VIII.

Culpa lata und culpa levis.

Von

Herrn Professor Dr. Otto Lenel
in Freiburg i. Br.

In Bd. 17 (S. 5f.) und 18 (S. 260f.) des Bull. hat de Medio den Nachweis versucht¹⁾, daß die Gleichsetzung der culpa lata mit dem dolus der klassischen Jurisprudenz fremd gewesen und auf byzantinische Interpolationen zurückzuführen sei. Hat de Medio damit recht, so ist damit zugleich bewiesen, daß die Klassiker den Begriff der culpa lata als einen technischen und juristisch bedeutsamen überhaupt nicht gekannt und nicht verwendet haben; denn die Bedeutung des Begriffs nach unsern Quellen erschöpft sich ja in jener Gleichsetzung.

Die Ausführungen de Medios haben Beifall gefunden bei Paul Krüger, der in seiner Digestenausgabe den Interpolationsannahmen de Medios folgt, lebhaften Widerspruch dagegen bei Binding in der zweiten Auflage seiner Normen (II 711f.). Dieser, obwohl er (S. 724²⁵) die Interpolation in einer nicht geringen Zahl der von de Medio beanstandeten Stellen zugibt, hält doch an der Klassizität anderer entschieden fest und schreibt, indem er sich auf sie beruft, denn auch seine eigene Auffassung des Begriffs der culpa lata schon den klassischen Juristen zu. Diese Auffassung geht bekanntlich dahin, daß unter culpa lata nicht eine besondere Art der Fahrlässigkeit, sondern der Vorsatz zu verstehen sei, der (im Gegensatz zum dolus malus) einem nicht gemeinen Motiv entstamme. Es sei, so behauptet er (S. 716), unrichtig, daß culpa in den römischen Quellen die Grundbedeutung von Fahrlässigkeit habe. Culpa bedeute Schuld, auch schuldhafte Tat, und umfasse in dieser Be-

¹⁾ Vgl. außerdem noch Heumann-Seckel s. v. Culpa; Mitteis, Röm. Pr.R. I 333f.; Kübler, Utilitätsprinzip S. 7f. (S.-A. aus der Berliner Festgabe für Gierke).

deutung auch den *dolus malus* mit. Werde sie in einem engeren Sinne dem *dolus* gegenübergestellt, so bedeute sie die Schuld, die nicht *dolus* sei, und als solche hätten die römischen Juristen allerdings ganz besonders die Fahrlässigkeit herausgearbeitet. Diese heiße aber nicht *culpa*, sondern *culpa levis*, und, als deren Unterart eine *culpa lata* zu denken, sei logisch Unsinn. *Culpa lata* bedeute vielmehr lediglich schwerere oder schwere Verschuldung. Im folgenden soll die Richtigkeit dieser Lehre vom Standpunkt des klassischen wie des Justinianischen Rechts geprüft, im Zusammenhang damit vielleicht zugleich die Interpolationenforschung auf diesem Gebiet da und dort einen Schritt weiter geführt werden.

Die Fahrlässigkeit, so lehrt Binding, werde von den Römern nicht *culpa* schlechtweg, sondern *culpa levis* genannt. Diese Behauptung wird sich schwerlich halten lassen. Gegen sie darf man selbstverständlich nicht etwa die zahlreichen Stellen anführen, die *dolus*- und *culpa*-Haftung nebeneinander- oder einander gegenüberstellen. Denn in diesen Stellen wäre im Sinne Bindings dem Worte „*culpa*“ die engere Bedeutung „Verschulden, das nicht *dolus* ist“ zuzuschreiben, und die Haftung für dies Verschulden könnte natürlich ebensogut wie die für Fahrlässigkeit als etwas Besonderes von der *dolus*-Haftung unterschieden werden. Auffallend und von Bindings Standpunkt unerklärlich ist nur, daß in einzelnen dieser Stellen, und zwar in solchen, bei denen jeder Interpolationsverdacht ausgeschlossen ist, für gewisse Verhältnisse die *dolus*-Haftung bejaht, die *culpa*-Haftung aber schlechtweg verneint wird. Damit wäre die Haftung auch für *culpa lata* ausgeschlossen; das aber ist mit dem von Binding für klassisch gehaltenen Satze „*culpa lata dolo aequiparatur*“ unvereinbar. *Culpa* muß hier etwas anderes bedeuten als Binding will. Es wird genügen, wenn ich die bekannte Stelle aus *Modestin* 2 differ. *Coll.* 10, 2, 1. 3 anführe:

Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur : qui vero depositi convenitur de dolo, non etiam de culpa condemnandus est In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur.

Wir müssen aber weitergehen und, im geraden Gegensatz zu Binding, behaupten: der Ausdruck, der nach ihm bei den Römern die Fahrlässigkeit bezeichnen soll — culpa levis —, ist als technischer den Klassikern unbekannt; sie verwenden dafür nur den Ausdruck culpa schlechtweg; die culpa levis, wo sie sich scheinbar in technischem Sinn in den Digesten und im Kodex findet, ist interpoliert.¹⁾

Angesichts der Rolle, die die culpa levis bei den Modernen spielt, ist schon die Seltenheit dieser Wendung in unsern Quellen überaus auffallend. Das VIR. I col. 1075 verzeichnet, allerdings nicht erschöpfend, für sie nur drei Belege. Davon scheidet einer — Ulp. 42 ad Sab. D. 9, 2, 44 pr. — sofort aus:

In lege Aquilia et levissima culpa venit.

Mag man „et levissima culpa“ hier übersetzen: „auch die leichteste Fahrlässigkeit“ oder: „auch das leichteste Verschulden“, in beiden Fällen stellt der Superlativ klar, daß der Jurist hier nicht von einer technisch so genannten culpa levis reden kann. Die zweite Stelle — Ulp. 22 ad Sab. D. 30, 47 § 5 — handelt von der Haftung beim Damnationis-legat, ist schon mehrfach beanstandet worden²⁾ und wird von Binding selbst (S. 724²⁵⁾ für interpoliert erklärt:

Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est? an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? quod verius est.

In der Tat kann nicht der geringste Zweifel darüber sein, daß der Passus „an non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est“ unecht ist; die verkehrte Einführung der Doppelfrage mit „an non solum . . . , verum etiam“ statt mit „utrum solum . . . an etiam“, der unmotivierte Wechsel zwischen Konjunktiv und Indikativ (quae sit, quae est) sind keinem Klassiker zuzutrauen. Bleibt die dritte Stelle, Pompon. 31 ad Q. Muc. D. 41, 1, 54 § 2; sie betrifft die Haftung des homo liber bona fide serviens für Schaden, den er dem vermeintlichen Herrn zufügt:

¹⁾ So schon Kübler, Utilitätsprinzip 20, aber ohne nähere Ausführung.

²⁾ Pernice, Labeo II 2, 130²; de Medio, Bull. 18, 266.

Sed (et) damnum dando damni iniuriae tenebitur, ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus gravio-rem nec tamen levem quam ab extraneo.

