titio ad libertatem perduci.

Der freie Lucius Titius war mit einer Sklavin des Sempronius ein Konkubinat eingegangen; dieser Verbindung entstammte ein Mädchen namens Thetis. Aus uns unbekannten Gründen wurde Thetis von der freien Seia Procula aufgezogen. Sempronius wollte später die Thetis unter Hinweis darauf, daß sie von seiner Sklavin geboren worden sei, vindizieren. Procula forderte von ihm jedoch den Ersatz der Alimentationskosten; Sempronius verweigerte die Bezahlung und erklärte vor Zeugen, Thetis möge ihrem Vater übergeben werden. Lucius Titius hatte dann auch die Alimente bezahlt und die Thetis zu sich genommen. Schließlich hatte er sie *vindicta* freigelassen. Nunmehr stellt sich — offensichtlich infolge eines abermaligen Vindikationsversuches des Sempronius — die Frage, ob diese Freilassung rechtens sei oder angefochten werden könne. Paulus lehnt das Anfechtungsbegehren des Sempronius ab, weil er die Thetis als aufgegeben betrachtet und Lucius Titius ihr zur Freiheit verholfen habe. Hinter dieser knappen Begründung steht der Gedanke, daß Sempronius mit der Überlassung der Sklavin an ihren natürlichen Vater

⁶¹) Anders wäre bei der Dereliktion alter und kranker Sklaven zu entscheiden: Gemäß einem Edikt des Kaisers Claudius erlangte dieser Sklave die Freiheit, Suet. Claud. 25, 2; Mod. D. 40, 8, 2 und Inst. C. 7, 6, 1, 3. Lit. hierzu bei Kaser, RP I 286 Anm. 28. — Volterra (Anm. 1) 458 u. 461 lehnt vehement den Dereliktionsgedanken ab; für das Vorliegen einer Dereliktion neuestens Seib, Sententiae Syriacae (1990) zu §§ 77, 98 (S. 168f.).

⁶²) Die römischen Juristen verwenden zwar nicht das Wort *occupatio* für den Eigentumserwerb an einem ausgesetzten, herrenlosen Sklaven. Es steht aber fest, daß der Eigentumserwerb durch *collectio* des Sklavenkindes bis auf Justinian anerkannt wurde; vgl. auch Iav. D. 45, 3, 36.

diese derelinquiert habe. Thetis ist zur *serva sine domino* geworden. Nachdem Lucius Titius durch *occupatio* ihr Eigentümer geworden war, konnte er sie freilassen⁶³).

Was für den älteren Sklaven gegolten hat, läßt sich auch auf das neu- geborene ausgesetzte Sklavenkind übertragen.

d) Ein Beispiel für den Sklavenstand des Findelkindes bietet uns ein Sklavenverkauf, abgeschlossen zwischen Maximus Batonis und Dasius Verzonis im Jahr 139⁶⁴). Nach dem ädilizischen Edikt war der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Nationalität des Sklaven be- kanntzugeben⁶⁵). Das verkaufte Sklavenmädchen wird anstelle der er- warteten Herkunftsbezeichnung als *sportellaria* beschrieben. Damit macht der Verkäufer klar, daß das verkaufte Mädchen ein Findelkind ist und er die von ihm geforderte Angabe hinsichtlich der Nationalität nicht machen kann⁶⁶).

Aber die Kürze der Aussage — die letztlich in einem einzigen Wort besteht — läßt keine Einordnung in die oben aufgezeigte Entwick- lung zu. Zweifellos aber zeigt dieser Kaufvertrag, daß ausgesetzte Kinder oftmals von den Findern für den Sklavenmarkt aufgezogen worden sind.

Zu dieser Textgruppe zähle ich auch Juristenaussagen, die sich auf den *alumnus* beziehen. Der *alumnus* wird herkömmlich mit dem *expositus* identifiziert⁶⁷).

⁶³) Die Notwendigkeit, die jugendliche Thetis *vindicta* *apud consilium iusta causa manumissionis adprobata* freizulassen, ergab sich aus der *lex Aelia Sentia*; vgl. Gai. 1, 18 u. 19. — Zu diesem Fall vgl. Affolter (Anm. 1) 46ff.

⁶⁴) Siebenbürgische Wachstafel CIL III p. 937 = Bruns, Fontes iuris Romani antiqui I (1909, Ndr. 1958) Nr. 131 (S. 330) = FIRA III 87.

⁶⁵) *Clausula de natione pronuntianda*; siehe Lenel, Das Edictum perpetuum (3. Aufl. 1927, 3. Ndr. 1985) 554, 563.

⁶⁶) Den Zusammenhang hat Weiß, Peregrinische Manzipationsakte, SZ 37 (1916) 159ff. (insbes. S. 161) (gegen Mommsen, CIL III p. 937) aufgezeigt: *Sportellaria* ist auf *sportella*/Körbchen zurückzuführen. Diese Bezeichnung deutet auf die Sitte, Kinder bei der Aussetzung in einen Korb zu legen.

⁶⁷) Mau, RE 1 (1894) sv. *Alumnus*, Sp. 1706. Volterra (Anm. 1) 455ff. will die verborgene Antinomie aufklären, indem er den *alumnus* vom *expositus* unterscheidet: Bei einem *expositus* bleiben die Rechte des aussetzenden Gewalt- habers bestehen, wogegen bei einem *alumnus* die früheren Rechte des Gewalt- habers erlöschen. Aber gerade aus den Plinius-Briefen geht eindeutig die Identität von *alumnus* und *expositus* hervor; Plinius spricht von *thetiroi*, Trajan dagegen antwortet mit dem Hinweis *ad eos, qui liberi nati expositi, deinde sublati a quibusdam et in servitute educati sunt*. *Thetiroi* entspricht dem *alumnus*. Siehe nur Cameron (o. Anm. 36) 27 Anm. 1 u. 2 (mit Lit.), weiters S. 49; Wenger, Literaturübersicht (o. Anm. 37) 154f.

Gaius⁶⁸) und Ulpian⁶⁹) nennen unter den Ausnahmen, wo eine Freilassung nach der *lex Aelia Sentia* „*apud consilium iusta causa manumissionis adprobata*“ erlaubt wird, außer der natürlichen Verwandtschaft den Alumenen. Aus der Freilassung – in Zusammenhang mit der *lex Aelia Sentia* – ergibt sich, daß der *nutritor* des *alumnus* dessen *dominus* geworden ist; dies ist durch die Aufnahme des ausgesetzten Kindes geschehen. Marcian D. 40, 2, 14 pr. schildert, daß Alumenen in der Regel frühzeitig freigelassen worden sind, gewöhnlich von der *domina*⁷⁰).

Zum anderen begegnet der *alumnus* in der Diskussion darüber, welche Sklaven bei einer Generalhypothek nicht als mitverpfändet gelten.

C. 8, 16 (17) 1: Imp. Severus et Antoninus AA. Optato. Alumnos tuos et ceteras res, quas neminem credibile est pignori specialiter daturum fuisse, generali pacti conventionione, quae de bonis tuis facta est, in causam pignoris non fuisse rationis est (a. 197).

Severus und Antoninus gehen – wie die Begründung zeigt – vom Sklavenstand des Alumenen aus: Alumenen werden gewöhnlich nicht *specialiter* verpfändet; aus diesem Grunde fallen sie nicht unter die Generalhypothek. Hätte Septimius Severus den *status libertatis* des *alumnus* vorausgesetzt, hätte er seine Entscheidung mit eben dessen Freiheit begründen müssen – wie es Callistratus, Caracalla und Diokletian getan haben⁷¹). Sein Standpunkt findet eine Bestätigung durch Ulpian, der hier den *alumnus* in eine Reihe mit anderen Sklaven stellt, D. 20, 1, 8⁷²).

Ulpianus libro septuagesimo tertio ad edictum. Denique concubinam filios naturales alumnos constitit generali obligatione non contineri et si qua alia sunt huiusmodi ministeria.

3. Der Kindesverkauf. – Die Rechtsstellung des Findelkindes wird ein wenig deutlicher, wenn wir den Kinderverkauf durch den Hausvater in die Erörterung einbeziehen.

a) *In mancipio esse* – *früh römisches und klassisches Recht*. Im früh römischen Recht ist das *ius vendendi* wesentlicher Inhalt der *patria potestas*. Das Recht, die Hauskinder zu verkaufen, dürfte sich schon früh zu einem bloßen Verdingungsrecht gewandelt haben. Die Verdingung erfolgt durch einen Manzipiationsakt; die Stellung des Kindes wird als *in mancipio esse* bezeichnet: Das Kind bleibt frei, fällt aber in die Voll-

⁶⁸) Gai. 1, 18–19 und 38–39; vgl. Inst. Inst. 1, 6, 5.

⁶⁹) Ulp. D. 40, 2, 11–13.

⁷⁰) Dies beständigen Inschriften, z. B. CIL XIV 772.

⁷¹) Hierzu sogleich unter Punkt 3 (Kindesverkauf).

⁷²) Vgl. auch PS 5, 6, 16.

gewalt des Dienstherrn, die es privatrechtlich einem Sklaven gleichstellt⁷³). Die *mancipium*-Gewalt kann nur durch *manumissio* oder *remancipatio* aufgehoben werden; das Hauskind gelangt in diesem Fall wieder unter die *patria potestas* seines Vaters.

Bereits sehr früh wurde versucht, den Mißbrauch des *ius vendendi* zu unterbinden. Gegen den Haussohn konnte es dreimal, gegen die Tochter und Enkel beiderlei Geschlechtes einmal ausgeübt werden⁷⁴). Gemäß einer dem Numa zugeschriebenen Bestimmung ging das Recht, den Sohn zu verkaufen, durch Genehmigung seiner Ehe unter⁷⁵).

Die förmliche Übertragung der Hauskinder in das *mancipium* des Dienstherrn ist verhältnismäßig früh außer Gebrauch gekommen, doch dauerte die Übung, Kinder in fremde Dienste zu „verkaufen“, bis in die Spätzeit an⁷⁶). Die Manzipation wird als wirklicher Verkauf um einen realen Kaufpreis zum Zwecke der Verdingung praktiziert worden sein⁷⁷).

b) Zu Beginn des dritten nachchristlichen Jahrhunderts nahmen die Kindesverkäufe aufgrund der durch die politischen Wirren verursachten wirtschaftlichen und sozialen Mißstände wieder zu⁷⁸). Deshalb suchten die Kaiser nach und nach, den Verkauf gänzlich abzustellen.

C. 7, 16, 1: Imp. Antoninus A. Saturninae. Rem quidem illicitam et inhonestam admisisse confiteris, quia proponis filios ingenuos a te venundatos. sed quia

⁷³) *Servi loco*: Gai. 1, 123 u. 138; 3, 114. Vgl. nur Kaser, RP I 69f. und Kunkel/Honsell, Römisches Recht (4. Aufl. 1987) 411. – Dagegen wurde das zum Zwecke der Bestrafung ins Ausland/*trans Tiberim* verkaufte Hauskind zum Sklaven, Cic. pro Caec. 34, 98 und de orat. 1, 40, 181.

⁷⁴) XII-Tafeln 4, 2; Gai. 1, 132 u. 4, 79; UE 10, 1. Dion. Hal. ant. 2, 27, 2 schreibt dieses Gesetz Romulus zu.

⁷⁵) Dion. Hal. ant. 2, 27, 4; Plut. Numa 17.

⁷⁶) Für die Rechtsentwicklung der republikanischen Zeit und frühen Kaiserzeit geben die spärlichen Quellen kein verlässliches Zeugnis; siehe nur Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 120f. (mit weit. Lit.) und Kaser, RP I 342 u. 564.

⁷⁷) Dieses Rechtsgeschäft war etwa mit der Abrede, daß der Käufer das Kind nach Ableistung der Dienste remanziptiere oder freilasse, verbunden. – Steinwenter, RE 27. Hbhd. (1928) sv. *Mancipium*, Sp. 1010–1014; Kunkel, *Auctoratus*, EOS 48 = Symbolae Taubenschlag III (1956) 207–226 (insbes. 223ff.); Sachers, RE 43. Hbhd. (1953) sv. *Potestas patria*, Punkt X: Verkaufsrecht (Sp. 1096ff.); Kaser, RP I 70 (mit Lit. in Anm. 21).

⁷⁸) Zur Veräußerung von Kindern in der Kaiserzeit Mommsen, JSchr. 3 (Anm. 50) 15f.; Mitteis, Reichsrecht (Anm. 14) 363; Buckland, The Roman Law of Slavery (1908) 420; Niedermeyer, *Crimen plagii* und *crimen violentiae*, Studi Bonfante II (1930) 383–417 (insbes. 392f.); Sachers (Anm. 1) 1098 und Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 122ff. – Zur Verpfändung von Kindern siehe Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen I (1909) 61ff.

factum tuum filiis obesse non debet, adi competentem iudicem, si vis, ut causa agatur secundum ordinem iuris.

Caracalla erklärt den (echten) Verkauf eines Hauskindes für sitten- und rechtswidrig⁷⁹). Dieses Reskript wurde vom Vater einige Zeit nach dem Verkauf des Kindes, wohl anlässlich eines Freiheitsprozesses, erbeten. Die kaiserliche Kanzlei dürfte geprüft haben, ob die Freiheitsbehauptung nicht wegen eines *venire contra factum proprium* zurückzuweisen sei. Ist nach dem Verkauf eine erfolgreiche *vindicatio in libertatem* möglich? Hat der vollzogene Verkauf gegenüber einer späteren Freiheitsbehauptung präjudizielle Wirkung? Die kaiserliche Kanzlei betont, daß der Verkauf dem Kind nicht schaden könne. Die Bedrohung des *status libertatis* wird abgelehnt; wirksame Vereinbarungen über die Änderung des *status libertatis* werden verneint⁸⁰).

Daß der Personenstatus der Privatautonomie entzogen war, mußte lange Zeit hindurch gar nicht erst ausgesprochen werden, D. 40, 12, 37:

Callistratus libro secundo quaestionum. Conventio privata neque servum quemquam neque libertum alicuius facere potest.

Erst im dritten Jahrhundert n. Chr. schien dieses Prinzip nicht mehr selbstverständlich zu sein⁸¹).

⁷⁹) Für einen „echten“ Verkauf zum Zwecke des Geldgewinnes auch Kaser, RP I 342 Anm. 8. — Kaser, *Patria potestas* (Anm. 22) 81 weist darauf hin, daß wegen des alten Grundsatzes, wonach kein römischer Bürger im Inland Sklave sein könne, bei jedem Verkauf, der die wirkliche Versklavung im Inland bezwecken soll, ein Rechtsbruch im Spiel ist. Deshalb nenne Caracalla den Verkauf *illicita et inhonesta*. Zur Rechtswidrigkeit des Verkaufes als Folge der Ablöse des zensorischen durch ein kaiserliches *regimen morum* Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 122f.

⁸⁰) Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 122f. und 125. — Vgl. PS 5, 1, 1 (in seiner überlieferten Gestalt eine nachklassische Arbeit): *Qui contemplatione extremas necessitates aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur. Idem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt: ex quo facto sciens creditor deportatur. Operae tamen eorum locari possunt.* — Hinter dem *homo liber nullo pretio aestimatur* steht der Gedanke, daß ein Freier keine *res* ist und somit nicht Gegenstand eines Kaufgeschäftes sein kann. Der erklärende Zusatz *contemplatione* — *gratia* stört und weist auf eine redaktionelle Änderung im vierten Jahrhundert; zu PS 5, 1, 1 siehe u. a. Kunkel, *Auctoratus* (Anm. 16) 224 und Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 206f.

⁸¹) Vgl. die Begründung in PS 5, 1, 1 (vor. Anm.), die jedenfalls vom nachklassischen Sentenzenverfasser eingefügt worden ist. Sie ist im Verhältnis zum vorhergehenden Text weder logisch noch klar.

c) Diokletians eigene Entscheidungen zum Kindesverkauf beweisen, daß Verkäufe von Hauskindern gegen Ende des dritten Jahrhunderts üblich waren. Seine Konstitutionen zum Verkauf und der Verpfändung von Hauskindern zeigen eine geradezu kämpferische Haltung gegenüber diesem Übel⁸²). Kennzeichnend ist die radikale Ablehnung der Zulässigkeit solcher Rechtsgeschäfte. Die Mißachtung des Gebotes, Kinder nicht zu „verschlechtern“, soll dem Kind nicht zum Nachteil ge- reichen⁸³).

Geradezu „auffallend grundsätzlich gehalten“⁸⁴) ist C. 4, 43, 1 aus 294:

Impm. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aureliae Papinianae. Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est.

Neben dem Kinderverkauf und der Kinderverpfändung wird noch die Versehenkung von Kindern erfaßt. Wird für das weggegebene Kind nicht einmal ein Preis verlangt, überwiegt offenbar das Streben, den Unterhaltskosten zu entgehen, alle Gewinnsucht. Aber auch in diesem Fall verbietet Diokletian die Verfügung über das eigene Kind. Selbst der Irrtum des Käufers über den Personenstand bleibt unbeachtlich. Damit sollen Umgehungsversuche vereitelt werden, die sich auf den vom späteren antiken Recht bestimmten Freiheitsverlust dessen stützen wollen, der sich *pretii participandi gratia* verkaufen läßt⁸⁵).

⁸²) C. 8, 16, 6 (a. 293); die anderen fünf Konstitutionen stammen aus 294: C. 4, 43, 1; 2, 4, 26; 4, 10, 12; 3, 15, 2 und 7, 16, 37. Siehe die Stellungnahme der *veteres* in CTh. 4, 8, 6 pr. = C. 8, 46, 10 (a. 323). — Ausführlich hierzu Mayer-Maly, Das Notverkaufsrecht des Hausvaters, SZ 75 (1958) bes. 130ff. und 135. ⁸³) Ebenso wenig bewirkt der Verkauf des Kindes durch einen Dritten einen Statuswechsel, C. 9, 20, 11: *Abducti plagio facta venditio statum non mutat: liberae enim personae sollicitatione crimen committitur, non conditioni praeiudicatur* (a. 293). Siehe weiters C. 7, 14, 12: *Ad mutandum liberae statum commissum plagii nihil promoveat, sed abductam natales, quibus nata est, post hunc etiam casum obtinere convenit* (a. 294).

⁸⁴) Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 131.

⁸⁵) Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 131. — Zum Umgehungsverbot durch *transactio* siehe C. 2, 4, 26: *Transactio matris filios eius non posse servos fieri notissimi iuris est*. Durch Vergleich kann nicht in die Rechte Dritter eingegriffen werden; deshalb muß ein Versuch, das Verkaufs- und Verpfändungsverbot durch *transactiones* zu umgehen, scheitern.

⁸⁶) Diokletian scheint die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nicht ausreichend gewesen zu sein. Er unterstützt die privatrechtlichen Regeln durch strafrechtliche Sanktionen. Der Kindesverkauf wird zum *crimen plagii* erklärt, C. 3, 15, 2:

4. Entwicklungslinien (Zwischenresümee). – Die Aussetzung ist bis in die klassische Zeit erlaubt. Hinsichtlich der Rechtsstellung des ausgesetzten Kindes empfiehlt es sich, zwischen der Aussetzung eines neugeborenen Freien und der eines neugeborenen Sklaven zu unterscheiden.

a) Ob demjenigen, der einen freien Findling aufgenommen und aufgezogen hatte, von den Anfängen an die Wahl offenstand, eben dieses Kind als frei oder unfrei zu behandeln, ist nicht zuverlässig zu beantworten. Die Quellen sprechen jedoch mit großer Wahrscheinlichkeit für den freien Status und damit gegen eine de iure-Versklavung des Findelkindes⁸⁷. Für die Zeit vom zweiten Jahrhundert an bis in die vorkonstantinische Ära können wir dies als gegeben annehmen. Der Nachweis der Ingenuität ist statthaft⁸⁸. Das Kind kann seine Freiheit

Sciens liberum venundando plagii crimen committit. ... (a. 294). Vgl. auch C. 9, 20, 15 und 7. 16, 37 (beide aus 294). Im Jahr 287 hat Diokletian kraft generellen Dekretes an den *praefectus urbi* die Todesstrafe gegen *plagiarii* in Rom eingeführt, C. 9, 20, 7. Zur Formulierung – der Täter fällt nicht unter die *lex Fabia*, er wird statt dessen *plagiarius* genannt – siehe Niedermeyer (Anm. 78) 387f. – Der Verkauf des Kindes durch seine Eltern fällt jedoch nicht unter das Plagium; vgl. PS 5, 1, 1. Statt vieler Mitteis, Reichsrecht (Anm. 14) 359ff. und Mommsen, Strafrecht (Anm. 22) 782f.; zuletzt Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 180f. und 206.

⁸⁷ Cornil (Anm. 1) 429 hebt hervor, daß sich der Status des Findelkindes nicht ändert; ihm zustimmend Krüger, Rez. zu Cornil (Anm. 18) 370. Für das klassische Recht lehnen auch Buckland (Anm. 78) 402, Bonner (Anm. 29) 126, Lanfranchi, Ret. (Anm. 33) 268–270 und Volterra (Anm. 1) 457f. die Versklavung des ausgesetzten Kindes ab; zuletzt Pugliese (Anm. 1) 633 und Watson, Roman Slave Law (1987) 16. – Nach Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen I (1909) 62 ist der *alumnus* (*vel expositus*) stets als unfrei betrachtet worden. – Westermann, RE Suppl. 6 (1935) sv. Sklaverei, Sp. 997 und Slave Systems (Anm. 55) 86 meint, das römische Recht habe die Frage im allgemeinen so gelöst, daß der Freie das Kind als Sklaven oder als Freien erziehen könne (mit Vorbehalt des Ingenuitätsnachweises). Dies war jedoch keine durch die Rechtsordnung anerkannte Wahlmöglichkeit, sondern praktische Übung. – In den einzelnen Gebieten des römischen Reiches ist diese Frage gewohnheitsrechtlich unterschiedlich gelöst worden; zu dem bei den Vorschriften über Kindesaussetzung und -aufnahme im römischen Reich begegnenden Rechtspartikularismus siehe nur die in Anm. 1 genannte Arbeit von Volterra. Sachers (Anm. 1) 1094 etwa nimmt eine mögliche Versklavung freigegebener Kinder insbesondere in den Provinzen an.