Statt des unmöglichen tamen des Flor. liest die *Vulgata* tam, was aber kaum erträglicher ist. Wahrscheinlich ist die ganze Einschränkung der Haftung auf culpa gravior interpoliert¹⁾; der Schluß von nec tamen oder nec tam ab ist es ganz sicher. Der Jurist hätte allenfalls sagen können, daß eine leichte culpa nicht genüge, um den liber homo haftbar zu machen, aber doch nicht, daß sie nicht erfordert werde (exigere debeamus!). Und ab extraneo (statt in extraneo), gleich als ob der Tatbestand eines Delikts eine Anforderung wäre, die an den Delinquenten gestellt wird! Und endlich und namentlich: was soll überhaupt die ganze ebenso seltsame wie überflüssige Erläuterung der culpa gravior? Zu den drei im *VIR.* angeführten Stellen tritt als vierte²⁾ Ulp. 5 disp. D. 36, 1, 23 § 3, und als fünfte kann man noch hinzufügen Ulp. 1 ad ed. aed. D. 21, 1, 31 § 12, wo zwar nicht von culpa levis, aber doch von culpa non lata die Rede ist. Auch hier liegen zweifelloso Interpolationen vor. Für D. 36, 1, 23 § 3 ist dafür bereits von Pernice³⁾ und de Medio⁴⁾ voller Beweis erbracht, dem ich nichts hinzuzufügen habe, und auch Binding erklärt die Stelle wenigstens für „vielleicht“ interpoliert. Schon der Stil ist, wie Pernice mit Recht bemerkt, so abscheulich, daß er einem Klassiker unmöglich zuzutrauen ist. In D. 21, 1, 31 § 12 handelt Ulpian in Erläuterung der formula redhibitoria von der Haftung des Käufers für den etwaigen Tod des zu redhibierenden Sklaven. Nachdem in § 11 gesagt war, daß die Haftung von der culpa des Käufers oder seiner Leute abhängt, fährt § 12 fort:

Culpam omnem accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quaecumque occasionem morti emp-

¹⁾ Sie fehlt in D. 9, 2, 13 § 1. In gleichem Sinn neuerdings Riccobono, *Del dir. Rom. class. al dir. mod.* (1917) 685f.

²⁾ Außer Betracht lasse ich hier Papin. 5 resp. D. 26, 7, 39 § 6, wo non levis culpa augenscheinlich keine technische Bedeutung hat, siehe unten S. 282.

³⁾ *Labeo* II 2, 218 f

⁴⁾ *Bull.* 18, 268.

tor praestitit, debere eum: etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua.

Schon de Medio¹⁾ hat darauf aufmerksam gemacht, daß nicht abzusehen ist, warum Ulpian, der kurz vorher in fr. 25 § 5, wo er das Edikt erläuterte, dieselbe Frage zu erörtern hatte und dort einfach die „culpa“ als das Entscheidende bezeichnete, in fr. 31 § 12 das Bedürfnis empfunden haben sollte, ausdrücklich zu versichern, daß für omnis culpa, nicht bloß für culpa lata, gehaftet werde. Auch sei die Hand der Kompilatoren in dem objektlosen debere eum (wo die Ausgaben teneri ergänzen) und in dem ganz überflüssigen „sed culpa sua“ zu erkennen. Ich möchte daneben noch hinweisen auf das unnötig umständliche propter quod dicendum est (statt des einfachen igitur), darauf, daß doch nicht in jedem occasione mortis praestare eine culpa liegt, auf den unrichtigen Modus praestitit (statt praestiterit), auf die Ungeschicklichkeit, mit der das durch etiam si eingeführte Beispiel hinten angeklebt wird, statt hinter praestitit eingeschoben zu werden. Wahrscheinlich liegt gerade hier der Schlüssel zur Wiederherstellung des echten Texts. Ulpian wird lediglich gesagt haben:

Culpam accipiemus etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit.

Das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung ist, daß in der echten Überlieferung der klassischen Jurisprudenz „culpa levis“ als technischer Ausdruck überhaupt nicht vorkommt. Dasselbe Bild zeigen die Kaiserreskripte der klassischen Zeit. Wir finden, wenn ich nichts übersehen habe, die culpa levis hier nur im C. Iust., und zwar in zwei Reskripten, die beide interpoliert sind, außerdem in einem — ebenfalls interpolierten — die non lata culpa.

Diocl. et Max. C. 5, 51, 7:

Quidquid tutoris dolo *vel lata culpa vel levi culpa sive curatoris* minores amiserint vel, cum possint, non quaesierint, hoc etiam in tutelae *sive negotiorum gestorum utile* iudicium venire non est incerti iuris.