⁸⁸ Mommsen, Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz im römischen Staat, Juristische Abhandlungen. Berliner Festgabe für Beseler (1885) 253–272

selbst geltendmachen oder von seinem *pater familias*, unter dessen Gewalt es trotz der Aussetzung geblieben ist, zurückgefordert werden. In dieser Rechtsfrage zeigt sich die Parallele zum „verkauften“ freien Kind: Das freigegebene und später ausgesetzte Kind bleibt frei; es steht *in mancipio*.

Ebensowenig wie die Aufnahme des freien Findelkindes zu dessen Versklavung führt, schafft derjenige, der ein Findelkind als sein Adoptivkind aufnimmt, damit ein Verhältnis, das von den Rechtsfolgen einer Adoption begleitet wird; die Aufnahme eines ausgesetzten Kindes allein stellt keine Adoption dar⁸⁹.

De facto sind aber wohl viele freigegebene Kinder nach ihrer Aufnahme als Sklaven behandelt und in diesem Sinne versklavt worden⁹⁰. Letztendlich hat sich das Problem auf die Frage nach der Beweisbarkeit der freien Geburt reduziert.

Im unklaren lassen uns die Quellen, ob dem Finder und Erzieher eines Findlings ein *ius retentionis* an diesem Kind zukommt, das er so lange ausüben darf, bis ihm die Aufwendungen, die er in Hinblick auf den Unterhalt und die Ausbildung des Kindes geleistet hat, ersetzt werden⁹¹.

b) Das ausgesetzte Sklavenkind behält seinen Status; mehr noch: Es bleibt Eigentum seines *dominus*, sofern es nicht mit Wissen und Willen des Gewalthabers ausgesetzt worden ist. In letzterem Fall gilt es als derelinquiert. Denjenigen *dominus*, der seinen Sklaven vindiziert, trifft jedoch die Verpflichtung, Unterhaltsaufwendungen des *nurtitor* zu ersetzen; dieser kann andernfalls ein Retentionsrecht geltendmachen.

(S. 264) = Gesammelte Schriften, Juristische Schriften 3 (1907) 1–20 (insbes. 11); Lanfranchi, Ret. (Anm. 33) 268ff.; Sachers (Anm. 1) 1094; Westermann, Sklaverei (Anm. 24) 997. – Die Alumnus-Texte (oben 2. d) widersprechen diesem Ergebnis nicht.

⁸⁹ So bereits Cameron (Anm. 36) 35–38; Wenger, Literaturübersicht (Anm. 37) 156.

⁹⁰ Nach Mitteis, Reichsrecht (Anm. 14) 361 war Kindesaussetzung zur Vermehrung der Sklavenzahl in allen Teilen des Imperiums sehr wesentlich; ihm folgend Westermann, Sklaverei (o. Anm. 24) 996f.

⁹¹ Daß für das klassische Recht kein Anspruch nachweisbar ist, resümiert zutreffenderweise etwa Bonner (Anm. 29) 126. Einen solchen Aufwandsersatz bejahen Lanfranchi, Ret. (Anm. 33) 270; Volterra (Anm. 1) 449ff.; Reggi, *Liber homo bona fide serviens* (1958) 93. Gegen einen Aufwandsersatz im Fall eines freien Kindes spricht sich jüngst Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 183f. aus.

B. Die Gesetzgebung des Konstantin:

1. Der Kindesverkauf. — Konstantin muß ebenfalls Maßnahmen gegen den Kinderverkauf ergreifen⁹²⁾, doch wechselt in seiner Gesetzgebung die grundsätzliche Haltung. Konstantin differenziert zwischen dem Verkauf neugeborener Kinder und der Veräußerung älterer Kinder⁹³⁾.

a) Der erste quellenmäßige Beleg aus konstantinischer Zeit für ein Veräußerungsverbot bezüglich freier, erwachsener Kinder (*non sanguinolenti*) ist Frag. Vat. 33⁹⁴⁾.

AA. et CC. Rutiliae Primae. Ingenuos progenitos seruitutis adflicti dispendiis minime oportere etiam nostri temporis tranquillitate sancitur, nec sub obtentu iniunctae uenditionis inlicitae decet ingenuitatem infringi. Quare iudicem competentem adire par est, qui in liberali causa ea faciet compleri, quae in huiusmodi contentionibus ordinari conserunt, secundum iudicariam disciplinam partibus audientiam praebiturus. Proposita ibid. Aug. Romae Costantino et Licinio Augg. IIII consa.

⁹²⁾ Die konstantinischen Konstitutionen sind oft Gegenstand rechtshistorischer Untersuchungen gewesen; zum Kindesverkauf insbesondere Bonfante, *Il ius vendendi del paterfamilias* e la legge 2, Codice 4, 43, di Costantino, *Scritti giuridici* I (1916) 64ff.; Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino: Persone e famiglia* (1938) 27ff.; Mayer-Maly, *Notverkaufsrecht* (o. Anm. 17) 133ff. (mit Lit. zu den einzelnen Texten); Dupont, *Les Constitutions de Constantin et le droit privé au début du IV^e Siècle: Les Personnes* (1937, Ndr. 1968) insbes. 27f. u. 137ff. und Dies., *La vente et les conditions socio-économiques dans l'empire romain de 321 à 535 après Jésus-Christ*, *RIDA* 3^e sér. 19 (1972) 285ff.; Dietrich V. Simon, *Konstantinisches Kaiserrecht* (1977) 35ff.; Domenico Nardi, *Il ius vendendi del paterfamilias nella legislazione di Costantino*, ANap. 89 (1978) 53ff.; Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 187ff.; Domenico Nardi, *Ancora sul ius vendendi del paterfamilias nella legislazione di Costantino*, *Sodalitas. Scritti Guarino V* (1984) 2287–2308. Aus diesem Grunde seien im weiteren nur wenige Bemerkungen angefügt.

⁹³⁾ Affolter (Anm. 1) 59 unterscheidet zwischen dem Verkauf ohne und in echter Not; bei Verkäufen älterer Kinder ohne echte Not gehe weder die *patria potestas* verloren noch erwerbe der Käufer die *dominica potestas*. Dafür gibt es aber keine Anzeichen; die von ihm angenommene Notsituation der Eltern war m. E. kein sich auf die Rechtsfolge auswirkendes Tatbestandselement.

⁹⁴⁾ Die Freiheit der *tempore tyranni* veräußerten Menschen ordnete Konstantin in CTh. 5, 8, 1 (a. 314) an. Dieser Text zeigt, daß es *sub tyranno*, d. i. Maxentius, außerordentlich häufig zu Menschenverkäufen gekommen sein muß. Wer wider besseres Wissen einen Freien in der Sklaverei hält, soll bestraft werden. — Vgl. auch die Strafbestimmung wegen *plagium* in CTh. 9, 18, 1 = C. 9, 20, 16 (a. 315).

In dieser Konstitution aus 315⁹⁵⁾ wird weder das Alter mitgeteilt, in dem das Kind verkauft worden ist, noch die Beziehung, in der die anfragende Rutilia Prima zu dem Kind stand. Kaser⁹⁶⁾ und Simon⁹⁷⁾ gehen davon aus, daß hier kein Fall entschieden worden ist, in dem es um den Verkauf eines neugeborenen Kindes geht; es geht vielmehr um ein dem Säuglingsalter entwachsenen Kind⁹⁸⁾.

Ein Verkauf hat infolge der Nichtigkeit keine Auswirkung auf den *status personae* des freien, erwachsenen Kindes. Es kann jederzeit (ohne Entschädigung des Erwerbers) zurückgefordert werden⁹⁹⁾.

⁹⁵⁾ Die überwiegende Mehrheit nimmt als Erscheinungsdatum das Jahr 315 an, siehe Buckland (Anm. 78) 420; Niedermeyer (Anm. 78) 393; Dupont, *La vente* (Anm. 92) 288; Simon (Anm. 97) 35ff.; M. Humbert (u. Anm. 191) 195 Anm. 15; Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 193; Liebs, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien* (1987) 153, 156 und 157 (zur Subskriptionsproblematik) und im Handbuch der lateinischen Literatur der Antike Bd. 5 (= Hda VIII. 5; 1989) § 503 (S. 58); zuletzt Selb, *Sententiae Syriacae* (1990) zu § 65 (S. 160) und zu §§ 77 und 98 (S. 168). — FIRA II (S. 468) datiert mit 313. Mayer-Maly, *Notverkaufsrecht* (Anm. 17) 133f. setzt diese Konstitution mit 313 an; im Verhältnis zu Frag. Vat. 34 hält er den vorliegenden Text für den „wohl älteren“. Für das Jahr 313 auch Pugliese (Anm. 1) 644 Anm. 23. — Offen bleibt die Datierung bei Kaser, RP II 131 Anm. 24.

⁹⁶⁾ Kaser, RP II 131 Anm. 24 und 205 Anm. 24.

⁹⁷⁾ Dietrich V. Simon, *Konstantinisches Kaiserrecht. Studien anhand der Reskriptionspraxis und des Schenkungsrechts* (1977) 39.

⁹⁸⁾ Eine allgemeine Regelung sieht hier auch Buckland (Anm. 78) 420f., der diesen Grundsatz der „Ausnahme“ in Frag. Vat. 34 gegenüberstellt. Siehe Kaser, RP II 131 (bei Anm. 24) und M. Humbert (u. Anm. 191) 195 Anm. 15. Platz (Anm. 22) 15 vermutet hier eine Erklärung zum Verkauf Erwachsener oder zum Verkauf ohne Armut. Anders Niedermeyer (Anm. 78) 393, der in Frag. Vat. 33 den Verkauf fremder Kinder geregelt sieht.

⁹⁹⁾ Simon (Anm. 97) 39 wirft die Frage auf, weshalb die Kanzlei in Frag. Vat. 33 nicht auf die in Vat. 34 ausgesprochene Durchbrechung des Verbotes des Verkaufs freier Kinder hingewiesen hat. Er vermutet hierfür unter anderem politische Gründe. Es ist unbestrittenmaßen festzustellen, daß die diesbezügliche Gesetzgebung des Konstantin stark politisch gefärbt ist. Seine Gegner warfen Konstantin — schon zu Lebzeiten — vor, er habe selbst die Mütter gezwungen, ihre Kinder zu verkaufen, um ihre Steuern zu bezahlen; Zosimus II, 38; vgl. auch CTh. 11, 27, 2 (a. 322). In diesem Zusammenhang ist auch der Hinweis auf *nostri temporis tranquillitas* sowie die Tatsache, daß die Panegyriker Konstantins wegen der Verherrlichung des Kaisers auch dessen Alimantationsstiftungen zugunsten armer Eltern (s. u. II.B.2.b) völlig übergangen haben, anzuführen. Vgl. hierzu Ehrhardt, *Constantin d. Gr. Religionspolitik und Gesetzgebung*, SZ 72 (1955) 127–190 (insbes. 134f.). Der von Simon vermißte Verweis ist m. E. aber damit zu erklären, daß die Reskripte Frag. Vat. 33 und 34 verschiedene Probleme regeln.

Eine spätere – wenn gleich nur indirekte – Anerkennung dieses Prinzips enthält die in CTh. 4, 8, 6 pr. (= C. 8, 46, 10, a. 323) wiedergegebene Argumentation der *patres*¹⁰⁰⁾.

b) Einen Bruch mit der diokletianischen Gesetzgebung glaubt die Wissenschaft erstmals im Jahr 313 vorzufinden¹⁰¹⁾. Eine konstantinische Konstitution dieses Jahres¹⁰²⁾, Frag. Vat. 34, habe die Veräußerung neugeborener Kinder unter bestimmten Voraussetzungen legitimiert¹⁰³⁾.

AA. et CC. Flaviae Aprillae. Cum profitearis te certa quantitate mancipium ex sanguine comparasse, cuius pretium te exsoluisse dicis et instrumentis esse firmatum, hoc a nobis iam olim praescriptum est, quod, si uoluerit liberum suum recipere, tunc in eius locum mancipium domino dare aut pretium quo ualuisse

¹⁰⁰⁾ Siehe hierzu unten B. 2. a.

¹⁰¹⁾ Ehrhardt, Some Aspects of Constantine's Legislation, *Studia Patristica* II (1957) 114–121 (insbes. 114f.); Niedermeyer (Anm. 78) 393; Mayer-Maly, Notverkaufrecht (Anm. 17) 134; Dupont, Les constitutions de Constantin (Anm. 92) 137ff. und Dies., La vente dans les constitutions de Constantin, *RIDA* 3^e sér. 2 (1955) 250; Sachers (Anm. 1) 1099; Simon (Anm. 97) 35 und M. Humbert (Anm. 191) 195. – Einige dieser Autoren sehen in dem in Frag. Vat. 34 beschriebenen Verkauf von neugeborenen Kindern keinen Verlust der Freiheit, andere gehen von der Versklavung der verkauften *sanguinolentes* aus.

¹⁰²⁾ Sargenti, Il diritto privato nella legislazione di Costantino, *Accademia Romanistica Costantiniana. Atti 1^o convegno internazionale* (Perugia 1975) 238ff. schreibt Frag. Vat. 34 dem Licinius zu; dagegen Simon (Anm. 97) 36f. – Seeck, Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. (1919, Ndr. 1964) 23, 25 korrigiert das überlieferte Datum von Frag. Vat. 34 auf den 21. 7. 329, setzt sie also 14 Jahre später an als Frag. Vat. 33. Das *iam olim praescriptum est* stelle eine Verweisung auf CTh. 5, 10, 1 (nach seiner Datierung aus dem Jahr 319/320. Konstantin konnte s.M. nach unmöglich am 18. 8. 329 in Serdica gewesen sein, wie die *subscriptio* behauptet; ebenda 65, 23) dar. Kritisch Simon a. a. O. 37f., der Korrekturen der überlieferten Daten als nicht notwendig ablehnt. Zu Simons Darstellung vgl. die Kritik von Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 195f.

¹⁰³⁾ Sieht man das Thema von Frag. Vat. 33 ebenfalls in der Veräußerung neugeborener Kinder, stellt dieses Reskript, da es die jüngere der beiden Konstitutionen ist, eine Rücknahme der zuvor in Frag. Vat. 34 als bestehend vorausgesetzten Verkaufserlaubnis dar. Bang, Herkunft der Sklaven II (Anm. 29) 204f. spricht deshalb auch von Widerspruch und Desavowierung. Niedermeyer (Anm. 78) 393 schränkt vorsichtig ein: „Vielleicht handelt es sich dabei um einen Rückschlag gegenüber Frag. Vat. 34“. Mayer-Maly, Notverkaufrecht (Anm. 17) 133 nennt die Vorgangsweise Konstantins inkonsequent, obgleich er beide Konstitutionen in das Jahr 313 datiert und Frag. Vat. 33 für die ältere hält (s. oben Anm. 95). Folgt man seiner Datierung, so müßte sich der Wechsel in der Zeit zwischen dem Erlaß von Frag. Vat. 33 und 34 vollzogen haben.

numeraret. Etiamnunc, si a suis parentibus certo pretio comparasti, ius domini possidere te existimamus. Nullum autem ex gentilibus liberum adprobari licet. Subscripta XII kal. Aug. Constantino Aug. III cons.

Die Antwort wurde einer Frau namens Flavia Aprilla erteilt, die ein *mancipium ex sanguine* gekauft und nun angesichts des Loskaufvertrages durch den veräußernden Elternteil Aufklärung über ihre Rechte erbeten hatte. *Mancipium ex sanguine* wurde oftmals als freies neugeborenes Kind gedeutet¹⁰⁴⁾. Die Verwendung von *mancipium* versucht Dietrich V. Simon mit einer möglichen Irreführung der Kanzlei durch ein in einer älteren Konstitution richtig gebrauchtes *mancipium* zu erklären¹⁰⁵⁾. Bianchi Fossati Vanzetti vermutet, daß dieses *mancipium* mit der Situation, in der sich das verkaufte Kind befand, zusammenhing: Das Reskript wäre lange nach dem Verkauf erschienen und deshalb von dem vorliegenden Sklavenstatus des Kindes und nicht vom ursprünglichen *status libertatis* ausgegangen¹⁰⁶⁾. Die sich bei dieser Interpretation ergebenden Schwierigkeiten wurden mit der Offenkundigkeit sachlicher und sprachlicher¹⁰⁷⁾ Mängel erklärt, dieses Reskript als „in nicht gutem Stil“ verfaßt eingestuft¹⁰⁸⁾.

Viele dieser Schwierigkeiten entstehen nicht, wenn man sich stärker an dem Wortlaut orientiert¹⁰⁹⁾. Inhaltlich geht es um den Verkauf eines

¹⁰⁴⁾ Buckland (Anm. 78) 421; Sachers (Anm. 1) 1099; Ehrhardt (Anm. 99) 135; Mayer-Maly (Anm. 17) 133f.; Stühff, Vulgarrecht im Kaiserrecht (1966) 108; weiters die im folgenden genannten Autoren.

¹⁰⁵⁾ O. Anm. 97, 40.

¹⁰⁶⁾ Anm. 1, 189.

¹⁰⁷⁾ Die Wortwahl läßt unbestrittenmaßen zu wünschen übrig: *Instrumentis firmatum* findet sich für das Ausstellen einer Kaufurkunde, *ius domini possidere* (hierzu sogleich) und *gentilis* anstelle von *barbarum*.

¹⁰⁸⁾ Ehrhardt, Religionspolitik (o. Anm. 99) 134f. und Ders., Aspects (Anm. 101) 114; zum Stil siehe auch Simon (Anm. 97) 40.

¹⁰⁹⁾ Die Literatur hat mehrmals die Frage gestellt, ob Frag. Vat. 33 sämtliche Voraussetzungen der „*iam olim*-Konstitution(en)“ wiederholt, manche abgeändert oder neue eingeführt habe. Zusätzliche Unsicherheiten ergaben sich für die die obige Interpretation vertretenden Autoren aus der Unkenntnis, ob das Reskript Voraussetzungen, die in diesem in Frag. Vat. 34 entschiedenen Fall gegeben waren, nicht eigens angeführt hat. – Diskutiert wurde insbesondere die Notlage der Eltern: Platz (Anm. 22) 15, Cornil (Anm. 1) 445, G. Humbert (Anm. 50) 939, Bang, Herkunft der Sklaven II (Anm. 29) 205, Felgentraeger (Anm. 118) 93, Westermann, Slave Systems (o. Anm. 55) 115 (der aber, da er nur C. 4, 43, 1 verwendet, das Problem nicht gesehen hat) und Boswell (Anm. 1) 17 gehen von dem Erfordernis *ob discordiam parentum* aus. Wenn gleich die Notlage der Eltern in Frag. Vat. nicht als Voraussetzung aufgezählt wird, lassen andere Bestim-

neugeborenen¹¹⁰) Sklavenkindes, das das leibliche Kind des Verkäufers ist. *Mancipium* wird von der kaiserlichen Kanzlei im Sinne von *servus* gebraucht. Die leibliche Verwandtschaft des Kindes mit dem Verkäufer, der später als Rückkäufer auftritt, ergibt sich aus dem weiteren Text: *Si voluerit liberum suum recipere* und *si a suis parentibus certo pretio comparasti*¹¹¹).

Eingeleitet durch einen Subjektswechsel verallgemeinert Konstantin den speziellen Fall und verweist auf eine bereits früher erlassene Konstitution¹¹²), derzufolge ein Rückkauf dieses Kindes unter Stellung eines Ersatzsklaven oder Bezahlung des *pretium quo valuisse* möglich sei. Die Urkundenausstellung und Kaufpreiszahlung erscheinen als Wesens-

mungen (vgl. CTh. 11, 27, 2) sie nicht als unwahrscheinlich erscheinen; vgl. auch zur Auffassung des vierten Jahrhunderts PS 5, 1, 1 (o. Anm. 81). Die Kinder werden in den Haushalt des Erwerbers (= Dienstherrn) eingegliedert; der Versorgungszweck der Übergabe der Kinder darf nicht übersehen werden. Zu der Problematik um die nicht genannte Notlage siehe auch unten Anm. 127.

¹¹⁰) *Infans a/ex sanguine* ist mit *sanguinolentus* gleichzusetzen (vgl. CTh. 5, 10, 1 und C. 4, 43, 2) und bedeutet „neugeboren“, „vom Mutterblut gerötet“. Zum *sanguinolentus* und *infans a/ex sanguine* siehe Affolter (Anm. 1) 59f. — Behrends betont in der Rezension zu Kahn, Der Nothilfevertrag im römischen Recht (o. J.), SZ 96 (1979) 358 den dogmatischen Charakter des *ex sanguine*: „Es scheint hier die im klassischen Recht auch sonst erkennbare Vorstellung durch, daß der Mensch als Naturwesen geboren wird und erst die Rechtsordnung in einem juristisch unterscheidbaren zweiten Schritt sagt, ob er Sklave oder Freier sein wird.“ Die Ausdrücke *ex sanguine* und *sanguinolentus* zeigen, daß „der Verkauf vor der ersten, der Abnabelung unmittelbar folgenden Waschung geschehen sein [muß] und damit nach dieser Vorstellung offenbar noch zu einem Zeitpunkt, in welchem die Veräußerung der allgemeinen Rechtsordnung, welche dem Kind die Freiheit verleihen würde, noch zuvorkommen kann.“

¹¹¹) Diese Lesung wählt auch Selb, *Sententiae Syriacae* (1990) zu § 65 (S. 160 Anm. 169) und zu §§ 77 und 98 (S. 169). — Zu dieser Fallkonstellation vgl. auch Diokletian und Maximian, C. 7, 16, 12 (a. 293): *si vero ex ancilla editum naturalis poterit idemque dominus distraxit* ...

¹¹²) Ob die Vorschrift (oder Vorschriften?), auf die verwiesen wird, eine Konstitution Konstantins ist, wissen wir nicht. Da die Literatur von einer anderen Interpretation ausgegangen ist, entfallen ihre Argumente für eine Datierung dieser *iam olim*-Konstitution(en). Mayer-Maly (Anm. 17) 138f. läßt die Datierung offen; Simon (Anm. 97) 39 vermutet eine entsprechende Maßnahme im Jahr 311 oder 312, als in Italien und Gallien Hungersnot herrschte; Ehrhardt, Religionspolitik (Anm. 99) 136 und Ders., Aspects (Anm. 101) 114 setzt die *iam olim*-Konstitution als ein Reskript der Kanzlei zu Trier vor 312 an. Platz (Anm. 22) 15 hat diese früheste konstantinische Konstitution, die er einige Zeit vor 313 ansetzt, mit der Verordnung in C. 4, 43, 2 identifiziert; s. M. wird in der neueren Lit. nicht mehr vertreten.

elemente des Verkaufes, was für die Kaisergesetzgebung dieser Zeit singulär ist. Es handelt sich hierbei um Schutzmechanismen. Die Beurkundung stärkt die Rechtsstellung des Vaters, der sein Kind zurückkaufen will: Der Vater kann sich auf diese Urkunde berufen, wenn er das Kind auslösen will und der Käufer bestreitet, dieses Kind von ihm erworben zu haben¹¹³). Ähnliches gilt von der Kaufpreiszahlung¹¹⁴).

Der Text bestätigt die Eigentümerstellung der Erwerberin — vermutlich als Antwort auf die spezielle Anfrage der Flavia Aprilla. *Ius domini possidere* ist vulgärer Sprachgebrauch¹¹⁵).

Im Schlußsatz werden Angehörige von Barbarenstämmen von einer Lösung ausgenommen. Kriegsgefangene und erbeutete Barbarenkinder werden als ungeschützte Ausländer mit der Ergreifung Sklaven; ver-sklavte Barbaren können gekauft oder allenfalls freigelassen, nicht aber (aus)gelöst werden¹¹⁶). Wahrscheinlich wollte die kaiserliche Kanzlei damit die Grenze des Rückkaufsrechtes aufzeigen, etwa für den Fall, daß das Kind, um das der Rechtsstreit entstanden war, ein Barbarenkind ist.

Der Erwerber des Sklavenkindes wird Eigentümer. Da das Sklavenkind eine *res* ist und die Veräußerung immer möglich ist, steht die Frage nach einer Vindikation durch den früheren Eigentümer nicht an; ebenso wenig könnte sich die Frage nach einem Lösungsrecht des Veräußerers stellen. Konstantin beachtet jedoch den Umstand der Blutsverwandtschaft, der diesen Fall vom (Rück)Kauf eines beliebigen Sklaven unterscheidet. Die Rechtsstellung rückkaufwilliger Eltern wird insofern verbessert, als (1) die Veräußerer den Rückkauf erzwingen können und (2) die Bedingungen, zu denen ein Rückkauf stattfindet, festgelegt werden.

Die leiblichen Eltern sollen nicht ob der Blutsverwandtschaft mit dem zu erwerbenden Sklavenkind finanziell unter Druck gesetzt werden. Es stellt sich die Frage, wie der Erwerber gerechterweise „entschädigt“ werden soll. Bei der Lösung dieser Frage bieten sich mehrere Modelle an: So wäre es möglich, dem Käufer den von ihm gezahlten Kaufpreis zu rückzuerstatten (Modell 1). Dies wird aber in den vielen Fällen zu keinem für den Käufer befriedigenden Ergebnis führen. Der Erwerber hat das

¹¹³) Gothofredus zu CTh. 5, 9, 2; in der modernen Literatur betont dies Simon (Anm. 97) 43.

¹¹⁴) Siehe nur Simon (Anm. 97) 44.

¹¹⁵) Stühff, Vulgarrecht im Kaiserrecht (1966) 108; Simon (Anm. 97) 40.

¹¹⁶) Buckland (Anm. 78) 403 u. 421 deutet dieses *liberum ex gentilibus* als Abkömmling aus einer (unerlaubten) Verbindung mit einem Barbaren.

Kind aufgezogen; wird dieses Kind von seinen Eltern zurückgekauft, bevor der Käufer seine Arbeitskraft ausbeuten konnte, erwächst ihm durch die Alimentations- und Ausbildungskosten ein finanzieller Nachteil. Da dieser Nachteil im Regelfall nicht am Erwerber hängen bleiben darf, werden die Eltern zusätzlich zur Rückerstattung des Kaufpreises diese Aufwendungen – sei es, daß sie *ex aequo et bono* beurteilt (Modell 1.1), sei es, daß sie pauschaliert werden (Modell 1.2) – vergüten müssen. Als Alternative zu diesem Grundmodell – *pecunia quae data est* und Aufwandsersatz – bietet sich die Bezahlung jenes Wertes an, den ein gleichzuhaltender Sklave im Zeitpunkt des Rückkaufes hat (Modell 2).

Konstantin ermöglicht dem Verkäufer die Auflösung des Kindes durch Erstattung des *pretium quo valuisse* oder Stellung eines Ersatzsklaven. Gerade diese Wahlmöglichkeit zeigt, daß sich Konstantin für das Modell 2 entschieden hat. Das *pretium* entspricht dem aktuellen Wert des Kindes, andernfalls ergibt die Alternative („anderer Sklave“) wegen des wirtschaftlichen Mißverhältnisses keinen Sinn: Die Schadloshaltung des Käufers durch einen gleichwertigen Sklaven soll die Befreiung erleichtern¹¹⁷.

Wir können mit großer Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, daß Konstantin dieses Lösungsrecht eingeführt hat. Es bleibt die Frage zu beantworten, ob es Anknüpfungspunkte für ein Lösungsrecht gegeben hat. Felgentraeger hat das Lösungsrecht auf volkrechtlichen Einfluß zurückgeführt¹¹⁸, Schönbauer dagegen eine Übernahme fremder Rechtsgedanken durch Konstantin abgelehnt¹¹⁹. Letztlich verschaffen die Quellen aber keiner These ein Übergewicht¹²⁰.

¹¹⁷ Cornil (Anm. 1) 445; Affolter (Anm. 1) 61 und Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino* (1938) 29 Anm. 3, zuletzt Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 189. – Anderer Meinung Mayer-Maly, *Notverkaufsrecht* (Anm. 17) 134 Anm. 95, der in dem *pretium quo valuisse* in Frag. Vat. 34 und dem *pretium quod potest valere* in CTh. 5, 10, 1 sowie C. 4, 43, 2 den bei der Geburt bezahlten Preis und nicht den späteren Wert des Kindes sieht; ebenso Selb, *Sententiae Syriacae* (1990) zu §§ 77 und 98 (S. 169). Dies entspricht unserem Modell 1.

¹¹⁸ Felgentraeger, *Antikes Lösungsrecht* (1933) 93f.; ihm folgend Kaser, *Rez. zu Felgentraeger*, SZ 54 (1934) 439 und Stühff (Anm. 115) 109.

¹¹⁹ Schönbauer, *Diokletian in einem verzweifelt Abwehrkampfe?*, SZ 62 (1942) 267–346 (insbes. 319ff.), der in der Gestattung des Notverkaufs und der Normierung einer Auflösung die praktische Wirkung einer Verpfändung sieht. Vgl. das Zurückbehaltungsrecht des Freikäufers an dem aus Feindeshand freigekauften Bürger, das in C. 8, 50 (51), 2 wie eine Selbstverpfändung betrachtet wird.

¹²⁰ Siehe Mayer-Maly, *Notverkaufsrecht* (Anm. 17) 137f., der neben der

Themen von Frag. Vat. 34 sind die Rechtsstellung des Erwerbers und der Rückkauf eines blutsverwandten Sklavenkindes. Aus diesem Grund müssen wir diesen Text bei der Erörterung des Verkaufs freier Kinder ausscheiden. Diese Stelle interessiert jedoch, weil sie ein Rückkaufsmodell beinhaltet, das später auf die Fälle des Verkaufs freier Kinder übertragbar war.

c) Der Verkauf neugeborener Kinder und deren Auflösung wurde nachweislich 329 vom Gesetzgeber erlaubt, CTh. 5, 10, 1¹²¹. Ein starres Festhalten an der vorbehaltlosen diokletianischen Ordnung schien nicht länger praktikabel: Es hätte unvermeidlich zu vermehrten Kindesaussetzungen geführt¹²². Konstantin beugte sich dem Druck der tatsächlichen Verhältnisse und versuchte durch Gestattung des Verkaufs in Ausnahmefällen einerseits und durch die Regelung der Auflösung schon verkaufter Kinder andererseits diese Kluft zwischen Recht und Verkehrspraxis zu überbrücken. Er verrecklichte damit die bestehende Verkehrspraxis, schränkte sie aber gleichzeitig modifizierend ein¹²³.

Rhetorenregel *Expositum qui agnovit, solutis alimentis recipiat* auch die zeitgenössische Vertragspraxis als Modell heranzieht. Vgl. hierzu Simon (Anm. 97) 44.

¹²¹ G. Humbert (Anm. 50) 939; Mommsen, *JSchr.* 3 (Anm. 50) 8 Anm. 1 und Pritsch-Spies (Anm. 1) 80 glauben, daß Konstantin erst 329 den Verkauf von Neugeborenen zugelassen habe. G. Humbert sieht den Grund für die Zulassung des Kindesverkaufes im Versuch, die staatlichen Unterstützungen bedürftiger Eltern einzuschränken. Auch Schönbauer (Anm. 119) 320 spricht von einem schrittweisen Zurückweichen Konstantins; die Zulässigkeit des Verkaufes von neugeborenen Kindern setzt er mit C. 4, 43, 2 (nach Schönbauers Datierung aus dem Jahr 329) an; er läßt jedoch leider die beiden Texte der Frag. Vat. außer Betracht. Im Ergebnis ebenso Westermann, *Slave Systems* (Anm. 55) 115, der aber weder die Beschränkung des Verkaufsrechtes hinsichtlich *sanguinolenti* sieht noch eine Begründung liefert.

¹²² Konstantin war angesichts der politischen und moralischen Verhältnisse gezwungen, der Kindestötung (die er pönalisierte – Die Tötung eines Hauskindes galt als *parricidium* und wurde mit dem Tode bestraft, C. 9, 17, 1, a. 318; vgl. CTh. 11, 27, 1, a. 315 –) und der mit der Aussetzung verbundenen Lebensgefahr entgegenzutreten. – Für christlichen Einfluß Georges Humbert, in Daremberg-Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines II* (1892) sv. *Expositio* (S. 939); zuletzt versuchte Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 188 diese Entwicklung vermöge der unter dem Einfluß der Kirche veränderten moralischen Situation zu erklären.

¹²³ Mayer-Maly, *Notverkaufsrecht* (Anm. 17) 133ff. Simon (Anm. 97) 42f. verdeutlicht anhand der Beschränkung der Verkaufsregeln auf Neugeborene und des den Eltern eingeräumten Lösungsrechtes, daß die Regelung selbst eine Notmaßnahme war.

CTh. 5, 10, 1:

Imp. Constantinus A. Italis suis. Secundum statuta priorum principum si quis a sanguine infantem quocum modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit, obtinendi eius servitii habeat potestatem: ita ut, si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat vel servum defendat, eiusdem modi alium praestet aut pretium, quod potest valere, exsolvat. Qui enim pretium competens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere, ut et distrahendi pro suo debito causam liberam habeat: poenae subiiciendis his, qui contra hanc legem venire temptaverint.

Interpretatio: Si quis infantem a sanguine emerit et nutrit, habendi eum et possidendi habeat potestatem. Sane si nutritum dominus vel pater recipere voluerit, aut eiusdem meriti mancipium nutritori dabit aut pretium nutritor, quantum valuerit qui nutritus est, consequatur.

CTh. 5, 10, 1 zeigt große Ähnlichkeiten mit C. 4, 43, 2 (ohne Datum). Trotz inhaltlicher Übereinstimmung liegen hier zwei verschiedene Konstitutionen vor¹²⁴. Die Divergenzen sind selbst bei Annahme Justinianischer Eingriffe¹²⁵ zu groß, um in C. 4, 43, 2 eine bloße Überarbeitung von CTh. 5, 10, 1 annehmen zu können. Darüber hinaus ist der vom Codex Theodosianus überlieferte Text an *Italis suis* adressiert, die vom Codex Iustinianus tradierte Konstitution richtet sich an *provincialibus suis*.

Der Verkauf von neugeborenen freien Kindern¹²⁶ wird erlaubt¹²⁷; der

¹²⁴ So Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 136 Anm. 99; Volterra (Anm. 1) 470f. und in NNDI VI, sv. Esposizione dei nati (S. 879); Buckland (Anm. 78) 421 Anm. 5 („Probably identical with CTh. 5, 10, 1“).

¹²⁵ Zur Justinianischen Umgestaltung in C. 4, 43, 2 Kunkel, *Auctoratus* (o. Anm. 16) 225.

¹²⁶ So etwa Dupont, Les constitutions de Constantin (Anm. 92) 137; Solazzi, Glossemi e interpolazioni nel codice teodosiano, SDHI 10 (1944) 225 = Scritti in diritto romano IV (1963) 487; Nardi (Anm. 149, estr.) 25 u. a. —

Erwerber erlangt die *servitia* des veräußerten Kindes, nicht das *ius dominii*¹²⁸. Die Grenze der *potestas obtinendi eius servitii*¹²⁹ zum *dominium* ist in dieser Zeit allerdings verwischt. Die Knechtschaft wird wohl als Unfreiheit betrachtet. Es handelt sich hier um Untertänigkeitsver-

Wiederholt wurde unter Berücksichtigung des eingeschobenen *vel servum defendat* die Meinung vertreten, daß die Verkaufsbestimmung auch für neugeborene Sklavenkinder gelte, in jüngster Zeit von Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 192f. und 195. Bianchi Fossati Vanzetti bringt dabei politische Argumente vor: Der Verkauf neugeborener Sklaven sollte gefördert werden, um ihre Tötung zu verhindern. Dies war zu erreichen, wenn der *dominus* einerseits dieses Sklavenkind später zurückkaufen (im Sinne von „lösen“) konnte; andererseits konnte der Erwerber billig zu einem Sklaven kommen und wäre trotzdem sicher gewesen, daß er den Wert des Sklaven auch nicht durch eine Lösung verliere. Darüber hinaus begründet sie ihre These mit einer rechtlichen Rechtfertigung: Der *dominus* befinde sich in einem Notzustand, auf Grund dessen er den neugeborenen Sklaven zu einem lächerlichen Betrag veräußern müsse. Wegen dieser Notlage sei es billig, ihm ein Lösungsrecht einzuräumen (Zu diesem Argument Mayer-Maly, Notverkaufsrecht, o. Anm. 17, 129f.). Eine allgemeine Gültigkeit der Lösungsbestimmung für verkaufte neugeborene Sklavenkinder ist m. E. abzulehnen; es ist jedoch denkbar, daß CTh. 5, 10, 1 den in Frag. Vat. 34 überlieferten Ausnahmeall miteinander bezieht. Der erzwingbare Rückkauf des leiblichen (Sklaven) Kindes scheint vom Wortlaut CTh. 5, 10, 1 gedeckt. — Volterra (Anm. 1) 471 hat sich entschieden gegen die Meinung ausgesprochen, diese Konstitution beziehe sich auf den Verkauf freier Neugeborener. Zur Zeit Konstantins sei es nicht möglich gewesen, einen Freien *legitime comparare*. Deshalb sei vom Kauf eines neugeborenen Sklaven die Rede; auf den neugeborenen Freien beziehen sich nur die Worte *vel nutriendum putaverit*, also der Fall der Aussetzung und der darauf folgenden Aufnahme. Zu Volterras These siehe die ablehnende Kritik von Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 193.

¹²⁷ C. 4, 43, 2 erlaubt den Verkauf *propter nimiam paupertatem egestatemque*. Dieser Hinweis in C. 4, 43, 2 scheint jedoch eine Justinianische Interpolation zu sein; siehe etwa Kunkel, *Auctoratus* (Anm. 16) 225; Dupont, *La vente* (Anm. 92) 287 Anm. 71 und Kaser, RP II 131 Anm. 29 u. 205 Anm. 28. Wahrscheinlich war dies aber implizit in der konstantinischen Konstitution, wie sie uns der CTh. überliefert, enthalten; so Simon (Anm. 97) 41 und Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 194.

¹²⁸ Da Frag. Vat. 34 einen anderen Fall regelt, kann man nicht mit Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 137 die Verdrängung des *ius dominii* von 313 auf christliches Milderungstreben zurückführen. Stühfs Erwägungen (Anm. 116) 108, daß Konstantin aus politischen Erwägungen (siehe o. Anm. 99) nicht von *dominium* sprach, sind aus diesem Grunde ebensowenig zureichend.

¹²⁹ Vgl. CTh. 5, 10, 1; in C. 4, 43, 2 *facultas obtinendi eius servitii*. Der Erwerber hat „nur“ die Gewalt, die Arbeitskraft des Kindes auszubenten. — Vgl. M. Humbert (u. Anm. 191) 195f.; a. M. Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 190f.

hältnisse, um Verhältnisse personenrechtlich geminderter Freiheit. Diese führen zu einer sklavenähnlichen Unterordnung unter einen Herrn und nähern sich stark der Sklaverei. Das Kind leistet die Dienste nicht kraft privatrechtlichen Vertrages, sondern auf Befehl, wenngleich hierfür ein Entgelt bezahlt wird¹³⁰). Das umfassende Recht des Käufers gestattet ihm die Weiterveräußerung, wenn er den Erlös zur Schuldenbegleichung benötigt¹³¹).

Erfordernisse sind, wie in dem in Frag. Vat. 34 entschiedenen Fall, die Aufnahme einer Urkunde über den Kauf und die Kaufpreiszahlung.

Hinsichtlich des Lösungsrechtes formuliert CTh. 5, 10, 1 ganz allgemein: *Si quis* ... Ob das Lösungsrecht wie in Frag. Vat. 34 „nur“ dem Verkäufer oder jedermann zugestanden wird, kann nicht eindeutig ausgemacht werden¹³²). Die Lösung kann durch Zahlung des *pretium quod potest valere*¹³³) oder durch Stellung eines anderen Dienstpflichtigen¹³⁴) erfolgen. Diskutiert wird ein Freikauf des Kindes *post seriem annorum*. Vielfach wurde behauptet, daß das Lösungsrecht erst nach einiger Zeit geltend gemacht werden konnte. *Post seriem annorum* wäre ein terminus a quo, um dem Käufer Zeit einzuräumen, den aufgewen-

¹³⁰) Siehe nur Kaser, RP II 131.

¹³¹) Vgl. hierzu die Frage, inwieweit das *mancipium* rechtsgeschäftlich übertragen werden kann. Quellenmäßig bezeugt ist die *remancipatio* an den *pater familias*, nicht aber die Weiterveräußerung an einen Dritten. Aus der mittels *lex mancipii* ausbedungenen *remancipatio* läßt sich kein sicheres argumentum e contrario für die Weiterveräußerung ableiten. Siehe Steinwenter, RE 27. Hbbd. (1928) sv. *Mancipium* (Sp. 1013).

¹³²) C. 4, 43, 2 hilft hier wegen einer möglichen justinianischen Umgestaltung nicht weiter. Dupont, La vente (Anm. 92) 286 will das Rückkaufsrecht in CTh. 5, 10, 1 nur dem Vater einräumen. Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 195 hält es wegen der offenen Formulierung für möglich, daß in CTh. 5, 10, 1 nur der Veräußerer zur Lösung berechtigt ist. Schönbauer (Anm. 119) 319 nimmt hingegen an, daß die Lösung dem Verkauften und jedem Dritten gestattet wurde. Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 137 spricht ebenfalls von einer Vermehrung der Zahl der Lösungsberechtigten; er sieht hierin das Ergebnis des christlichen Einflusses. Die Anknüpfung an Frag. Vat. 34 scheint aber wegen der verschiedenen Regelungsinhalte nicht geboten.

¹³³) *Interpretatio* zu CTh.: *pretium nutritor, quantum valuerit qui nutritus est*; siehe auch Bas. 19, 1, 87.

¹³⁴) Beachte den Zusammenhang von *eius servitii habeat potestatem* und *eiusdem modi alium praestet* in CTh. 5, 10, 1 (anders C. 4, 43, 2: *aut mancipium pro huiusmodi praestet*) im Gegensatz zu Frag. Vat. 34, wo das *in eius locum mancipium domino dare* dem Eigentum der Erwerberin (*eius dominii possidere*) an dem *mancipium* entspricht.

deten Unterhalt durch die Arbeit des Sklaven wettzumachen¹³⁵). Gegen diese These sprechen gewichtige Gründe: Die Formulierung ist für eine Fristbestimmung zu vage, auch fehlt die wirtschaftliche Notwendigkeit¹³⁶). Die umgekehrte Situation ist weit wahrscheinlicher: Es soll angedeutet werden, daß das Lösungsrecht auch dann ausgeübt werden kann, wenn seit dem Kauf viele Jahre vergangen sind¹³⁷). Es bleibt jedoch ungewiß, was passiert, wenn das Kind nicht gelöst wird — sei es, weil der Dritte die Lösungssumme nicht aufbringen kann, sei es, weil sich niemand dazu bereit findet¹³⁸).