¹⁾ Bull. 18, 280².

In diesem auch sonst interpolierten Reskript¹⁾ interessieren uns nur die Worte „vel lata culpa vel levi culpa“. Die culpa hier in ihre verschiedenen Grade zu zerlegen, hatten die Kaiser nicht die geringste Veranlassung.²⁾ Mitteis (Röm. PrR. I 335⁷⁶ wollte nur die Worte vel lata culpa streichen³⁾, wogegen Solazzi⁴⁾ mit Recht einwendet, daß „dolo vel levi culpa“ unmöglich ist. Dieser selbst vermutet im Urtext ein bloßes tutoris culpa. Wahrscheinlicher ist mir, daß im Urtext nur tutoris dolo stand.⁵⁾ Den Kaisern wird ein dolus-Fall vorgelegen haben und allein dieser von ihnen entschieden worden sein. Die Redaktoren des Kodex fügten zunächst, mit Rücksicht auf den Satz „culpa lata dolo aequiparatur“ *vel lata culpa* bei und mußten dann, um das sonst überaus naheliegende arg. e contrario auszuschließen, noch *vel levi culpa* hinzusetzen.

Diocl. et Max. C. 2, 18, 20:

Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem muneris necessitas administrationis finem, huic autem propria voluntas facit ac satis abunde sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Secundum quae super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere. De ceteris vero, quae ab aliis tui constituta iuris detenta exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum facultatem habere potuit, exigere non potest: et idcirco adversus eos, quos res tuas tenere dicis, detorquere tuas petitiones debes.

¹⁾ Vgl. Solazzi, Min. età 245 n. 3 und die dort Angef., dazu noch Lenel, ZRG. 48, 207.

²⁾ Hätten sie sich übrigens gehabt, so hätten sie sicher geschrieben: vel culpa sive lata sive levi.

³⁾ Wofür er sich zu Unrecht auf das κατά νόδας zu Bas. 38, 3, 32 berief. Das κατά νόδας beweist, daß vel levi culpa im Justinianischen Texte stand, nicht aber, daß vel lata culpa unecht ist.

⁴⁾ Min. età 245³.

⁵⁾ So wohl auch Partsch, Studien zur Neg. gestio I 71¹.

Die Annahme der Interpolation drängt sich bei dem Passus „cum habeat“ aus folgendem Grunde ganz zwingend auf. Die Kaiser waren gefragt worden, ob ein negotiorum gestor nicht ebensogut wie ein Vormund deshalb verantwortlich gemacht werden könne, weil er seine Verwaltung auf gewisse Angelegenheiten beschränkt, andere aber beiseite gelassen, insbesondere unterlassen habe, Dritte, die Sachen des Geschäftsherrn im Besitz haben, zu belangen. Die Kaiser antworten verneinend, indem sie darauf hinweisen, daß der Umfang der Verwaltung des Vormundes durch seine Amtspflicht, der der Verwaltung des gestor aber durch seinen freien Willen bestimmt werde; der gestor könne daher nur wegen der Geschäfte, deren Besorgung er freiwillig übernommen habe, nicht aber wegen sonstiger Angelegenheiten des Geschäftsherrn belangt werden. In diesen ganz klaren Gedankengang schneit nun, man weiß nicht wie, der jeden Zusammenhang mit Frage und Antwort bare Begründungssatz herein: „cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat“. Wenn der gestor wegen der von ihm ultro übernommenen Geschäfte belangt werden kann, so ist das doch wahrlich nicht die Folge davon, daß er für culpa levis einzustehen hat. Man wird nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß die Redaktoren des Kodex einfach die Gelegenheit benutzt haben, um eine Bemerkung über die Verschuldenshaftung des gestor einzuschmuggeln.

Alexand. C. 5, 75, 2:

In heredes magistratus, cuius *non lata culpa* idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari.