CTh. 5, 10, 1 verweist auf eine schon früher ergangene Regelung und führt eine solche nicht erst ein. Vielleicht dürfen wir zu diesen *statuta priorum principum* C. 4, 43, 2 zählen. Das genaue Ende der vorbehaltlosen diokletianischen Ordnung und der Beginn der konstantinischen Regelung bleibt damit unbekannt; selbst mögliche Grenzen sind kaum absteckbar.

2. Andere Maßnahmen. — a) Ganz im Zeichen dieser Politik steht CTh. 4, 8, 6 (a. 323). Der im *principium* (= C. 8, 46, 10) erhalten gebliebene historische Teil zeigt die Argumentation der *pateres* auf:

Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos neisque potestas permissa est (CI: olim erat permissa), eripere libertatem non liceret.

Der freie Status der Kinder ist dem *pater familias*, der ehemals das *ius vitae neisque* hatte, unangreifbar. Die Freiheit ist ein so hohes Gut, daß sie schon immer über dem Leben stand. Mit dem *ius vitae neisque* wird sie schon immer über dem Leben argumentiert, da es zu dieser Zeit keine Bedeutung mehr hatte. Zudem geht es in diesem Text nicht um die Anwendung dieses Institutes, sondern um die *potestas* des *pater familias*, seinem Kind die Freiheit durch Verkauf zu nehmen¹³⁹). Offensichtlich wollte man die

¹³⁵) Bonfante, *Il ius vendendi* (Anm. 92) 68; Solazzi, *Scritti* IV (Anm. 126) 489; Biondi, *Il diritto romano cristiano* 3 (1954) 30 u. 34; in diesem Sinne Kunkel (Anm. 16) 225 (?).

¹³⁶) Siehe Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 192 und 194.

¹³⁷) So auch Bianchi Fossati Vanzetti, vor. Anm.

¹³⁸) Der Bestimmung um die Wiedererlangung des Status eines „voll“freien Bürgers ist die zeitliche Begrenzung der Dienstpflichten inhärent, vgl. Sent. Syr. § 77 (u. III. A).

¹³⁹) Schon Mommsen, *Römisches Strafrecht* (1899, Ndr. 1955) 618 meinte, daß die Erwähnung des *ius vitae neisque* mit *permissa est* nur ein redaktionelles Versehen sein könne. Die Kompilatoren haben auch den ursprünglichen Text

Argumentation zum Kindesverkauf und die Kernaussage — *libertatem non eripere lacere* — erhalten¹⁴⁰).

Die Stelle bietet im weiteren ein anderes Problem. Konstantin anerkennt die Vorstellung, daß bestimmte Tätigkeiten denjenigen, der sie verrichtet, in den Sklavenstand absinken lassen¹⁴¹).

§ 1: Si quisquam minor venundatus actum maior administravit, quoniam minoris emptio scientiam non obligat, eum ad libertatem venientem emptionis actusque a maiore administrati praescriptio non tenebit.

Die harte Sanktion schränkt Konstantin ein: Wer seine Freiheit nicht gekannt hat oder durch sein unreifes Alter gehindert war, sich seine Freiheit zu erhalten, soll durch Sklavendienste oder durch die Duldung des Verkaufswerdens nicht seine Freiheit verlieren. Die Altersgrenze, ab der es nicht mehr möglich ist, ohne Gefahr für seine Freiheit niedere Dienste anzunehmen bzw. zu dulden, daß man verkauft wird, ist die „Großjährigkeit“. Mit der „Großjährigkeit“ beginnt für den, der Sklavendienste leistet, die Gefahr, für immer Sklave zu werden.

Die Wortwahl *minor* — *maior*¹⁴²) spricht nach Willvonseder für das 25. Lebensjahr, „mag beim Selbstverkauf auch die genannte 20-Jahresgrenze möglich erscheinen“¹⁴³). Der Problemkreis selbst, für den Konstantin Klarheit zu schaffen suchte, spricht m. E. für die 20-Jahresgrenze: Wird im principium der Kindesverkauf als Quelle der Status-

verändert — *olim erat permissa*. Siehe weiters Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 135 und Selb, Vom *ius vitae necisque* zum beschränkten Züchtigungsrecht und zur magistratischen Züchtigungshilfe, The Irish Jurist N.S. 1 (1966) 136–150 (insbes. 143f.).

¹⁴⁰) Selb, *Ius vitae necisque* (vor. Anm.) 144, mit Lit. in Anm. 35. — Siehe zu diesem Text ferner Buckland (Anm. 78) 420; Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 135; Dupont, La vente (Anm. 92) 296 und Simon (Anm. 97) 38.

¹⁴¹) Gordian und Dioletian haben diese Vorstellung kategorisch zurückgewiesen: C. 7, 14, 2 (a. 240) sowie C. 7, 9, 3, 1 (a. 290 oder 293); 7, 14, 6 (a. 293); 7, 16, 10 (a. 293); 7, 16, 18 (a. 293); 7, 16, 16 (a. 293); 2, 18, 21 (a. 294); 7, 14, 10 (ohne Jahresangabe); 7, 14, 11 (a. 294); 4, 19, 22 (a. 294).

¹⁴²) Die Konstitution selbst nennt kein konkretes Alter. Die *interpretatio* zu CTh. 4, 8, 6 gibt die Zahl: *post viginti quinque aetatis suae annos tam maior effectus*. Es bleibt jedoch m. E. offen, ob die *interpretatio* den Rechtszustand von 323 widerspiegelt. — Vgl. den Selbstverkauf im SRR: Die syrischen Versionen L und R I–III nennen 20 Jahre; die Pariser Handschrift (P 31 u. 32) hingegen spricht von einer 25-Jahres-Grenze.

¹⁴³) Willvonseder, „*XXV annorum operae*“, SZ 100 (1983) 533–541 (insbes. 540). Das 25. Lebensjahr nimmt auch M. Humbert (u. Anm. 191) 200 als Grenze an.

verschlechterung abgelehnt, so wird im folgenden der Konnex zum Selbstverkauf — bzw. besser zur Duldung des Verkaufswerdens, *scientia minoris* — hergestellt: Wem die Einsicht noch nicht gegeben ist, kann sich durch Duldung der Veräußerung nicht seines freien Status begeben. Anders stellt sich die Situation dar, wenn sich Erwachsene als Sklaven verkaufen lassen oder als solche gerieren.

§ 3: ... Qui vero memoria firma venditioni post factae non nescius innectitur, huius legis beneficio carebit.

Erwachsenen wird die Schutzbedürftigkeit abgesprochen; sie fallen in den Sklavenstand. Die Altersgrenze, die den Minderjährigen vom Erwachsenen trennt, ist uns vom betrügerischen Selbstverkauf bekannt: Es ist das 20. Lebensjahr.

b) Konstantin unterstützt seine Politik durch die Einrichtung von öffentlichen Alimentationsstiftungen. Den Eltern soll bei der wirtschaftlichen Unmöglichkeit des Aufziehens ihrer Kinder ein Ausweg, eine Alternative zum Notverkauf geboten werden¹⁴⁴). Bereits 315 unterstützt Konstantin bedürftige Eltern in Italien durch Verteilung von Nahrungsmitteln und Kleidern, die aus Mitteln des Fiskus und der Privatschatulle finanziert werden¹⁴⁵; 322 gewährt der Staat während einer Hungersnot in Afrika, in deren Zuge es zu Verkäufen und Verpfändungen von Kindern gekommen ist, unvernünftigen Eltern öffentliche Unterstützung¹⁴⁶).

¹⁴⁴) Bei ihrer Errichtung wird auf die in den Provinzen häufigen Notverkäufe hingewiesen, CTh. 11, 27, 2. Siehe hierzu die kurzen Hinweise von Buckland (Anm. 78) 420 Anm. 14; Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen I (1909) 63f.; Costa (Anm. 1) 119; Volterra (Anm. 1) 469; Sachers (Anm. 1) 1099.

¹⁴⁵) CTh. 11, 27, 1 (a. 315). — Beachte die Inschrift auf dem Konstantinsbogen: „*alimenta Italiae: feminarum faecunditati genitorumque spei consuluit publicus parens per universam Italiam pueris puellisque Ulpis alimentariis instituitis*“ (zitiert nach J. Becker, o. Anm. 46, 20).

¹⁴⁶) CTh. 11, 27, 2 (a. 322). Konstantin bezeichnet den Verkauf *indignum facinus, abhorrens nostris moribus*. Eine Wertung ist nicht möglich: Es kann dies ein Indiz für ein 322 noch gültiges Verbot des Kindesverkaufes sein. Dieser Hinweis kann auch ausdrücken, daß der Kindesverkauf in Notzeiten als äußerstes Mittel erlaubt ist, keineswegs aber moralisch gebilligt wird. Durch die Gewährung öffentlicher Unterstützungen erscheint der Verkauf freilich um so verwerflicher, da hierdurch die *nimia paupertas* und *egetas victus* gemildert oder gar beseitigt werden.

3. Die Kindesweglegung: Die Rechtsstellung des ausgesetzten Kindes. — Konstantin hat die Aussetzung an sich nicht verboten¹⁴⁷⁾; er hat der Aussetzung mit anderen Maßnahmen entgegengewirkt. Seinen Maßnahmen liegen zwei Gedanken zugrunde: Zum einen ließ er — wie bereits oben gezeigt — den Verkauf von neugeborenen Kindern zu; zum anderen traf er Regelungen bezüglich der Rechtsstellung des ausgesetzten Kindes. Gleichzeitig galt es, die Ansprüche des *collector* zu reglementieren. Vielfach zog der *nutritor* das Kind auf, um etwa später dessen Arbeitskraft auszubenten. Die Rückforderung des Kindes durch seine *parentes* machte dabei nicht nur diese Ausbeutung zunichte, sondern frustrierte auch die Aufwendungen für die Aufzucht des Kindes. Die Eltern ihrerseits, die sich einer finanziellen Last entledigen wollten, obsiegten mit ihrem Herausgabeanspruch — und dies nach diokletianischer Auffassung ohne Erstattung der Alimentationskosten.

Hier setzen die gesetzgeberischen Maßnahmen des Konstantin an¹⁴⁸⁾. Die Quellenlage erlaubt es, diese Entwicklung zu verfolgen.

a) CTh. 5, 10, 1 zieht eine vom Kindesverkauf verschiedene Situation in Betracht — *vel nutriendum putaverit*. Dieser Satzteil ist in der Literatur wiederholt als Aufnahme eines ausgesetzten Kindes gedeutet worden¹⁴⁹⁾.

Konstantin geht hier auf die Rechte des Verkäufers und einer aussetzenden Person ein. Diese Zielrichtung führt, unter Beibehaltung der Reihenfolge der Sätze und ungeachtet der unglücklichen Wortwahl, zu folgenden inhaltlichen Klammern:

Si quis a sanguine infanitem legitime comparaverit vel nutriendum putaverit — si quis ad libertatem eum repetat ...

Si quis a sanguine infanitem (legitime comparaverit vel?) nutriendum putaverit — si quis servum defendat ...

Im ersten Fall geht es um ein freies Kind, das von seinen Eltern durch Veräußerung oder Aussetzung weggegeben worden ist. Da das Kind frei bleibt, kann seine Freiheit geltend gemacht werden. Im zweiten Fall

¹⁴⁷⁾ Siehe hierzu Kaser, RP II 204.

¹⁴⁸⁾ Fournier (Anm. 1) 307 sieht hier die ersten Versuche einer Entwicklung, die sich immer mehr dem von der christlichen Barmherzigkeit ausgelösten Meibungsbildungsprozeß genähert habe.

¹⁴⁹⁾ Costa (Anm. 1); Bonfante, *Il ius vendendi* (Anm. 92) 64ff.; Volterra (Anm. 1) 470f.; Biondi, *Il diritto romano cristiano* 3 (1954) 21; Domenico Nardi, *Il ius vendendi del pater familias* nella legislazione di Costantino, ANap. 89 (1978) 135.

geht es um ein Sklavenkind. Da Konstantin die Rechte der „weggegebenen“ Person erörtert, scheidet hier notwendigerweise die befohlene *expositio* aus. Es bleibt der Fall der nichtkonsentierten Aussetzung.

Daß Konstantin die Aussetzung erst 331 und in einem von CTh. 5, 10, 1 abweichenden Sinn geregelt hat, beweist nichts. Auch der Einwand von Bianchi Fossati Vanzetti, es sei unmöglich, daß die demographischen Krisen Konstantin dazu bewogen haben könnten, die Lösung des (freien) Findelkindes an die Bezahlung eines Wertsatzes zu binden, geht fehl, wie die Sententiae Syriacae zeigen werden¹⁵⁰⁾. Ebenso wenig spricht der letzte Satzteil *qui enim — habeat* allein deshalb, weil er sich nur auf den Kindesverkauf bezieht, gegen einen Hinweis auf den zum Kindesverkauf parallelgelagerten Aussetzungsfall¹⁵¹⁾.

Stellen wir der Aussetzungsvariante andere Lösungsmöglichkeiten gegenüber: Schon Gothofredus versuchte, unter Heranziehung der *interpretatio*, das *vel* als ein *et* zu interpretieren, um so diesem Satzteil Sinn zu geben: *Si quis infanitem a sanguine emerit et nutrit, habendum et possidendum habeat potestatem*. Dieses Ergebnis befriedigt nicht, da schon allein der Codextitel CTh. 5, 10 „*De his, qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint*“ beweist, daß der Fall des *emere* und der des *nutriendos accipere* verschieden waren.

Ebensowenig überzeugt die Deutung, daß in diesem *nutriendum* ein vom Kindesverkauf und der Aussetzung verschiedener Fall steckt¹⁵²⁾. Der Widerspruch zu dem unmittelbar vorangehenden Titel CTh. 5, 9 „*De expositis*“ ist historisch bedingt: 329 wurden Kindesverkauf und

¹⁵⁰⁾ Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 196f. Kaser, RP II 204 Anm. 19 bezieht das Löserrecht nur auf das gekaufte Kind. — Zu den Sententiae Syriacae siehe unten III. A. 2.

¹⁵¹⁾ Vgl. die gleichgelagerten Probleme, die sich aus der Verknüpfung dieser beiden Tatbestände in Const. Sirm. 5 ergeben.

¹⁵²⁾ Affolter (Anm. 1) 61 interpretiert diesen Satzteil als unentgeltliche Übertragung des Kindes durch die Eltern zur Ernährung bzw. Übernahme des Kindes als Pflegekind durch die Zieheltern. Von dieser Sicht aus ist es jedoch nur ein kleiner Schritt, die Übertragung durch die Aussetzung zu ersetzen. — Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 198: „È possibile che Costantino nel regolare la vendita dell'infante abbia tenuto presente anche l'ipotesi della sua cessione, del caso cioè in cui fosse intervenuto un accordo tra genitore e terzo perché questo si tenesse il neonato“. Unbestrittenermaßen wird Konstantin wegen der Häufigkeit dieses Falles in der Praxis — ein schenkungsähnliches Scheingeschäft, das aus der Not entstanden ist (vgl. *transacciones* oben bei Anm. 85) — eine Regelung angestrebt haben. Dieser Fall ist jedoch nicht mittels des *nutriendum putaverit*, sondern durch das *quoquo modo legitime comparaverit* erfaßt.

Kindesweglegung gleich behandelt und konnten deshalb unter einen Titel gebracht werden¹⁵³; erst 331 trennten sich die Wege.

Unter den von der Literatur gebotenen Deutungen bleibt die Aussetzungsvariante, wenngleich auch sie problematisch scheint, m. E. die überzeugendste These.

b) Das Jahr 331 bildet die Zäsur. In einer *lex* vom 17. April dehnt Konstantin die von Alexander Severus für den *partus ancillae* getroffene Regelung auf das freie Kind aus¹⁵⁴.

CTh. 5, 9, 1: Imp. Constantinus A. ad Ablavium praefactum praetorio. Quicumque puerum vel puellam, proiecim de domo patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse matureit: omni repetitionis inquietudine penitus submovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint¹⁵⁵.

Konstantin nimmt einen zum früheren Rechtszustand kontradiktorschen Standpunkt ein¹⁵⁶: Der *pater familias*, der die Aussetzung des neu-

¹⁵³ Der Codex Iustinianus faßt beide Titel zusammen: „*De infantibus expositis liberis et servis et de his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperunt*“ (C. 8, 51).

¹⁵⁴ Westermann, *Slave Systems* (Anm. 55) 115 hat diese Stelle fälschlicherweise Diokletian zugeschrieben. Ebenso wenig wie Diokletian Urheber dieser Bestimmung ist, ist das Thema dieser *lex* das von Westermann behauptete Verbot der Aussetzung von „infant slaves“.

¹⁵⁵ Bei den Bestimmungen des Syrisch-römischen Rechtsbuches (R I 48, R II 133, R III 92 sowie Arn. 129 und Ar. 130) handelt es sich wahrscheinlich um eine freie Wiedergabe der konstantinischen Konstitution CTh. 5, 9, 1: Dem Aufnehmen wird das Wahlrecht zugestanden, ob er das Kind als Freien oder als Sklaven aufziehen wolle. Siehe Mitteis, Über drei neue Handschriften des Syrisch-römischen Rechtsbuchs (1905) 57f.; Taubenschlag, Attisches Recht in der Komödie Menanders, SZ 46 (1926) 72 Anm. 1 = Opera minora I (1959) 627 Anm. 18; Selb, Zur Bedeutung des Syrisch-römischen Rechtsbuchs (1964) 215 und Ders., Sententiae Syriacae (1990) zu §§ 77 und 98 (S. 170f.).

¹⁵⁶ Anders Volterra (Anm. 1) 473ff. und ihm folgend Sachers (Anm. 1) 1095. Einen Bruch mit dem vorherigen Rechtszustand bezeichnet Volterra als kaum vorstellbar. Er führt den Gedanken, die Rettung des ausgesetzten Kindes durch den Finder als ein Werk der Barmherzigkeit mit dem Übergang der Rechte vom bisherigen Gewalthaber auf den Retter des Kindes zu belohnen und so die Aufnahme von ausgesetzten Kindern zu fördern, auf christlichen Einfluß zurück. Da demzufolge die Regelung der konstantinischen Konstitution Gedanken beinhaltet, die die katholische Kirche erst im fünften Jahrhundert geäußert habe (Conc. Vasense, can. 9 u. 10, a. 442 sowie Conc. Arelatense, can. 51, a. 452), deutet Volterra deshalb vorsichtig auf einen möglichen apokryphen

geborenen Kindes angeordnet hat, verliert die *potestas* über dieses Kind. Eine Rückforderung des Kindes durch die *parentes* wird verneint.

Derjenige hingegen, der den Findling aufnimmt und mit Mühe großzieht, wird begünstigt: Er kann frei über den *status* des Kindes befinden. Der *nutritor* kann das Kind seinem Wunsch entsprechend als unfrei behandeln, gleichgültig, ob das Kind von freier oder unfreier Geburt ist¹⁵⁷. Eine *vindictio in libertatem* bzw. eine *adversio libertatis* ist nicht möglich¹⁵⁸. Überraschenderweise nennt diese Konstitution keine Formalanfordernisse: In Analogie zum Kindesverkauf wäre eine Beurkundung der Aufnahme zu erwarten gewesen, wollte Konstantin verhindern, daß sich die Kindesaussetzung zu einem Umgehungsgeschäft für die formpflichtige Veräußerung entwickle.

Der Finder kann das Kind aber auch als Freien behandeln. Bei einem Sklavenkind, das durch die Aussetzung herrenlos geworden ist, läuft dies auf eine Art Freilassung hinaus. Der *nutritor* verschafft dem Sklavenkind die Freiheit, ohne daß eine spezielle Freilassung notwendig ist.

Die starke Begünstigung des Aufnehmers bildete einerseits einen

Inhalt dieser Konstitution. Zumindest habe diese *lex*, sofern man sie als authentisch betrachtet, zunächst nur für den Osten Gültigkeit erlangt. — Wengert, Literaturübersicht (o. Anm. 37) 157 hat bereits 1935 diese These abgelehnt; mit § 98 Sent. Syr. (u. III. B.) ist die Theorie der Apokryphität unbestreitbar widerlegt.

¹⁵⁷ Solazzi, *Scritti in diritto romano IV* (1963) 486ff. (= SDHI 10, 223ff.) und V (1972) 166ff. (= Riv. it.³ 3, 1949, 14ff.) meint, daß diese Konstitution ursprünglich nur Freie betroffen habe. Hinsichtlich des Sklavenkindes, das *voluntate scientiaque domini* ausgesetzt worden sei, bestehe kein Problem, da diese Aussetzung die *derelictio* enthält. Letzterem ist — gegen Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 200, die analog zum Seewurffall wegen eines Notstandes des Aussetzenden keine Dereliktion annimmt — zuzustimmen; doch zeigt gerade die Einbindung des Sklavenfalles, daß Konstantin nicht originär diese Regelung geschaffen, sondern vielmehr eine ältere Regelung um den Fall des Freien erweitert hat. — Weitere Nachw. bei Kaser, RP II 132 Anm. 30.

¹⁵⁸ Der Tenor der Konstitution „... retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare“ spricht ebenso gegen die Geltendmachung der Ingenuität wie die Texte des SRR (o. Anm. 155) und nunmehr Sent. Syr. § 98. — Cornil (Anm. 1) 431f. dagegen betont, daß dieser Text nur die *vindictio in potestatem* verneine, sich aber nicht mit der *vindictio in libertatem* auseinandersetze; demzufolge verliere das freie Kind nicht seine Freiheit. Siehe etwa Mommsen, JSchr. 3 (Anm. 50) 11 Anm. 2, der aus der von Konstantin abgelehnten Rückforderung des Kindes durch den aussetzenden Vater den Schluß ziehen will, daß die Ingenuität in diesem Fall überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden konnte.

Schutz vor Rückforderungsansprüchen der Eltern, deren Rechte an dem Kind vor dieser Regelung nicht mit dem Aussetzungsakt erloschen waren. Dieser Schutz war insbesondere in Zeiten ansteigender Aussetzungszahlen notwendig, wollte man die *expositi* vor dem Tod retten. Zwar war in konstantinischer Zeit der *nutritio* schon vor 331 durch den ihm zugesprochenen Aufwandsersatz und das sich hieraus ergebende *ius retentionis* begünstigt worden, doch kann es keine Zweifel geben, daß die nunmehrige Lösung die Interessen des *collector* besser schützte als der Anspruch auf Erstattung des *pretium alimentorum*¹⁵⁹). Andererseits beseitigte die Regelung des Jahres 331 weitestgehend die bestehende Rechtsunsicherheit: Bislang war das freie Kind frei, das *voluntate domini* weggelegte Sklavenkind herrenlos geworden. Nun lag es einzig am Aufnehmenden, den Status festzulegen, der später von niemandem in Frage gestellt werden konnte.

4. Tendenzen in der Gesetzgebung des Konstantin (Zwischenresümee). — Die Grundsituation, der Konstantin gegenüberstand, war durch Entvölkerung infolge von Kriegen und Hungersnöten gekennzeichnet. Viele Familien wurden dazu getrieben, sich der Neugeborenen zu entledigen. Die rechtlichen Regelungen erwiesen sich in der Praxis als ungeeignet; Praxis und Recht klappten auseinander. Konstantin mußte sich dem faktischen Druck beugen; seine Gesetzgebung stand unter dem Bemühen, diese Kluft zu überbrücken.

a) Wie schon in diokletianischer Zeit, in der die Veräußerung des freien Kindes vehement abgelehnt worden war, wurde der Kindesverkauf auch von Konstantin verneint. Er konnte jedoch nicht mehr an einer ausnahmslosen Regelung festhalten, sondern mußte den Verkauf neugeborener Kinder (*ob discordiam parentum?*) erlauben. Der Verkauf hatte jedoch nicht den Abstieg in die Sklaverei zur Folge, sondern die zeitliche Suspendierung der „Voll“freiheit. Um aber Mißbräuchen entgegenzuwirken, wurden bestimmte Modalitäten vorgeschrieben. Außerdem wurde ein Auslösungsrecht vorgesehen, um die verkauften Kinder zu begünstigen.

b) In der Frage der Kindesaussetzung hielt Konstantin vorerst an den überlieferten Grundsätzen fest: Das freie Kind blieb frei, das ohne Wissen seines *dominus* ausgesetzte Sklavenkind blieb dessen Eigentum. Wurde das Sklavenkind auf Befehl seines Herrn ausgesetzt, wurde es

¹⁵⁹) Zuletzt in diesem Sinne Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 199 und Pugliese (Anm. 1) 641.

herrenlos. Neu geordnet wurde die Frage des Aufwandsersatzes: Alexander Severus hatte bei Sklaven einen Aufwandsersatz des *nutritio* vorgesehen, den dieser im Vindikationsverfahren geltendmachen und mittels eines Retentionsrechtes effektiv durchsetzen konnte. Dieses Modell des Aufwandsersatzes schien nunmehr generell auf alle Findelkinder angewandt worden zu sein (CTh. 5, 10, 1). Was die Rückforderung des freien Kindes gegen Kostenersatz betrifft, könnte die Einzelfallentscheidung des Diokletian C. 5, 4, 16 richtungsgebend für Konstantin gewesen sein.

331 kam es zum Bruch mit der überkommenen Ordnung der Findelkinderfrage: Nunmehr lag es am Finder, den Status des aufgenommenen Kindes zu bestimmen. Es war eine endgültige Statusfestlegung, die alle vorigen Rechte, seien es die des *pater familias* oder die eines *dominus*, abschnitt.

c) Es überrascht angesichts der Verwandtschaft von Aussetzung und Kindesverkauf nicht, daß beide Phänomene in den Quellen gemeinsam besprochen werden und Konstantin gleiche Regelungen vorsieht. Erst mit der tiefgreifenden Neuordnung von 331 trennen sich die Entwicklungslinien.

Diese Gesetzgebungsakte führen in summa auf ein einziges Ziel hin, nämlich die schrittweise Zurückdrängung der Aussetzung. Der angeordnete Verlust jeglicher Rechte am ausgesetzten Kind soll aussetzungswillige Eltern von einem solchen Schritt abhalten. Zusätzlich wird der Aussetzung mit dem in der Notlage ausnahmsweise erlaubten Verkauf von Neugeborenen eine Alternative entgegengestellt. Die Zahl der Kindesverkäufe wiederum versucht Konstantin durch staatliche Unterstützungen einzuschränken.

C. Die Rechtsentwicklung im ausgehenden vierten und im fünften Jahrhundert:

1. Verbot der Kindesaussetzung. — Über den Zeitpunkt des ersten Verbotes der Kindesaussetzung herrscht Streit: So alt dieser Streit ist, so unentschieden ist er. Ein Verbot deutet PS 2, 24, 10 an, doch liegt der Text in einer nachklassischen Bearbeitung vor¹⁶⁰). Erst-

¹⁶⁰) Paul. D. 25, 3, 4 gibt mit der Gleichsetzung von Tötung und Aussetzung nachklassisches Recht wieder; s. etwa Weiß (Anm. 1) 467; Fournier (Anm. 1) 306 Anm. 1; Sachers (Anm. 1) 1093; De Dominiciis, *Satura critica sulle fonti postclassiche*, Studi Volterra I (1971) 540 und Kaser, RP II 204 Anm. 17. — Für die Echtheit Rein (Anm. 22) 443f. und ihm folgend Mau (Anm. 23) 2589.

mals nachweislich ist ein Verbot 374, C. 8, 51, 2 pr.¹⁶¹). Valentinian, Valens und Gratian bedrohen im Februar 374 die Kindestötung mit der Todesstrafe (CTh. 9, 14, 1 = C. 9, 16, 8). Einen Monat später pönalisiert Valentinian den Tatbestand der Kindesweglegung.

C. 8, 51 (52), 2 pr.: Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum prefectum praetorio. Unusquisque subolem suam nutriat, quod si exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est subiacebit¹⁶²).

Valentinian beruft sich auf eine früher festgesetzte Strafe. Aus diesem Grund ist vielfach das Bestehen eines früheren Verbotsgesetzes angenommen worden; Valentinian habe nur angesichts der weiterhin vor kommenden Aussetzungen das Verbot erneuert¹⁶³). Der Gegenmeinung

¹⁶¹) Für ein erstmaliges Verbot im Jahr 374 etwa Affolter (Anm. 1) 67f.; Bang, Herkunft der Sklaven II (Anm. 29) 201; Cameron, The Exposure of Children and Greek Ethics, The Classical Review 46 (1932) 105; Fournier (Anm. 1) 306 Anm. 1; Sachers (Anm. 1) 1093; Buckland/Stein, A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian (3. Aufl. 1963) 103 (zu Buckland siehe auch Anm. 163) und Brunt (Anm. 22) 149; Watson, Roman Slave Law (1987) 17 und Demandt, Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284–565 n. Chr. (HdA III. 6, 1989) 304.

¹⁶²) Unecht nach Solazzi, Scritti di diritto romano V (1972) 172f. = Riv. it.³ 3 (1949) 21f.

¹⁶³) Mit dieser Frage hat sich in der älteren Literatur Platz, Geschichte des Verbrechens der Aussetzung (1876) eingehend auseinandergesetzt. Wenngleich sich seine Anschauung nicht teile, sei sie dennoch kurz dargestellt. Platz nahm eine sehr frühe Verbotssetzung an; es „wäre doch höchst auffallend, wenn die Aussetzung der eigenen Kinder noch zur Zeit – wenigstens des Severus – ganz strafflos gewesen wäre“ (S. 20). Er argumentierte mit Paul. D. 25, 3, 4 und Lact. div. inst. 5, 9, der „den Heiden unter anderen unzweifelhaft gesetzlich strafbaren Handlungen auch Tödtung und Aussetzung der Kinder vorwirft“. Ein weiteres Zeugnis wollte er in den Worten Tertullians (ad nat. 1, 15) gefunden haben. Die Verletzung dieser Gesetze „wurde wahrscheinlich *extra ordinem* – doch wohl kaum mit dem Tode – bestraft“ (S. 20f.). Das erste „wörtlich bekannte und erhaltene Verbot der Kindesaussatzung“ schrieb er Konstantin CTh. 9, 15 und C. 9, 17 zu (S. 12 u. 22). Die Subsumierung der Aussetzung unter das *parricidium arceat* wollte Platz auch in CTh. 11, 27, 1 „*lex quae parentum manus a parricidio arceat*“ erkennen. Aus diesem Grunde habe Konstantin die Wiedereinführung verboten; andernfalls hätte er indirekt die Aussetzung sanktioniert. Außerdem sei nicht anzunehmen, daß jemand durch offene Beanspruchung eines von ihm ausgesetzten Kindes die *poena* provoziert habe. Platz rekonstruierte unter Zugrundelegung seiner Datierung die Gesetzgebung des Konstantin in folgender Weise: Zuerst habe Konstantin der Aussetzung nur mittelbar entgegenzuwirken gesucht; später (nämlich 319) habe er die *expositio* gänzlich verboten (S. 23). – Für ein früheres Verbot – zumeist unter Berufung auf Paul. D. 25, 3, 4 – tritt

zufolge handle es sich bei der *animadversio* (*quae constituta est*) um den Verweis auf die im Februar desselben Jahres ergangene Strafbestimmung für Kindestötung¹⁶⁴). Prämisse für diese These ist eine Subsumierung der *expositio* unter die Tötung. Dieses nachklassische Denken dokumentiert sich in der Interpolation in Paulus D. 25, 3, 4 – *neare* und *exponere* werden einander gleichgesetzt¹⁶⁵) – als auch in der Formulierung einer Konstitution des Jahres 412: *si expositus quodammodo ad mortem* ... Die Verfechter dieser These führen weiters an, daß beide Konstitutionen in kurzem zeitlichem Abstand voneinander an den *praefectus praetorio* Probus gerichtet sind.

Trotz dieser Argumente gibt es keinen sicheren Hinweis für die Art der Strafe in unserer Konstitution¹⁶⁶). Die Aussetzung als Tötung anzusehen, ist problematisch; man denke nur an den Fall, daß das ausgesetzte Kind von einem Dritten aufgenommen worden ist. Das Konzil von Vaison hat sich in Kanon 10 auch mit den kirchlichen Strafen beschäftigt, die

Rein (Anm. 22) 443f. (mit Nachw. zur älteren Lit.) ein; Mau (Anm. 23) 2589 nimmt ein Verbot unter Alexander Severus an. Auch Radin (Anm. 24) 339f. geht von einem frühen Verbot (etwa Mitte des dritten Jahrhunderts) aus. Für ein zeitlich unbestimmtes und nicht beachtetes früheres Verbot Buckland (Anm. 78) 402. An erste gesetzgeberische Schritte in spätklassischer Zeit denkt Krüger, Rez. zu Cornil (Anm. 18) 370. Pugliese (Anm. 1) 642 sieht in den Worten *animadversio quae constituta est* einen möglichen Verweis auf ein zwischen 331 und 374 erlassenes Verbot (s. auch u. Anm. 166).

¹⁶⁴) So schon Lipsius, Opera omnia II (1637) 410 und Nooldt, Iulius Paulus sive de partu expositione et nece apud veteres, Opera omnia I (1760) 463; G. Humbert (o. Anm. 50) 939; Weiß (Anm. 1) 470; Kaser, *Patria potestas* (Anm. 22) 79; Sachers (Anm. 1) 1089 u. 1093; Pritsch-Spies (Anm. 1) 81; Bonafante, Corso di diritto romano I (1963) 112; Ferrini, Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale, Enciclopedia Pessina I (1976) 380f. u. a.

¹⁶⁵) Wir wissen nicht, ob die Kompilatoren diesen Text schon so vorgefunden oder erst selbst in diesem Sinne verändert haben; vgl. Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 214.

¹⁶⁶) Hier teile ich die Ansicht von Cornil, Affolter, Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1, 212ff.), Pugliese u. a.; zweifelnd auch Volterra, NNDI VI, sv. Esposizione dei nati (S. 879). Cornil (Anm. 1) 435 spricht allgemein von Strafe („qui expose un enfant est frappé d'une peine“), Affolter (Anm. 1) 64 von einer öffentlichen Strafe. Pugliese (Anm. 1) 642 hält es für möglich, daß die Strafe ausdrücklich durch eine zwischen 331 und 374 erlassene Konstitution festgesetzt worden sei und weniger schwerwiegend gewesen wäre als die für die Kindestötung angedrohte Todesstrafe; daß die angenommene zwischenzeitliche *constitutio* zur *expositio* fehlt, schließe die Plausibilität der Annahme nicht aus.

denjenigen treffen sollten, der ein neugeborenes Kind aussetzt¹⁶⁷⁾. Dies läßt den Schluß zu, daß es 442 noch keine Strafbestimmung gegeben hat, die die Aussetzung mit dem Tod bestraft; andernfalls hätte sich die kirchliche Diskussion erübrigt¹⁶⁸⁾.

2. Die Rechtsstellung des ausgesetzten Kindes. – Die strafrechtliche Verbotsbestimmung des Valentinian scheint nur die Aussetzung der eigenen Kinder erfaßt zu haben. Die *expositio* des Sklavenkindes blieb erlaubt¹⁶⁹⁾. In § 1 leg. cit. regelt Valentinian die zivilrechtlichen Folgen einer Aussetzung des Sklaven- oder Kolonenkindes¹⁷⁰⁾.

C. 8, 51 (52), 2, 1: Sed nec dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegit: nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit (a. 374).

Honorius und Theodosius wiederholen 412 fast wörtlich das Rückforderungsverbot, CTh. 5, 9, 2:

Impp. Honorius et Theodosius AA. Melitio praefecto praetorio. Nullum dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegit, nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit; si modo testis episcopalis subscriptio fuerit subsecuta, de qua nulla penitus ad securitatem possit esse cunctatio.

Der aussetzende *dominus vel patronus*, der das Kind gewissermaßen dem Tode ausgesetzt hat, wird der Rechte an diesem für verlustig erklärt. Das Kind bleibt bei seinem *nutritor*, der *dominus vel patronus* kann es nicht zurückfordern. Zwar regeln die Imperatoren nicht die Wirkungen der *expositio* eines freien Kindes, das Rückforderungsverbot wird aber durch die Ausdehnung der konstantinischen Vorschriften auf die Aussetzung eines Freigelassenen (indirekt) bestätigt¹⁷¹⁾.

¹⁶⁷⁾ *Sane si quis post hanc diligentissimam sanctionem expositum hoc ordine collectorum repertor vel calumniator extiterit, ut homicida ecclesiastica districtione feriatur.*

¹⁶⁸⁾ Ebenso wenig gibt es Anhaltspunkte, daß sich die kirchlichen Strafen nur auf den Fall der Aussetzung eines Sklaven bezogen haben; vgl. Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 218.

¹⁶⁹⁾ Arg. *suboles*; vgl. Pritsch-Spies (Anm. 1) 81.

¹⁷⁰⁾ Die Zuordnung dieser zivilrechtlichen Bestimmung zur Konstitution von 374 ist mehrfach bestritten worden. Bonfante, Corso I (Anm. 164) 108 Anm. 3 u. 114 und Pritsch-Spies (Anm. 1) 81 glauben an eine Identität von C. 8, 51 (52), 2, 1 und CTh. 5, 9, 2 (a. 412). Diese Zuordnungsproblematik ist aber ein Randproblem und hat keinerlei inhaltliche Auswirkungen. Darüber hinaus bestehen keine gravierenden Zweifel an der Einheit der Konstitution Valentinians, wie sie in C. 8, 51 (52), 2 überliefert ist.

¹⁷¹⁾ Sachers (Anm. 1) 1093 meint, die Konstitution von 412 habe sich auf die

Regelungsinhalt sind die Rechte des Aussetzenden; deshalb schweigt die Quelle darüber, ob dem Aufnehmenden das Wahlrecht von 331 zukommt. Ein solches Wahlrecht wird durch die Formvorschrift wahrscheinlich: Honorius und Theodosius verlangen die Aufnahme des Findelkindes vor dem Bischof und das Verfassen einer Urkunde hierüber. Nach dem bisherigen Stand der Wissenschaft war dies ein Novum des Jahres 412.

Daß diese Bestimmung in der Praxis Probleme aufgeworfen hat, beweisen die Konzilien des fünften Jahrhunderts¹⁷²⁾. Kanon 9 des Concilium Vasense 442 enthält Instruktionen für Bischöfe über das anzuwendende Bezeugungsverfahren.

De expositis, quia conclamata ab omnibus querela processit, eos non misericordiae iam, sed canibus exponi, quos colligere calumniarum metu, quamvis inflexa praeceptis misericordiae mens humana detrectet; id servandum visum est, ut secundum statuta fidelissimorum, piissimorum, augustissimorum principum, quisquis expositum colligit, ecclesiam contestetur, contestationem colligat: nihilo minus de altario dominico die minister annuntiet, ut sciat ecclesia expositum esse collectum, ut infra dies decem ab expositionis die expositum recipiat, si quis se comprobaverit agnovisse: collector pro ipsorum decem dierum misericordiae, prout maluerit, aut ad praesens ab homine, aut in perpetuum cum Deo gratia persolvenda.

Der konstantinischen Norm entsprechend unterscheidet der Text nicht zwischen dem ausgesetzten Freien und Sklavenkind¹⁷³⁾. Die *statuta fidelissimorum, piissimorum, augustissimorum principum* werden als Hinweis auf die Konstitution des Honorius gewertet¹⁷⁴⁾.

3. Der Kindesverkauf. – a) Die Krisenzeiten des vierten Jahrhunderts haben gezeigt, daß es notwendig war, den „Handel“ mit Kindern nicht rigoros zu unterbinden. Hierzu legt CTh. 3, 3, 1

ältere aus dem Jahr 374 bezogen. Verfehlt Weiß (Anm. 1) 470, der C. 8, 51 (52), 2 auf den Vater bezieht.

¹⁷²⁾ Concilium Vasense 442, can. 9 (in Mansi, Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio. Paris 1901, Ndr. Graz 1960. Tom. VI, 455); ähnlich Concilium Arelatense II ca. 452, can. 51 (in Mansi VII, 877); Concilium Agathense 506, can. 24 (in Mansi VIII, 319).

¹⁷³⁾ Dies übersieht Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 217 bei ihrer Erklärung, warum der Text undifferenziert von den *expositi* spricht. Damit erübrigt sich ihre Spekulation, daß es zum Thema Aussetzung noch andere Normen gegeben habe, die uns unbekannt sind.

¹⁷⁴⁾ Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 216.

(a. 391), ein von den Kompilatoren arg beschnittener Text, Zeugnis ab.

Imppp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Tatiano praefecto pratorio. Omnes, quos parentum miseranda fortuna in servitium, dum victum requirit, addixit, ingenuitati pristinae reformetur. Nec sane remunerationem pretii debet exposcere, cui non minimi temporis spatium servitium satisfecit ingenui (a. 391)¹⁷⁵.

Interpretatio: Si quicumque ingenuum pater faciente egestate vendiderit, non poterit in perpetua servitute durare, sed ad ingenuitatem suam, si servitio suo satisfecerit, non reddito etiam pretio revertatur.

Mit eindringlichen Worten heben Valentinian II., Theodosius und Arcadius hervor, daß nur bei Vorliegen echter Not der Kinderhandel tolerierbar sei — *miseranda fortuna parentum, dum victum requirit*. CTh. 3, 3, 1 dehnt die konstantinische Regelung bezüglich Neugeborener auf alle Kinder aus; nunmehr dürfen Kinder jeden Alters von ihren Eltern verkauft werden¹⁷⁶.

Das verkaufte Kind fällt in die Gewalt seines Erwerbers. Der Text läßt jedoch erkennen, daß das Kind zwar unter der Gewalt des Käufers steht, es aber niemals die *ingenuitas* verloren hat¹⁷⁷. Der Verkauf löst sich in eine *locatio operarum* auf; der Erwerber muß sich damit begnügen,

¹⁷⁵ Die Regelung *de patribus qui filios distraherent* ist an den *PP Orientis* gerichtet. Es ist aber nach M. Humbert (Anm. 191) 197 angesichts der besonderen Problematik wahrscheinlich, daß Theodosius oder Valentinian eine Abschrift auch an die *PP* für Italien, Illyrien und Afrika ausgefertigt habe.

¹⁷⁶ Der einzige Unterschied zu CTh. 5, 10, 1 besteht in dem Umstand, daß offensichtlich Kinder jedes Alters verkauft werden dürfen. Dies wird durch die Einordnung der Konstitution in den Titel „*De patribus, qui filios distraherent*“ untermauert. — Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 204 dagegen glaubt an eine generelle Norm des Theodosius, die die spezielle Norm Konstantins (nach der das verkaufte neugeborene Kind Sklave werde und nur gegen Erstattung des Kaufpreises gelöst werden könne) nicht in ihrer Gültigkeit berührte. Das Schweigen bezüglich der konstantinischen Regelung sei die Bestätigung der Ausnahme; diese Argumentation setzt Bianchi Fossati Vanzetti nochmals bei Nov. Val. 33 ein.

¹⁷⁷ Nach PS 2, 18, 1 bewirkt die *locatio operarum* eine Statusänderung: Derjenige, der sich verdingt, wird im Status degradiert, er behält seine aber Ingenuität. Die Statusverschlechterung ist notwendige Folge jener gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung, die Levy, Weströmisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht (1956) 275 mit den Worten „Untertänigkeit statt Vertrag“ gekennzeichnet hat; zustimmend Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (o. Anm. 17) 126. Siehe zu PS 2, 18, 1 auch De Robertis, Lavoro e lavoratori nel mondo romano (1963) 143ff. und Nörr, Zur sozialen und rechtlichen Beurteilung der freien Arbeit in Rom, SZ 82 (1965) 103f.

lediglich die Dienste für eine gewisse Zeit zu erhalten. Die *interpretatio* bekräftigt einmal mehr, daß die Verdingung nicht zur endgültigen und lebenslangen Sklaverei führen konnte — *non poterit in perpetua servitute durare*¹⁷⁸. Sie gesteht demjenigen die Rückkehr zur Ingenuität (im Sinne von Vollfreiheit) zu, der seine Dienstpflicht erfüllt hat — *servitio suo satisfecerit*¹⁷⁹.