Die Leute Justinians haben hier *non lata* mit Rücksicht auf die von ihnen beliebte Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus eingeschoben. Sprachlich ist das Reskript freilich untadelhaft; die Interpolation ergibt sich aber zur Evidenz daraus, daß zwei andere Stellen, die die Haftung des heres magistratus und tutoris betreffen, ganz in der gleichen Tendenz interpoliert worden sind. Die eine ist Ulp. 3 disp. D. 27, 8, 4:

Non similiter tenentur heredes magistratum, ut ipsi

tenentur: nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur. *nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpa succedaneus est.*

Als Interpolationsindizien hat schon de Medio (Bull. 18, 269) das wiederholte nam¹⁾ und das für einen Klassiker ganz unmögliche culpa succedaneus hervorgehoben; hinzuzufügen wäre noch die Verwendung von ipsius statt des einfachen eius, die einem allgemein bekannten Sprachgebrauch der Kompilatoren entspricht. Die zweite Stelle ist das Reskript Severs und Caracallas C. 5, 54, 1, das ebenfalls längst als interpoliert erkannt ist:

Heredes tutoris ob negligentiam, quae non latae culpa comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitum sit.

Der Urtext sprach hier einfach von negligentia. Erst die Redaktoren des Kodex haben die verdrehte Wendung „quae non latae culpa comparari (!) possit“ hinzugefügt²⁾, ebenso wie den Schluß von neque ab, wo als Ausnahmen von der Nichthaftung der Erben für gewöhnliche negligentia Fälle angeführt werden, in denen gar keine Negligenz, sondern vorsätzliche Schädigung des Mündels vorliegt.³⁾

Ich glaube im bisherigen nachgewiesen zu haben, daß die technisch sog. culpa levis weder in Juristenschriften, noch in Reskripten der klassischen Zeit vorkommt, vielmehr nachklassischer, höchstwahrscheinlich byzantinischer Herkunft ist. Die Fahrlässigkeit heißt bei den Klassikern einfach culpa schlechtweg. Freilich nun hat der Ausdruck culpa bei ihnen nicht immer diese Bedeutung; wir begegnen ihm — darin hat Binding ganz recht — zuweilen in einem weitern Sinne, wo er jedes Verschulden in sich begreift,

¹⁾ Rotondi, Bull. 25, 53f. hält den Satz „nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur“ für unecht, dagegen für echt die Worte „nam magistratus in omne periculum succedit“. An der Interpolation des Schlusses von heres ab zweifelt auch er nicht.

²⁾ de Medio, Bull. 18, 270¹; Krüger, Festg. f. Güterbock 249.

³⁾ Man beachte auch den Wechsel vom Indikativ est zum Konjunktiv sit und die unklare und unlateinische Wendung „gratiae praestitum sit“.

und so wäre es immerhin denkbar, daß die Klassiker die Wendung culpa lata und die gleichbedeutende culpa dolo proxima gebraucht hätten, um, wie Binding will, das schwere Verschulden zu bezeichnen. Denkbar, aber damit noch nicht bewiesen, und insbesondere nicht bewiesen, daß dabei an den Vorsatz ohne gemeines Motiv zu denken sei. Gegen eine dahingehende Annahme erheben sich sofort Bedenken, die nicht leicht zu überwinden sein dürften. Zunächst: die culpa lata, als schweres Verschulden verstanden, würde offenbar den dolus mit umfassen, da ja in dem Ausdruck nichts liegt, was das dem dolus eigene unsittliche Motiv ausschliesse. Der dolus wäre also nur eine Unterart der culpa lata, und es wäre unbegreiflich, daß gleichwohl die culpa lata als eine besondere Schuldart dem dolus, sei es auch im Sinn der Gleichsetzung, gegenübergestellt wird. Weiter: Binding stützt sich auf die Justinianische Textüberlieferung, die er mindestens zum Teil für zuverlässig hält. Da ist es nun, von diesem Standpunkt aus, doch höchst auffallend, daß die Byzantiner einstimmig unter culpa lata nicht eine Art des Vorsatzes, sondern, genau wie die Modernen, lediglich die grobe Fahrlässigkeit verstehen; sie übersetzen culpa lata mit *μεγάλη ἀμέλεια* oder *ῥαθυμία*¹⁾, Ausdrücken, die keine andere Deutung zulassen. Diese Bedenken müssen dahin führen, die Quellentexte mit doppelter Vorsicht daraufhin zu prüfen, ob sie, sei es für das klassische, sei es für das Justinianische Recht Bindings Auffassung rechtfertigen.