Mehr noch: Nach Ableistung der Dienstpflicht kehren die von ihren Eltern verkauften Kinder zu ihrem „voll“freien Status zurück, ohne dem Erwerber ein Lösegeld zahlen zu müssen. Diese Aussage wurde allzu oft mißverstanden: Platz sah hierin eine Erleichterung der Wiedereinlösung¹⁸⁰, Bang glaubte an eine Aufhebung der Lösungsbestimmung des Konstantin durch Theodosius¹⁸¹. Niedermeyer sprach von einem kompromißartigen Fortschritt gegenüber den früheren Erlässen¹⁸². In der neueren Literatur wollte Mayer-Maly es christlichem Einfluß zuschreiben, daß Valentinian, Theodosius und Arcadius 391 die Rückkehr zur Vollfreiheit nicht mehr von der Bezahlung einer Lösungssumme abhängig machen¹⁸³. Auch Humbert las aus CTh. 3, 3, 1 heraus, daß das Kind nunmehr — entgegen dem von Konstantin vorgesehenen Rückkauf — ohne Erstattung des Kaufpreises sowie der Alimentations- und Erziehungskosten frei werden könne¹⁸⁴. Aber das *non minimi temporis spatium servitium* zeigt m. E. eindeutig, daß hier ein anderes Problem erörtert wird als in den konstantinischen Konstitutionen zum Lösungsrecht. *Non minimi temporis spatium* ist kein rhetorischer Kunstgriff, sondern real gemeint: In CTh. 3, 3, 1 hat das Kind seine Dienste — wohl bis zum 25. Lebensjahr¹⁸⁵ — abgeleistet; nach seiner Dienstzeit ist es frei.

¹⁷⁸ Hierzu Willvonseder (u. Anm. 191) 536f.

¹⁷⁹ Diese Aussage könnte auf der Vorstellung einer Höchstdauer der Dienstpflicht beruhen, eine solche ist aber nicht ausgedrückt. Die *Lex Romana Curiensis* 3, 3 (zur Edition unten Anm. 197), eine *interpretatio* zu CTh. 3, 3, 1, geht von einer festen Grenze aus: *legitimum tempus servitutis*. Zu dieser Frage: Willvonseder (Anm. 191) 535f.

¹⁸⁰ O. Anm. 22, 16.

¹⁸¹ Bang, Die Herkunft der römischen Sklaven II (Anm. 29) 205.

¹⁸² O. Anm. 78, 394.

¹⁸³ Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 139f. und 145; Kaser, RP II 205 spricht unter Hinweis auf Mayer-Maly von einer Rückkehr zum älteren Zustand, der sich unter dem Einfluß von kirchlichen Verboten vollzogen habe.

¹⁸⁴ M. Humbert (u. Anm. 191) 197.

¹⁸⁵ Die Vermutung, daß damit in Analogie zur Regelung beim Loskauf von Kriegsgefangenen (CTh. 5, 7, 2) fünf Jahre gemeint seien — so Gothofredus,

Sowohl CTh. als auch die *interpretatio* hierzu begründen dieses Freiwerden ohne jegliche Zahlung mit der Nutzung der Arbeitskraft des Verkäufers, die dem Käufer zugefallen ist. CTh. 5, 10, 1 und C. 4, 43, 2 diskutieren dagegen die Lösung (im Sinne eines „Rückkaufes“) vor Ableistung der *operae* – nämlich *post seriem annorum*.

CTh. 3, 3, 1 geht zwar nicht auf die vorzeitige Lösung ein, erlaubt jedoch einen Umkehrschluß: Da die Konstitution von einem Preis spricht, der nach Ableistung der Dienste nicht zurückerstattet werden muß, können wir annehmen, daß eine Lösung vor Ableistung der *servitia* nur gegen Erstattung eines solchen Ausgleiches möglich war. Der Grundgedanke liegt offen zutage: Hat der Freie die Dienstzeit nicht erfüllt, so muß ein Entgelt gezahlt werden, um ihn in die Vollfreiheit zurückzuführen¹⁸⁶.

Aus diesem Grunde liegt in der Anordnung des Honorius und Theodosius von 419, Const. Sirm. 5, keine „Rückkehr“ zu einem erschwerten Lösungsrecht¹⁸⁷. Im Gegensatz zu CTh. 3, 3, 1 ist das Thema von Const. Sirm. das „Rückkaufs“recht, d. h. die vorzeitige Auslösung des verkauften Kindes.

DD. NN. Honorius et Theodosius AA. ad Proiectum consularem. Inverecunda arte defenditur, si hi ad condicionem vel originem repossuntur, quibus tempore famis, cum in mortem penuria cogerentur, opitulari non potuit dominus aut patronus. Porro autem iniquum est, si expensis alterius servatum hominem in lucem quisque sibi obnoxium quocumque titulo sperans audeat vindicare. Itaque magnificentia tua inspecta serie de his, qui per necessitatem aut comparati sunt aut fortasse collecti, in eorum dominum eos faciat perdurare; aut si ab aliquo flagrantur, enumerata duplici pecunia, quae data est, pretii nomine adque expensarum habita ratione, ita demum ad vindicantis auctoritatem eos redire permittimus, ne sit miserum ita exhibuisse alimoniam morienti, ut servatus in vitam postea commodis alterius in dispendio alterius prosit.

Die in Const. Sirm. 5 überlieferte *epistula* richtet sich an Proiectus und gibt Antwort auf eine entsprechende Anfrage des Statthalters. Thema

ad h. 1.; in der modernen Lit. etwa Remy, Des enfants abandonnés en droit Romain et en droit Français (1886) 72f.; Affolter (Anm. 1) 57 und Pritsch-Spies (Anm. 1) 80 Anm. 27 –, ist durch die jüngste Forschung widerlegt worden. Zum 25. Lebensjahr sogleich C. 3. b.

¹⁸⁶ In diesem Sinn Affolter (Anm. 1) 57 (mit einer Diskussion zur Lesung von Gothofredus und Mommsen); nicht richtig Kaser, RP II 131 Anm. 24, wonach das Kind jederzeit ohne Entschädigung zurückgefordert werden könne.

¹⁸⁷ Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 140, der die Bestimmung des CTh. 3, 3, 1 eine kurzlebige Regelung nennt (ebenda S. 145).

scheint die Lösung des verkauften Kindes durch den *dominus vel patronus* zu sein¹⁸⁸. Dem Kindeskauf wird die *collectio* zur Seite gestellt¹⁸⁹.

Einleitend schildert der Kaiser die einander widersprechenden Interessen. Um diesen Interessenskonflikt zu lösen, weist Honorius das *dominium* an dem Kind dem Erwerber zu. Dieses „Eigentum“ wirkt offensichtlich gegen jeden Dritten, weicht aber der stärkeren Position des Verkäufers. Dem *dominus* oder *patronus* wird ein Lösungsrecht eingeräumt: Derjenige, der den *homo* zurückfordert, muß den doppelten Kaufpreis (!) zuzüglich der Aufwendungen erstatten¹⁹⁰.

Dem Proiectus wird die Epistel aus seiner Anfrage heraus verständlich gewesen sein. Uns erscheint der Text dunkel, die Lösungsbestimmung unklar. Wichtige Sachverhaltselemente bleiben ungenannt. Mehrere Prinzipien überschneiden einander; die Gleichbehandlung von verkauftem und ausgesetztem Kind – die im allgemeinen hervorzuheben ist –

¹⁸⁸ Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 210 bestreitet, daß sich diese Konstitution auf den Verkauf von Kindern durch ihre Eltern bezieht; anders etwa Biondi, DRC 3 (Anm. 149) 32; Mayer-Maly, Notverkaufsrecht (Anm. 17) 140; Nardi (o. Anm. 149, estr.) 39.

¹⁸⁹ Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 210 sieht in dieser Gleichsetzung nur die Bekräftigung des konstantinischen Prinzips, wonach der Aufgenommene in die Gewalt des Aufnehmers gelangt.

Vielleicht bietet uns Const. Sirm. (sofern kein Textverderbnis vorliegt) erstmals nach der Reform von 331 einen Beleg für die Lösung eines ausgesetzten und durch den Aufnehmenden nicht versklavten Findelkindes (s. nächste Anm.), vielleicht liegt hier eine abweichende Regelung (für den Westen des Reiches, vgl. Volterra, Anm. 1, 475ff.) vor.

¹⁹⁰ Bianchi Fossati Vanzetti (Anm. 1) 210f. bezieht die Regelung des Rückkaufs im letzten Teil nur auf das verkaufte Kind (im doppelten Kaufpreis sieht sie eine Anwendung der Eviktionshaftung des Verkäufers). Schon im ersten Satz bestätigte der Kaiser das Rückkaufsrecht; abschließend stelle Honorius die Verbindung zum ersten Teil her, indem er nochmals auf die Lösung hinweist. – Diese Darstellung hat viel für sich, sie ist aber nicht zwingend. M. E. ließe sich die Lösungsregelung teilen: Die Rückerstattung des doppelten Kaufpreises könnte sich auf das verkaufte Kind beziehen (der Aufwandsersatz scheint pauschaliert abgegolten; siehe das oben ad B.1.b dargestellte Modell 1.2 sowie das *simphum* und die *adiectio quintae* in Nov. Val. 33), der Ersatz der Aufwendungen hingegen auf das ausgesetzte (nicht versklavte) Kind. Folgt man dieser Interpretation, wäre Const. Sirm. 5 ein wichtiger Beleg für die Rechtsstellung eines Findelkindes, das vom *collector* nicht als Sklave oder nicht entsprechend den Formvorschriften von 412 angenommen worden ist. § 98 der Sententiae Syriacae berichtet, daß das nicht versklavte Findelkind die Erbringung von *operae* schuldet; ob nach der konstantinischen Regelung eine vorzeitige Lösung des Kindes aus den *servitia* möglich war, wissen wir nicht.

stört hier das Verständnis. Aus diesen Gründen läßt m. E. diese Konstitution keine beweiskräftigen Aussagen zu.

b) Zwei von Divjak neu aufgefunden Briefe des hl. Augustinus bereichern unser Wissen über den Verkauf von Kindern¹⁹¹). Der 24. Brief, gerichtet an Eustochius, ist eine Bitte um juristische Auskunft. Augustinus war aufgrund seiner richterlichen Tätigkeit mit Problemen, die sich aus dem Kinderverkauf ergaben, konfrontiert. Unter anderem stellte sich folgende Frage: Können freie Väter ihre Kinder (*filii*) in dauernde Knechtschaft (*servitus perpetua*) verkaufen¹⁹²)? Augustinus vermengt dabei scheinbar die Verdingung (bzw. Vermietung) eines Kindes und die Veräußerung in die Sklaverei. Daß dem nicht so ist, erweist seine eigene Aussage:

Ep. 24, 1, 3–5: Quid etiam de his, quorum patres definitio numero annorum *operas vendunt*? Quaero enim, utrum defunctis uenditoribus patribus eundem annorum numerum cogantur implere an eorum a quibus *venditi* uel *potius* quodammodo *locati* fuerant, morte liberantur ... Quaero etiam utrum liberi patres possunt *vendere* filios in *perpetuam servitutem* et utrum matres possint uel *operas* vendere filiorum....

Im 10. Brief (a. 422/423¹⁹³) erzählt Augustinus vom verbrecherischen Ankauf freier Menschen zu Sklavendiensten, den er wegen seines Ausmaßes als „afrikanisches Übel“ bezeichnet¹⁹⁴).

¹⁹¹) Ediert sind diese Briefe in CSEL 88, Sancti Aurelii Augustini opera. Sect. II Pars VI. Epistulae ex duobus codicibus nuper in lucem prolatae, hrsg. Divjak (1981). Beide Briefe sind auch in Fuhrmann-Liebs (Hrsg.), *Exempla Iuris Romani*. Römisches Rechtstexte (1988) unter den Nr. 7 und 34 wiedergegeben worden. Einen ausführlichen Kommentar bieten Willvonseder, „XV *annorum operae*“, SZ 100 (1983) 533–541 und Michel Humbert, Enfants à louer ou à vendre: Augustin et l'autorité parentale (Ep. 10* et 24*), Les lettres de Saint Augustin découvertes par Johannes Divjak, Communications présentées au colloque des 20 et 21 Septembre 1982 (1983) 189–204.

¹⁹²) Die Fragestellung mag in Hinblick auf Ep. 10* überraschen. Die Frage bezieht sich jedoch nicht auf die Gültigkeit eines Kaufvertrages, aus dem die Sklaverei folgt; Ausgangspunkt ist die Vermietung des Kindes über eine bestimmte Zeit hinaus- bis hin zur unbefristeten Verdingung. Folgende Probleme gilt es zu lösen: Gibt es eine Vermietung auf unbegrenzte Zeit? Führt die unbegrenzte Vermietung der Arbeitskraft zur Versklavung? Ist die dauernde Vermietung nicht gleichbedeutend mit dem Verkauf *ut servus*, der durch die römischen Gesetze verboten ist? Wo liegt die Grenze zwischen der an sich gültigen, zeitlich nicht bestimmten Vermietung und dem verbotenen Verkauf in die Sklaverei? — Vgl. die Ausführungen von M. Humbert (vor. Anm.) 192f.

¹⁹³) Zur Datierung Divjak (Anm. 191) S. LXVI.

¹⁹⁴) Augustinus ep. 10* legt in eindrucksvoller Weise Zeugnis zum Kindesraub

Ep. 10, 2, 1 und 2, 2: Tanta est eorum qui vulgo mangones uocantur in Africa multitudo, ut eam ex magna parte humano genere exhaustiant transferendo quos mercantur in provincias transmarinas et paene omnes liberos. nam uix pauci reperiuntur a parentibus uenditi quos tamen non ut leges Romanae sinunt, operas uiginti quinque annorum emunt isti, sed prorsus sic emunt ut seruos et uendunt trans mare ut seruos; ueros autem seruos a dominis omnino rarissime.

Einige der Betroffenen, freie römische Bürger, sind von ihren Eltern verkauft worden. Augustinus geht zu Recht davon aus, daß Väter über die Arbeitskraft ihrer Kinder verfügen können; diese Verfügung erscheint als Ausfluß der väterlichen Gewalt¹⁹⁵). Nach den *leges Romanae* ist es — wie Augustinus selbst ausführt — erlaubt, *XV annorum operas* *emere*¹⁹⁶). Der Käufer erwirbt das Recht, für eine bestimmte Zeit über die Arbeitskraft des Kindes zu verfügen; er kann das Kind aber weder als Sklaven behandeln noch wie einen Sklaven weiterveräußern. Die Sklavenhändler haben jedoch nicht die *operae*, sondern die Kinder wie Sklaven erworben und sie zudem als solche *trans mare* verkauft.

Die *leges Romanae* nennen mit *XV annorum operae* die höchste noch zulässige Dauer einer Verdingung. Willvonseder versteht dies zu Recht als eine Verdingung bis zum 25. Lebensjahr. Die Zahl von 25 Jahren ist im römischen Recht nur im Umfeld der Großjährigkeit von Bedeutung und betrifft auch hier eben diese. Bei der Interpretation des Augustinusbriefes bietet sich als Schlüsselstelle die Lex Romana Curienensis 4, 8, 2 an. Als *interpretatio* zu CTh. 4, 8, 6 bestimmt sie, daß ein verkaufter Kind zwischen dem 25. und 30. Lebensjahr ohne Ersatzleistung von der Dienstverpflichtung freikommen kann; bis zum 25. Lebensjahr trifft es die Verpflichtung zur Ableistung der Dienste¹⁹⁷). In Entsprechung zur

im beginnenden fünften Jahrhundert ab; hierzu Lepellet, La crise de l'Afrique romaine au début du Ve siècle d'après les lettres nouvellement découvertes de saint Augustin, CRAI 1982, 445–463; Rougé, Esclavage et brigandage en Afrique romaine au temps de saint Augustin (Ep. 8* et 10*), Les lettres de Saint Augustin découvertes par Johannes Divjak, Communications présentées au colloque des 20 et 21 Septembre 1982 (Paris 1983) 177–188; Szidat, Zum Sklavenhandel in der Spätantike (Aug. epist. 10*), Historia 34 (1985) 360–371 (mit weit. Lit. in Anm. 1).

¹⁹⁵) Vgl. die von Augustinus aufgeworfene Frage, ob ein Vater nur über die Dienste des Kindes für jene Zeit verfügen könne, für die sie ihm zustehen. Muß das Kind nach dem Tod seines Vaters die vereinbarte Zeit abdienen oder wird es als *persona sui iuris* von dieser Verpflichtung frei?

¹⁹⁶) Vgl. ep. 24, 1, 3: ... patres definitio numero annorum *operas vendunt*...

¹⁹⁷) Lex Romana Curienensis 4, 8, 2: *Infans, qui in minorem aetatem, si uenditus fuerit, licet ei post XV annus aetate suae de sua ingenuitate proclamare debent*

Gesetzgebung Konstantins¹⁹⁸) hat sich eine Vertragspraxis gebildet, wonach Väter über die Dienste ihrer Kinder höchstens bis zu dem Zeitpunkt verfügt haben, ab dem die Freiheit des Kindes durch die weitere Erbringung dieser Dienste gefährdet gewesen wäre¹⁹⁹.

Wir können somit festhalten, daß zu Beginn des fünften Jahrhunderts der „Verkauf“ eines Kindes möglich war, doch konnte und sollte er nicht in die dauernde Sklaverei führen, sondern nur eine Dienstpflicht begründen, die mit dem 25. Lebensjahr endete. Diese Kinder genossen nicht die volle Freiheit, es wurde ihnen aber eine Stellung eingeräumt, die sie vom Sklavenstand trennte. Sie bildeten eine „Mischgruppe“²⁰⁰) oder, umgekehrt in das klassische Recht: sie standen *in mancipio*.

c) Während einer Hungersnot im Winter 450/51 kam es in Italien vermehrt zu Verkäufen von Kindern. Deshalb war es notwendig geworden, daß Valentinian III. die Unverjährbarkeit der *libertas* und *ingenuitas* wieder bekräftigte (Nov. 33, a. 451)²⁰¹). Die Konstitution ist ein leidenschaftliches Plädoyer gegen den Kinderhandel an sich und für die Freiheit verkaufter Kinder:

... Igitur libero statui, cui specialiter sapientissimi conditores iuris legesque voluerunt esse consultum, nullum praeiudicium patior inrogari. Renovans statuta maiorum venditionem censo submoveri, quam praedicta fames de ingenuis fieri persuasit ...

Die Entscheidung selbst ist wesentlich klarer und härter formuliert als die des Theodosius. Nur ausnahmsweise – im Fall der Not – ist ein Verkauf möglich²⁰²). Verkaupte Kinder fallen nicht unter das Joch der

ut ante XXX annus se de servitio liberet; si hoc fecerit, sine omni precio se de servitio liberare potest; nam post XXX annus hoc facere non potest (zitiert nach Edition von Meyer-Marthaler, Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, XV. Abt., 1. Teil, 1. Bd., 2. Aufl. 1966, S. XLVIff.).

¹⁹⁸) CTh. 4, 8, 6; hierzu oben II. B. 2. a.

¹⁹⁹) Willvonseder (Anm. 191) 534f. u. 541; zu diesem Ergebnis kommt auch – unabhängig von Willvonseder – M. Humbert (Anm. 191) 200f.

²⁰⁰) M. Humbert (Anm. 191) 191 prägt den Begriff einer „catégorie hybride“.

²⁰¹) Vgl. die Berufung auf die früheren Normen.

²⁰²) Anders Wierzbowski, Inhalt der Vatergewalt im römischen nachklassischen Recht. Die Gewalt über die Personen der Kinder (1977, in polnischer Sprache); siehe die Rezension von Kupiszewski, SZ 96 (1979) 393–397. Wierzbowski (S. 114ff.) meint, daß Valentinian den Vorschlag des Aetius, alle Verkäufe für ungültig zu erklären und die Verkäufe in den früheren Zustand zu restituieren, mißbilligt habe. „Aetius war vermutlich der Meinung, daß der Notverkauf des Freien seinen Status nicht ändert. Der Kaiser hielt diesen Grundsatz für geltend nur in bezug auf die Notverkäufe in der letzten Hungers-

Sklaverei, wohl aber erleiden sie eine *mutatio status*: Sie stehen vorübergehend unter der Gewalt des Erwerbers. Valentinian verlangt zum Zwecke der Auslösung die Erstattung des einfachen Kaufpreises und der *adiectio quintae*²⁰³). An der Existenz eines *ius retentionis* des Käufers besteht kein Zweifel.

... ita sane, ut emptor pretium sub quintae adiectione recipiat, hoc est, ut quinto solido unus addatur, decimo duo, similiter crescente numero quamcumque summam venditio facta designat. Ita fit, ut neque illum rebus addictis et despectis emisse paeniteat, qui amplius recepit quam ad pretium dederat, nec pereat sub tanta clade distracta libertas.

Abschließend beschäftigt sich Valentinian III. mit dem Verkauf freier Personen an Barbaren bzw. *trans mare*:

Si quis sane barbaris venditionem prohibitam fecerit vel emptum ingenuum ad transmarina transtulerit, sciat se sex auri uncias fisci viribus inlatum.

Da die verkauften Kinder in diesem Fall rechtlich in die Sklaverei fallen und eine Lösung vereitelt wird, pönalisiert Valentinian ein solches Verhalten; es wird mit sechs Unzen Gold geahndet²⁰⁴).

4. Tendenzen in der Gesetzgebung des ausgehenden vierten und des fünften Jahrhunderts (Zwischenresümee). –

a) Im Bereich der *expositio* gab es keine Änderungen. Die konstantinische Regelung in CTh. 5, 9, 1 blieb in der nachklassischen Zeit die grundlegende Norm. Die Gesetzgebung in dieser Epoche beschränkte sich darauf, diese Regelung zu bestätigen und zu erläutern²⁰⁵).

not. Sonst, scheint es, war er der Meinung, daß der Verkauf des Freien zur Sklaverei führen kann“ (Kupiszewski ebenda 396).

²⁰³) Der Fünftel-Zuschlag stellt eine Pauschalierung des Aufwandsersatzes dar (= Modell 1.2, oben II.B.1.b). Diese *adiectio quintae* beweist nach Buckland (Anm. 78) 421f., daß das Thema dieser Novelle der Verkauf älterer Kinder und nicht von Neugeborenen ist. Ein realer Preis für *sanguinolenti* scheint absurd und wäre wohl so gering, daß der 20%-Zuschlag keineswegs als pauschalierter Ersatz für die Alimentationskosten verstanden werden könne. – Falsch Härtel, Die Novellen Valentinians III. als wichtige zeitgenössische Quelle, Studi Sanfilippo I (1982) 239, wonach der Käufer den 20%-Aufschlag aus der Staatskasse erhalte.

²⁰⁴) Augustinus ep. 10* läßt uns wissen, daß Honorius noch andere Strafen vorgesehen hatte: ... *imperator Honorius ad praefectum Hadrianum legem dedit huiusmodi cohens mercaturas talisque impietatis negotiatores plumbo cohendos et proscribendos et in exilium perpetuum censuit esse mittendos* ... (ep. 10, 3, 5).

²⁰⁵) Vgl. etwa die Anwendung der konstantinischen Norm auf die Aussetzung eines Kolonenkindes durch den Eigentümer, C. 8, 51 (52), 2, 1 und Const. Sirm. 5.

b) Konstantin hatte noch grundsätzlich an dem diokletianischen Veräußerungsverbot festgehalten. Nur der Verkauf des neugeborenen Kindes war ausnahmsweise – unter Beachtung festgeschriebener Modalitäten – erlaubt. In den Notzeiten des vierten und fünften Jahrhunderts gewann der Kindesverkauf an praktischer Bedeutung. Das Problem verschärfte sich insofern, als jetzt vielfach ältere Kinder, noch dazu in lebenslange Knechtschaft veräußert wurden. Dies zwang die römischen Imperatoren, die Ausnahmeregelung des Konstantin zu verallgemeinern und den Kindesverkauf für den Fall der Not zu erlauben, ohne Einschränkung auf ein bestimmtes Kindesalter.

Der Verkauf führte nicht zur Versklavung des Kindes, sondern bewirkte eine Verdingung für eine bestimmte Zeit. Aus diesem Grund blieb der Verkauf eines Kindes über das Meer verboten. Die Gesetzgebung bemühte sich um die Hintanhaltung von Exzessen und Verhinderung einer mißbräuchlichen Ausübung des Verkaufsrechtes.

Dem Verkäufer war eine Auslösung des verkauften Kindes gegen eine Ersatzleistung möglich; in der Frage der Berechnung zeigten sich differierende Standpunkte. Der Rückforderung ohne Ausgleichszahlung stand ein *ius retentionis* des Erwerbers entgegen. Kam es zu keiner vorzeitigen Lösung des Kindes, so wurde dieses erst mit Ableistung seiner Dienstpflicht frei. Die Verdingung schien ursprünglich nur bis zum 20. Lebensjahr, später jedoch bis zum 25. Lebensjahr möglich gewesen zu sein.

Die Gesetzgebung des vierten und fünften Jahrhunderts hielt weitestgehend an den konstantinischen Grundsätzen fest und führte – ausgehend von der Ausdehnung auf alle Kinder – nur in Randbereichen Modifikationen durch.

D. Die Gesetzgebung des Justinian:

1. Die Kindesweglegung. – a) Justinian dehnt die Verbotsbestimmung von 374 auf den *dominus* aus, der den *partus ancillae* aussetzen läßt. Die Aussetzung neugeborener Kinder wird im justinianischen Recht als Mord qualifiziert²⁰⁶).

b) Wie schon Konstantin, so macht auch Justinian keinen Unterschied zwischen dem frei geborenen Findling und dem weggelegten Sklavenkind. Die Rechtsanschauung des Justinian ist allerdings eine andere als die seiner Vorgänger: Das ausgesetzte Kind, unabhängig von

²⁰⁶ Nov. 153, praefatio (a. 541): ... *ut quos in ipsis vitae primordiis morti tradiderint ... Quoniam igitur eiusmodi indignitas multa simul complectitur crimina, caedem et calumniam. ...*

Geschlecht und Abstammung, darf nicht in die Sklaverei gezogen werden²⁰⁷).

C. 8, 51 (52), 3: Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. Sancimus nemini licere, sive ab ingenuis genitoribus puer parvulus procreatus sive a libertina progenie sive servili condicione maculatus expositus sit, eum puerum in suum dominum vindicare sive nomine domini sive adscripticiae sive colonariae condicionis: sed neque his, qui eos nutriendos sustulerunt, licentiam concedi penitus (cum quadam distinctione) eos tollere et educationem eorum procurare, sive masculi sint sive feminae, ut eos vel loco libertorum vel loco servorum aut colonorum aut adscripticiorum habeant. (1) Sed nullo discrimine habito hi, qui ab huiusmodi hominibus educati sunt, liberi et ingenui appareant et sibi adquirant et in posteritatem suam vel extraneos heredes omnia quae habuerint, quomodo voluerint, transmittant, nulla macula vel servitutis vel adscripticiae aut colonariae condicionis imbuti: nec quasi patronatus iura in rebus eorum his qui eos susceperunt vel susceperint praetendere concedi, sed in omnem terram, quae Romanae dicioni supposita est, haec obtinere. ... (a. 529).

Damit ist jedem Findelkind die Freiheit gesichert. Selbst das mit Wissen seines *dominus* ausgesetzte neugeborene Sklavenkind wird nicht mehr länger herrenlos, sondern ein Freier²⁰⁸); wird es von seinem Finder als Sklave behandelt, steht ihm die *adsertio libertatis* zu. Der Finder hat keine Rechte an diesem Kind. Sein Verhalten ist aus dem *officium pietatis* heraus zu erklären, und dieses verbietet, daß er Vorteile aus der Aufnahme zieht²⁰⁹).

Dies hat Justinian im selben Jahr neuerlich bekräftigt²¹⁰); in Nov. 153

²⁰⁷ Aus diesem Grund sucht man die Konstitution des Konstantin von 331 und die des Honorius aus 412 (CTh. 5, 9, 2) vergeblich im Codex Iustinianus.

²⁰⁸ Vgl. Nov. 22, cap. 12 (a. 536): Wer seinen kranken Sklaven fortschickt oder vernachlässigt, den nötigen Unterhalt und Arzneien verweigert, gibt seinen *animus possidendi* auf. Der Sklave gilt als *pro derelicto*, jedoch in dem Sinne, daß er nur seinem eigenen, aber keinem fremden Willen unterworfen ist. So das Edikt des Claudius, s. oben Anm. 61.

²⁰⁹ C. 8, 51 (52), 3, 2: *Neque enim oportet eos, qui ab initio infantes abegerunt et mortis forte spem circa eos habuerunt, incertos constitutos, si qui eos susceperunt, hos iterum ad se revocare conari et servili necessitati subiugare: neque hi, qui eos pietatis ratione suadente sustulerunt, ferendi sunt denuo suam mutantes sententiam et in servitutem eos retrahentes, licet ab initio huiusmodi cogitationem habentes ad hoc prosiluerint, ne videantur quasi mercimonio contracto ita pietatis officium gerere.*

²¹⁰ Vgl. C. 1, 4, 24: Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. *Nemini licere volumus, sive ab ingenuis genitoribus puer parvulus procreatus sive a libertina progenie sive servili condicione maculatus expositus sit, eum puerum in suum dominum vindicare sive nomine domini sive adscripticiae sive colonariae condicionis: sed neque*

(a. 541) bestätigt er die Freiheit des weggelegten Sklavenkindes. Nur wenn das von einer Sklavin geborene Kind ohne Wissen oder gegen den Willen seines *dominus* ausgesetzt worden ist, gestattet Justinian dem Eigentümers den Beweis, daß dieses Kind unter seine Herrschaft gehöre²¹¹).

2. Der Kindesverkauf. — Die wenigen quellenmäßigen Hinweise auf den Kindesverkauf lassen in der Gesetzgebung Justinians mehrere Maßnahmen erkennen²¹²). Die erste Stoßrichtung führt zu einer mehrfachen Einschränkung des Kinderhandels: Als alleinige *causa* ist der Kauf erlaubt; die unentgeltliche Hingabe bewirkt ebensowenig wie die Aufnahme eines Findelkindes. Ferner dürfen nur mehr neugeborene Kinder verkauft werden (— hier knüpft Justinian an der konstantinischen Reform an —) und drittens werden nur die aus der Not heraus verkauften Kinder dienstpflchtig. Der zweite Maßnahmenbereich greift das Widerrufsrecht auf, das stark erweitert wird: Nicht nur die Eltern können die Auslösung durchsetzen, sondern auch das verkaufte Kind selbst und sogar jeder Dritte. Die Lösung wird — wie schon unter Konstantin — an die Erstattung des Preises oder die Stellung eines Ersatzsklaven gebunden²¹³).

his, qui eos nutriendos sustulerunt, licentiam concedi penitus (cum quadam distinctione) eos tollere: sed nullo discrimine habito ii, qui ab huiusmodi hominibus educati vel nutriti vel aucti sunt, liberi et ingenui appareant et sibi adquirent et in posteritatem suam vel extraneos heredes omnia quae habuerint, quo modo voluerint, transmittant. haec observantibus non solum praesidibus provinciarum, sed etiam viris religiosissimis episcopis (a. 529).

²¹¹) Diesen Endpunkt der Entwicklungsgeschichte hat Pugliese (Anm. 1) 644 einfach und treffend zugleich dargestellt: „.... le disposizioni giuridiche al riguardo finirono nel loro insieme per costituire riconoscimento e garanzia del diritto dell'esposto alla vita e alla libertà.“

²¹²) C. 4, 43, 2. Vgl. die Entrüstung, mit der Justinian von den *venditiones in liberas personas figuratae* im klassischen Emanzipationsformular spricht, C. 8, 48, 6 (a. 531).

²¹³) Die Haltung Justinians läßt sich insbesondere aus der Art und Weise, in der er die Konstitution Konstantins in C. 4, 43, 2 verändert hat, erkennen. Deshalb wurde in der Vergangenheit wiederholt die Frage aufgeworfen, ob nicht Justinian die Notlage in C. 4, 43, 2 dem Konstantin in den Mund gelegt habe. Ähnliches gilt vielleicht für die Erweiterung der Lösungsberechtigten in C. 4, 43, 2. Geht man von der Identität beider Texte aus, so muß Justinian den die Weiterveräußerung betreffenden Teil des konstantinischen Gesetzes gestrichen haben. Siehe Affolter (Anm. 1) 65f. und Kunkel, *Auctoratus* (o. Anm. 16) 225.

III. §§ 77, 98 Sententiae Syriacae

A. Der Inhalt von § 77:

1. Der Status des Findelkindes — Erbringung von *operae*. — In § 77 geht es um die Aufnahme ausgesetzter freier Kinder; die Aufnahme erfolgt formlos. Das Findelkind bleibt frei; seine Rechtsstellung wird jener von verkauften Kindern geglichen haben. Hier führt § 65 Sent. Syr. weiter:

Ein Vater, der seinen Sohn verkauft, kann ihn (dadurch) in gar nichts mindern, wie einer, der ihn in die Sklaverei geben würde.

Der Verkauf berührt nicht den freien Status des Verkauften. Das veräußerte Kind wird nicht Eigentum des Erwerbers, es sinkt nicht in den Sklavenstand ab — in diesem Sinne kann der Vater seinen Sohn „in nichts mindern“. Die Sentenzenbestimmung § 65 stimmt hierin mit den diokletianischen Konstitutionen sowie mit PS 5, 1, 1 (an dessen Wortlaut unser Text erinnert) überein. Letztere Quelle zeigt, daß die Veräußerung zu einer Verdingung der *operae* führt²¹⁴).

Von einer solchen Verdingung ist in § 77 (und wohl auch in § 98 erste Variante) auszugehen. Der „Dienst“ (und in diesem Sinne die „Schuld, Sklavenarbeit zu erbringen“, § 98) beschreibt einen bestimmten Status des Kindes, nicht die reale Dienstleistungspflicht bzw. Sklavendienste. Es ist wahrscheinlich das vom CTh. und den Paulussentenzen verwendete *servitium*²¹⁵).

§ 77 (und ebenso § 98) begrenzt die zeitliche Dauer der Dienstverpflichtung. Das aufgenommene Kind verbleibt nicht lebenslänglich in dem der Sklaverei ähnlichen Status. Nach 20 Jahren enden die Rechte des Aufnehmenden, und das Kind erlangt wieder die „Voll“freiheit.

2. Lösungsrecht und Zurückbehaltungsrecht. — Die Sententiae Syriacae kennen ein Lösungsrecht. Das Kind hat bereits zehn Jahre lang Dienste geleistet. Nunmehr soll das Kind aus den Dienstpflichten gelöst, von der Sklavenarbeit befreit werden. Der wieder gegebene Text ist wohl die Entscheidung auf eine konkrete Anfrage. Es fehlt deshalb ein Hinweis auf die Person des Lösungsberechtigten. Sind es die Eltern, die das Kind ausgesetzt haben? Oder ist es ein Dritter, der hier auftritt? Es bleibt auch unklar, ob hier eine *vindicatio in libertatem* oder in *potestatem* diskutiert wird.

²¹⁴) Eine solche Verdingung der *operae* ist in anderen Quellen belegt, etwa CTh. 3, 3, 1 und Augustinus ep. 10*.

²¹⁵) CTh. 5, 10, 1 (ebenso in C. 4, 43, 2); CTh. 3, 3, 1; PS 5, 1, 1 und 2, 18, 1.

Ausgelöst werden kann das Kind nur gegen Ersatz der dem *nutritor* erwachsenen Aufwendungen. Hierbei handelt es sich wohl um jene Aufwendungen, die auf den Unterhalt, die Erziehung und Ausbildung des Kindes getätigt worden sind. Von der Leistung eines *alius* oder eines Ersatzsklaven anstelle einer Geldzahlung, wie dies aus CTh. 5, 10, 1 und C. 4, 43, 2 hervorgeht, ist in unserer Stelle nicht die Rede.

Wenn § 77 formuliert, der *nutritor* könne seine Aufwendungen erlangen oder das Kind in seinem Dienst halten, so wird damit nicht eine Wahlmöglichkeit, sondern das Gegenrecht des Aufnehmenden im Sinne eines Zurückbehaltungsrechtes ausgedrückt. Der *nutritor* kann so lange die Herausgabe des Kindes verweigern, bis ihm seine Aufwendungen ersetzt werden. Der Ziehvater kann dieses Retentionsrecht in dem § 77 zugrunde liegenden Fall zehn Jahre lang durchsetzen; nach diesen weiteren zehn Jahren endet wegen des Ablaufes der Dienstverpflichtung auch sein Retentionsrecht²¹⁶.

Diese Problematik ist für das dritte und vierte Jahrhundert belegt, dennoch wissen wir sehr wenig über das Lösungsrecht in diesem uns interessierenden Zeitraum. 224 gesteht Alexander Severus dem *dominus* die Vindikation zu, wenn das Sklavenkind ohne sein Wissen oder gegen seinen Willen ausgesetzt worden ist. Er muß jedoch dem Besitzer die Aufwendungen ersetzen²¹⁷. Diokletian billigt dem Vater, der seine Tochter ausgesetzt hat, die Geltendmachung seiner *potestas* zu; im Einzelfall trifft ihn jedoch die Verpflichtung, die Verwendungskosten des Beklagten zu erstatten²¹⁸. Ein Lösungsrecht ist für die konstantinische Zeit – abgesehen vom Kindesverkauf – nur durch eine umstrittene Textpassage in CTh. 5, 10, 1 belegt. § 77 Sent. Syr. führt hier weiter als alle bislang bekannten Texte.

B. Der Inhalt von § 98:

1. Das Wahlrecht des collector. – § 98 der Sententiae Syriacae normiert das durch CTh. 5, 9, 1 (a. 331) und das SRR bezugte Wahlrecht des Aufnehmenden. Der Status des Findelkindes folgt aus der Entscheidung des Pflegevaters: Er darf das Kind nach seinem Belieben als eigenes behandeln oder in die Sklaverei ziehen.

²¹⁶ Zu der zeitlichen Begrenzung der Dienstverpflichtung des Findelkindes siehe sogleich bei § 98 (ad B. 4).

²¹⁷ C. 8, 51 (52), 1.

²¹⁸ C. 5, 4, 16.

2. Aufnahme vor dem *ταβουλᾶδος*. – Neu ist in diesem Zusammenhang das Erfordernis der Aufnahme des Findelkindes vor dem *ταβουλᾶδος* und das Abfassen einer Urkunde. Nur wenn in dieser Urkunde der Status des Kindes als unfrei bestimmt wird, sinkt es in den Sklavenstand ab. Unterbleibt dies, ist das Kind frei. § 98 macht klar, daß neben das subjektive Element, neben den Willen des Aufnehmenden, ein objektives, nämlich die öffentliche Beurkundung, tritt. Der bloße Wunsch des collector, das Findelkind als Sklaven zu haben, macht dasselbe noch nicht zu einem solchen.

Bislang kannten wir die Beurkundung der Aufnahme eines ausgesetzten Kindes nur aus einer Konstitution des Jahres 412, CTh. 5, 9, 2: Die Aufnahme sollte im Beisein des Bischofs als Urkundsperson erfolgen. Für die konstantinische Zeit war eine Beurkundung nur in Zusammenhang mit dem Kindesverkauf bekannt gewesen. Affolter argwöhnte deshalb, daß sich die Aussetzung von Neugeborenen in Verbindung mit einer nachfolgenden Aufnahme durch den „Erwerber“ zu einem Scheingeschäft entwickelt hätte, das den formpflichtigen Verkauf verdeckt habe²¹⁹. § 98 Sent. Syr. erbringt nunmehr den Gegenbeweis: So wie der Verkauf wurde insbesondere die Aufnahme des Findelkindes durch Beurkundung kontrolliert, wollte der *nutritor* das Kind als Sklaven erwerben. Der formpflichtige Kindesverkauf wurde durch eine entsprechende Beurkundung der Annahme eines Findelkindes effektuert.

Mit den Sententiae Syriacae liegt somit ein wertvoller Beleg vor, der dieses Formerfordernis nennt und der, wie die zeitliche Einordnung zeigen wird, aus konstantinischer Zeit stammt.

§ 98 führt aber noch weiter: Der Sentenztext schreibt bei der Aufnahme des Findelkindes als Sklave die Anwesenheit des *ταβουλᾶδος* vor²²⁰. Die *tabularii* waren an Geschäften beteiligt, die die Zuziehung besonderer öffentlicher Organe notwendig machten; beim Abschluß bestimmter Rechtsgeschäfte und bei wichtigen Beurkundungen mußten sie zugegen sein. Zu ihren Aufgaben zählten seit Marc Aurel die Ent-

²¹⁹ Affolter, Die Persönlichkeit des herrenlosen Sklaven (1913) 185. Vgl. etwa die Probleme, die Simon (Anm. 97) 43 sieht.

²²⁰ Der Syrer hat hier das griechische *ταβουλᾶδος* übernommen und in syrischen Buchstaben wiedergegeben: ܬܒܘܠܐܕܘܣ (t-o|u-b-l-r-'). Dabei ist eine Metathesis zu beachten: Das o (lange o|u) ist vor das ܬ (b) gestellt worden und folgt damit unmittelbar dem emphatischen ܬ, das das hauchlose τ der Griechen wiedergibt.

gegennahme und Verwahrung von Geburtsanzeigen in den Archiven²²¹). Schon aus diesem Grund lag es nahe, die Beteiligung des *tabularius* zu verfügen²²²).

§ 98 Sent. Syr. zeigt für unser Thema eine Entwicklung auf, die der Wissenschaft bis heute nicht bekannt war: Der als Urkundsperson tätige Bischof der theodosianischen Zeit hatte die im vierten Jahrhundert dem *tabularius* zugewiesene Aufgabe übernommen²²³).

3. Die Versklavung des Findelkindes. — Die mögliche Versklavung des aufgenommenen Findelkindes ist bereits aus CTh. 5, 9, 1 und aus den Bestimmungen des SRR bekannt. § 98 Sent. Syr. führt dies ebenfalls aus und spricht von Sklavenarbeit für die Dauer „seines Lebens“. Die Bestimmung des Sklavendaseins durch ein Possessivsuffix kann sich im syrischen Text grammatikalisch sowohl auf den Aufnehmenden als auch auf den aufgenommenen Findling beziehen. Vom Inhalt her erscheint aber der Findling als Bezugsperson des Possessivums, nicht der Herr. Dieser zweite Satz des § 98 steht zum vorangehenden im Verhältnis von These — Antithese: 20 Jahre Sklavenarbeit des freien Kindes — Versklavung auf Lebenszeit²²⁴).

4. Zwanzig Jahre Sklavenarbeit. — Der förmlichen Aufnahme vor dem *ταβουλάριος* wird die formlose Aufnahme gegenüber-

²²¹) Hist. Aug. Aur. 9, 7 u. 8: *Inter haec liberales causas ita munivit ut primus inheret apud praefectos aerarii Saturni unumquemque civium natos liberos profiteri intra tricesimum diem nomine imposito. per provincias tabulariorum publicorum usum instituit, apud quos idem de originibus fieret quod Romae apud praefectos aerarii, ut, si forte aliquis in provincia natus causam liberalem diceret, testationes inde ferret.* — 472 schrieb Kaiser Leo ihre Intervention in Waisenangelegenheiten vor, C. 1, 3, 31 (32) pr.

²²²) *Tabularius* geht auf die *tabulae* im Sinne von öffentlichen Urkunden zurück. Zum *tabularius* siehe Pfaff, *Tabellio* und *Tabularius* (1905); Steinacker, Die antiken Grundlagen der frühmittelalterlichen Privaturkunde (1927); Sachers, RE 2. Reihe 8. Hbhd. (1932) sv. *Tabularium*, Sp. 1962–1969 und Ders., RE 2. Reihe 8. Hbhd. (1932) sv. *Tabularius*, Sp. 1969–1984. — Anders der *tabellio*, hierzu zuletzt Ankum, *Les tabellions romains, ancêtres directs des notaires modernes*, Ars Notarius 42. Atlas du Notariat. Le notariat dans le monde (1989) 5–44 (mit Literaturnachweisen in Appendix A, S. 436f.).

²²³) Vgl. die Stellung der Bischöfe in C. 8, 50 (51), 20.

²²⁴) Die Sententiae Syriacae sind in diesem Punkt nicht mit dem SRR vergleichbar: „Wenn er dies nur getan hat, damit sie Sklaven wären, so sind sie Sklaven. Wenn er stirbt, ... so sind sie Sklaven“ (RE II 133 und Ar. 130). Das SRR geht von einem anderen Ausgangsfall aus, wenn es vom Tod des Aufnehmenden spricht.

gestellt: Das Kind bleibt frei, schuldet jedoch die Erbringung von „Sklavenarbeit“²²⁵). Die bisher bekannten Quellen gaben keine Obergrenze der *operae* an, ließen aber eine solche vermuten. Bezüglich der Maximaldauer der sklavenähnlichen Verdingung eines Findelkindes erweitert der Sentenztentext unseren Wissenshorizont: § 98 spricht von zwanzig Jahren; auch § 77 weist (wie bereits gezeigt) auf ein Ende der Dienstleistungen nach zwanzig Jahren hin²²⁶).

Es bleibt zu prüfen, was mit diesen „20 Jahren“ gemeint ist. Ist damit eine Verdingung auf 20 Jahre ab einem arbeitsfähigen Alter oder aber eine solche auf 20 Jahre ab dem Zeitpunkt der Aufnahme angesprochen? Dieser zweiten Interpretation ist der Vorzug zu geben. Da Aussetzung ex definitione in einem Weglegen neugeborener Kinder besteht, sind Sklavendienste für 20 Jahre ab Aufnahme gleichbedeutend mit einer Verdingung bis zum vollendeten 20. Lebensjahr²²⁷).

Für die Erklärung dieser Frist, für die Verdingung bis zum 20. Lebensjahr, sind mehrere Möglichkeiten zu untersuchen.

a) Wegen der Parallelität des Kindesverkaufs bietet sich das für diesen bestimmte Regelungsinstrumentar als Modell an. Der Kindesverkauf führte nicht zur Unfreiheit, wohl aber zu einer zeitlich befristeten Verdingung. Es bleibt aber die Divergenz hinsichtlich der Zahl: Die Augustinus-Briefe bezeugen, daß entsprechend den *leges Romanae* eine Verdingung bis zum 25. Lebensjahr rechtens war.

b) Naheliegender — und in der Literatur mehrfach angesprochen²²⁸) — wäre eine Übernahme jener Regelung gewesen, die die *con-*

²²⁵) Hierzu oben bei § 77 Sent. Syr., Punkt 1.

²²⁶) Das Retentionsrecht des *nutritor* (§ 77 Sent. Syr.) ist zeitlich begrenzt. Die weiteren zehn Jahre in seinem Dienst“ stellen nach den zehn bereits geleisteten Jahren die Ergänzung auf die in § 98 genannte Frist dar.

²²⁷) Das SRR kennt ebenfalls eine feste Grenze. RE II 133: „... ob er oder sie Sklave oder frei ist, sobald sie Leute sind, so befehlen die Gesetze ...“ (irreführend die Übersetzung von Sachau, Syrische Rechtsbücher I, 1907: „... nachdem sie [Knabe und Mädchen] mündig geworden ...“); RE III 92: „Denn es soll ihm, sobald es ein Mann geworden ist, Sklave oder Kind sein“ (in der Übersetzung von Sachau, a. a. O.: „Denn wenn es großjährig geworden ist, ...“). Beide Handschriften des SRR stellen auf eine Mündigkeitsstufe ab. Es bleibt jedoch weiterhin offen, ob damit die Mündigkeit mit 14 Jahren, die Volljährigkeit mit 25 Jahren oder aber das 20. Lebensjahr — jenes Alter, bis zu dem der betrügerische Selbstverkauf nicht zur Sklaverei führt — gemeint ist.

²²⁸) Diese „Parallele“ hat schon Mommsen, JSchr. 3 (Anm. 50) 8 Anm. 1 herausgestrichen. Siehe Affolter (Anm. 1) 56ff.; Schönbauer (Anm. 119) 320; Dupont, *La vente* (Anm. 92) 286; Behrends (Anm. 110) 358 u. a.

stitutio de redemptis zugunsten des Loskäufers von Gefangenen getroffen hat²²⁸): Der *redemptor* hat Anspruch auf Erstattung des Lösegeldes. Wurde ein *captivus redemptus* durch einen Dritten aus Feindeshand losgekauft und handelte es sich um einen Freien²²⁹, so lebte die Freiheit erst wieder auf, wenn das Lösegeld erstattet war²³¹.

C. 8, 50 (51), 20, 1: ... exceptis his, quos barbaris vendentibus emptos esse docebitur, a quibus status sui pretium propter utilitatem publicam emptoribus aequum est redhiberi (a. 409)²³².

Der Freikäufers erhielt ein Zurückbehaltungsrecht an dem losgekauften Freien. Um den Freigekauften aber nicht in eine erneute „Gefangenschaft“ fallen zu lassen, wurde die Dienstverpflichtung zeitlich begrenzt:

C. 8, 50 (51), 20, 2: Ne quando enim damni consideratio in tali necessitate positus negari faciat emptionem, decet redemptos aut datum pro se pretium emptoribus restituere aut laboris obsequio vel opere quinquennii vicem referre beneficii, habituros incolumem, si in ea nati sunt, libertatem.

Nach Ableistung der fünfjährigen Dienstverpflichtung wurde der Losgekaufte für immer frei, selbst wenn der Wert seiner Arbeit nicht die Loskaufsumme deckte²³³. Honorius schaltete – *ut facilis executio proveniat* – die Bischöfe ein²³⁴.

Neben der kürzeren Dienstpflicht spricht auch der dogmatische Rahmen dieses Retentionsrechtes gegen eine Vorbildwirkung für die 20-jährige Sklavenarbeit des freien Findelkinds. Der *redemptus ab hostibus* steht in der klassischen Zeit anders als das verkaufte Hauskind nicht in *mancipio*; die Gewalt des Löser wird als *ius pignoris* bezeichnet²³⁵.

²²⁸ Zum Loskauf eines Gefangenen siehe Felgentraeger, Antikes Lösungsrecht (1953) 95 ff.; Erler, Der Loskauf Gefangener (1978) insbes. 63 f.; Ziegler, Lösegeld-Probleme im römischen Privatrecht, Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag (1986) 381–393.

²²⁹ Ist der Losgekaufte ein Sklave, kann ihn sein *dominus* erst vindizieren, nachdem er dem *redemptor* den Kaufpreis ersetzt hat. Ulp. D. 29, 2, 71 pr.: *maneat ei obligatus, donec pretium solvat* ...

²³¹ Zur Frage, wann die Wirkungen des *postliminium* eintreten – ob mit Erstattung des Lösegeldes oder bereits mit Loskauf des *captivus* –, siehe Simon (Anm. 97) 45, der auf diesen Streit eingeht.

²³² C. 8, 50 (51), 20 = CTh. 5, 7, 2 = Const. Sirm. 16.

²³³ Vgl. auch C. 8, 50 (51), 11 (a. 293).

²³⁴ C. 8, 50 (51), 20 (a. 409).

²³⁵ C. 8, 50 (51), 2: *Imp. Gordianus A. Publiciano. Ab hostibus redempti, quoad exsolvatur pretium, in causam pignoris constituti quam in servilem conditionem videntur esse detrusi* ... (a. 241); Diocl. et Max. eod. 8 (a. 291), 11 (a. 293) und 13 (a. 294). – Kaser, RP I 291 u. 302.

c) Zielführender ist es, den Ansatz in den römischen Altersstufen zu suchen. Das zwanzigste Lebensjahr ist beim betrügerischen Selbstverkauf eines Freien von Bedeutung. Diese Grenze kennt auch § 59 der *Sententiae Syriacae*, wo trotz der Kürze der Aussage die konkrete Anfrage erkennbar ist:

Es ist nicht möglich, daß jemand, der weniger als zwanzig Jahre alt ist, auf irgendeine Art in die Sklaverei gezogen wird.

Wer sich *dolos* als Sklave verkaufen ließ und mit dem Verkäufer den Erlös aus dem Verkauf teilen wollte oder teilte²³⁶, dem wurde die Freiheitsklage versagt. Diese harte Rechtsfolge traf aber nur denjenigen, der über 20 Jahre alt war. In spät- und nachklassischer Zeit wurde dem Verkauften nicht mehr die *proclamatio ad libertatem* versagt, sondern er wurde gleich als Sklave angesehen²³⁷.

Die im dritten Jahrhundert erlassenen Entscheidungen zum Selbstverkauf eines Freien halten ausnahmslos an der 20-Jahresgrenze fest. Grundlegend erscheint mir Diokletian und Maximian, C. 7, 16, 16 (a. 293):

... placuerit minores viginti annis nulla ratione mutare statum ac pro liberis servos fieri, ne ante libertatem inconsulte amittant, quam alius propter aetatis rationem sine consilio praestare non possunt.

Der allgemeinen Aussage, daß die Hingabe als *dolos* nicht den Status beeinträchtigen könne, wird bekräftigend hinzugefügt, daß auf Grund des Alters von unter 20 Jahren eine Selbstversklavung ausgeschlossen sei. Ein *minor* unter zwanzig Jahren kann aus keinem Grund seinen *status* zu seinen Ungunsten verändern. Der Betroffene soll nicht zum Sklaven werden.

Die Begründung des Diokletian – „Wer anderen nicht die Freiheit geben könne, könne sich nicht unüberlegt, aus Unbedachtsamkeit oder Unverstand heraus der eigenen Freiheit begeben“ – weist auf die *lex Aelia Sentia*. Damit schließt sich der Kreis: Die römischen Juristen haben den *alumnus* in die Ausnahmen nach dieser *lex* eingereiht: *Iusta autem*

²³⁶ Pap. D. 4, 4, 9, 4; Ulp. D. 40, 12, 7 pr. u. 1; Herm. D. 40, 12, 40; Ulp. D. 40, 13, 1; Paul. D. 40, 13, 4 u. 5; Sat. D. 40, 14, 2; Alex. C. 7, 16, 5 und Gord. C. 7, 18, 1 (a. 289).

²³⁷ Schon bei Marc. D. 1, 5, 5, 1 (= Inst. 1, 3, 4), Mod. D. 1, 5, 21 und Herm. D. 40, 12, 40 können wir diese Denkweise erkennen. Siehe ferner SRR L 73 und 74; P 31 und 32; R I 26; R II 37, 38, 79 und 118; R III 73 und 74; Arm. 32 und 33; Ar. 37, 38, 79 und 118.

*causa manumissionis est veluti si quis ... alumnus ... apud consilium manumittat*²³⁸⁾.

§ 98 Sent. Syr. belegt eine besondere Stufe der Minorität²³⁹⁾. Die Begrenzung der Dienstpflicht mit dem 20. Lebensjahr wurde nicht willkürlich gewählt. Die römischen Juristen griffen auf jene Altersgrenze zurück, die für den Verkauf eines Freien als Sklave vorgesehen und die aus den Bestimmungen der *lex Aelia Sentia* bekannt war. Es kommt hinzu, daß die Zwanzigjahresfrist gerade im dritten Jahrhundert üblich wurde²⁴⁰⁾; für diese spezielle Minoritätsstufe bestanden gleichsam die psychologischen Voraussetzungen.

C. Die Datierung von §§ 77, 98 Sent. Syr.:

Die Diskussion von §§ 77, 98 Sent. Syr. soll mit einer zeitlichen Einordnung dieser Bestimmungen ihren Abschluß finden. Eine Datierung wird uns durch die Zuordnung beider Texte zu den aus der Rechtsentwicklung bekannten Modellen möglich.

Von der Republik an behielt das ausgesetzte freie Kind seinen *status libertatis*. Hatte Trajan im Rahmen der *vindictio in libertatem* die *solutio alimentorum* abgelehnt, schien Diokletian sie erstmals, wenngleich auf Ausnahmefälle (C. 5, 4, 16) beschränkt, angeordnet zu haben.

Konstantin hielt in den ersten Jahrzehnten seiner Regierung (bis 331) an der überlieferten Statusregelung fest. In der Frage des Aufwandsersatzes griff er offensichtlich (der obigen Interpretation von CTh. 5, 10, 1 zufolge) auf die Lösungs- bzw. Retentionsregelung bei Sklavenskindern, die *sine voluntate domini* ausgesetzt worden waren, zurück. Einen weiteren Anknüpfungspunkt fand Konstantin in der diokletianischen Ausnahmebestimmung, die er nunmehr verallgemeinerte. § 77 Sent. Syr., der eben dieses Lösungsrecht erörtert, ist unzweifelhaft diesem Rechtszustand zuzuordnen.

Im Jahre 331 reformierte Konstantin in tiefgreifender Weise die Findelkindfrage, indem er dem *nutritor* die Möglichkeit einräumte, den künftigen Status des Findlings zu bestimmen. Dieses Wahlrecht ist Regelungsinhalt von § 98 Sent. Syr., womit das Jahr 331 terminus post quem für unsere Bestimmung ist. Auch die in § 98 Sent. Syr. erstmals genannte Formvorschrift bezüglich der Aufnahme des Kindes als Sklave

²³⁸⁾ Gai. 1, 19.

²³⁹⁾ Beachte, daß seit Konstantin dem Zwanzigjährigen die *venia aetatis* verlichen werden kann (CTh. 2, 17 = C. 2, 44, 2, a. 321/324).

²⁴⁰⁾ Nörr, Die Entstehung der *longi temporis praescriptio* (1969) 80.

fügt sich in die konstantinische Gesetzgebung ein. Die spätestens ab 329 erlaubte Veräußerung von neugeborenen Kindern war formpflichtig.

Beide Sentenzenparagrafen geben konstantinisches Recht wieder. Da wir keine (verläßlichen) Nachrichten besitzen, ob nach 331 eine Lösung des freien Findelkindes möglich war, müssen wir in den einschlägigen Bestimmungen der *Sententiae Syriacae* zwei verschiedene Entwicklungsstufen sehen.

IV. Die Bedeutung von §§ 77 und 98 Sent. Syr. für die Findelkinddiskussion

1. — Die Aufnahme dieser beiden Bestimmungen in die *Sententiae Syriacae* spiegelt möglicherweise die aktuellen Probleme der Provinz Syrien wider. Gerade in der Kaiserzeit war die Sklavenbeschaffung aus dem Ausland von sekundärer Bedeutung gewesen; die Versorgung der Sklavenmärkte mußte durch die Provinzen selbst erfolgen. Hierbei erwies sich Syrien als „Sklavenland par excellence“²⁴¹⁾. Wohl wegen des häufig vorkommenden Kindesverkaufs und der Selbstveräußerung wurden die Syrer von den Römern als „zur Sklaverei geboren“ bezeichnet²⁴²⁾.

2. — §§ 77 und 98 der *Sententiae Syriacae* sind für die Erörterung der Rechtsstellung des Findelkindes nach römischem Recht von großer Bedeutung.

a) Zum einen bestätigen diese beiden Texte bekannte Modelle. Die von Konstantin normierte Möglichkeit, den Status des aufgenommenen Kindes zu bestimmen, kannten wir bislang nur aus dem CTh. und dem SRR. Mit § 98 liegt ein weiterer Beleg zum Wahlrecht des *nutritor* vor, der zudem neue Erkenntnisse ermöglicht.

²⁴¹⁾ Bang, Die Herkunft der römischen Sklaven (I), Mitteilungen des kaiserlich deutschen archäologischen Instituts 25 (1910) 223–251, insbes. 232f. u. 247; Ders., Die Herkunft der römischen Sklaven. II: Die Rechtsgründe der Unfreiheit (o. Anm. 29) 196 nennt Kleinasien und Syrien das Eldorado der Sklavenjäger und Sklavenhändler; Gordon, The Nationality of Slaves under the Early Roman Empire, JRSt 14 (1924) 93–111.

²⁴²⁾ Livius 35, 49, 8: *Syros omnes esse, haud paulo mancipiorum melius propter servilia ingenia quam militum genus* und 36, 17, 5: *Syri et Asiatici Graeci ... vilissima genera hominum et servituti nata*; Cic. prov. 5, 10: ... *tradidit in servitutum Iudaeis et Syris, nationibus natis servituti* und de orat. 2, 66, 265: *Syri evmales*. Siehe hierzu Mitteis, Reichsrecht (Anm. 14) 360 (mit Hinw. auf ältere Lit.).

b) Die Sententiae Syriacae verdeutlichen manchen bisher unklaren Punkt. So rücken diese Bestimmungen CTh. 3, 3, 1 in ein neues Licht: Wurde das Kind nicht vorzeitig aus der Dienstpflicht gelöst, so erlangte es die Vollfreiheit, nachdem es seine *servitia* (*non minimi temporis spatio*) erfüllt hatte. Die Dienstpflicht war zeitlich begrenzt.

Bekannt war die von Konstantin eingeführte vorzeitige Lösung des verkauften Kindes; CTh. 5, 10, 1 ließ eine analoge Lösungsregel für Findelkinder wahrscheinlich werden. Mit letzter Sicherheit können wir dies heute aus § 77 Sent. Syr. entnehmen.

c) Unzweifelhaft wird die Wissenschaft die größte Bedeutung der Sentenzen zu unserem Thema in jenen Details sehen, die neue Erkenntnisse vermitteln und unser Wissen ergänzen.

Daß in den ersten drei Dezennien des vierten Jahrhunderts das freie, ausgesetzte Kind seinen freien Status beibehielt, war bekannt. Unstrittig war, daß die Reformkonstitution des Konstantin dem *nutritior* die Möglichkeit einräumte, das Findelkind als Freien zu behandeln. Die konstantinischen Bestimmungen ließen jedoch nicht erkennen, wie „frei“ das freie Kind war. In dieser Frage greifen die Sententiae Syriacae klärend ein: Das Kind schuldete die Erbringung von *operae*; diese Dienstpflicht war zeitlich begrenzt.

Die Begrenzung der Dienstpflicht mit dem 20. Lebensjahr zeigt eine besondere Stufe der Minorität, die wegen der dürftigen Quellenlage bislang nicht in ihrer vollen Bedeutung erkennbar gewesen ist. Die Sent. Syr. ermöglichen es uns, folgende rückläufige Entwicklung darzustellen: § 98 enthält eine zwanzigjährige Dienstverpflichtung des freien, d. h. stillschweigend aufgenommenen Findelkindes. Diese zwanzigjährigen *operae* orientieren sich an dem zwanzigjährigen Zurückbehaltungsrecht, das § 77 belegt. Das Retentionsrecht des *nutritior* bis zum 20. Lebensjahr wiederum läßt sich auf das Alter zurückführen, das zuvor schon für den betrügerischen Selbstverkauf Gültigkeit gehabt hat. Letztlich ergibt sich damit ein Zusammenhang mit der *lex Aelia Sentia*.

§ 98 beweist, daß die von ihm überlieferte Formpflicht seit Konstantin geltendes Recht gewesen und nicht erst zu Beginn des fünften Jahrhunderts (412?) eingeführt worden ist; die Aufnahme vor einer Urkundsperson hat ihren Ursprung nicht — wie bisher oft angenommen — in einer von der Kirche geförderten Regelung. Honorius hat die bestehende Regelung nur dahingehend modifiziert, daß der Bischof an die Stelle des *ταφολάγιος* getreten ist.

3. — Die Sententiae Syriacae fügen sich als wertvolles Zeugnis

in die Reihe der erhaltenen Texte ein. Überrasende Bedeutung kommt ihnen zu, da sie über bisher Bekanntes hinausführen und unsere fragmentarischen Kenntnisse vervollständigen — so wie dies vor wenigen Jahren die von Divjak edierten Augustinus-Briefe 10* und 24* hinsichtlich der Verfügung von Eltern über ihre Kinder getan haben. Damit bilden §§ 77 und 98 der Sententiae Syriacae einen Markstein in der Forschung zur Rechtsstellung des Findelkindes nach römischem Recht*).

*) Bibliographischer Nachtrag: Erst nach Drucklegung wurde mir die Arbeit von Evans-Grubbs, „*Manita coniugia*“; The Emperor Constantine's legislation on marriage and the family (Diss. Stanford 1987 — University Microfilms International, Ann Arbor/Michigan 1990) zugänglich. Aus diesem Grund konnte ich ihre Gedanken zur Aussetzung und zum Kindesverkauf (Chapter 5: Legislation concerning children; S. 178—212) nicht mehr berücksichtigen.