1. Rechtswidriger Vorsatz aus Mitleiden schließt, sagt B. S. 730, dolus malus aus und begründet culpa lata. Als Belege dienen zwei Stellen, die aber schwerlich als solche gelten können.

Ulp. 30 ad edict. D. 16, 3, 7 pr.:

Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, *dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret,*

¹⁾ Vgl. die Belege bei de Medio, Bull. 18, 300f., die leicht noch vermehrt werden könnten.

cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.

Es fällt sofort auf, daß hier von culpa lata überhaupt nichts gesagt ist, sondern nur, das Geschehene stehe dem dolus sehr nahe, und ich halte es für willkürlich, wenn auch de Medio (Bull. 17, 26²) erklärt, mit dem dolo proximum sei die culpa lata gemeint, und gerade deshalb eine Interpolation annimmt. Auch das Scholium zu der Stelle¹⁾ beruft sich hier nicht auf die Parömie „ἡ λάτα κοίλῃα δόλῳ προσέοικεν“, die die Byzantiner sonst nicht leicht anzubringen versäumen, sondern beschränkt sich auf Feststellung der dem Fall entsprechenden Regel: ὁ ἄκαιρος οἶκτος δόλῳ ἔοικεν. Interpoliert ist aber die Stelle nichtsdestoweniger, und zwar nicht bloß, was auch Binding als wahrscheinlich gelten läßt, der Schlußsatz von *cum posset* an, sondern gerade auch das *dolo proximum est quod factum est.*²⁾ Id „quod factum est“, das Geschehnis, die Handlung, konnte von einem Klassiker sowenig als dolo proximum, wie als dolus bezeichnet werden, da dolus ja doch immer nur das Willensmoment in der Handlung, nicht die Handlung selbst ist. Formell beachte man den sonderbaren und gerade hier, wo die Gesinnung des Handelnden entscheiden soll, besonders störenden Übergang ins Passivum (quod factum est statt quod fecit). Echt wird nur das „intempestive misericordiam exercuit“ sein. Die Folgerung, die der Jurist aus der Unzeitigkeit des Mitleids zog — vermutlich, wie in D. 4, 3, 7 § 7, die Zuständigkeit einer actio in factum —, haben die Kompilatoren gestrichen, weil sie die actio sequestraria selbst zulassen wollten.

Auch in der zweiten von B. (S. 733) angeführten Stelle — Modest. 4 de poen. D. 48, 3, 14 § 1. 2 — steht nichts von culpa lata. Sie handelt von der Bewachung von Untersuchungsgefangenen:

Nec uni sed duobus custodia committenda est. qui si neglegentia amiserint, pro modo culpa vel castigantur

¹⁾ Bas. 13, 2, 7 sch. 2.

²⁾ Schon von de Medio a. a. O. angefochten, aber ohne ausreichende Begründung.

vel militiam mutant: quod si levis persona custodiae fuit, castigati restituuntur. nam si miseratione custodiam quis dimiserit, militiam mutat: fraudulentum autem si fuerit versatus in dimittenda custodia, vel capite punitur vel in extremum gradum militiae datur.

Miseratio und fraus, meint B., werden in dieser Stelle als „neglegentia“ zusammengefaßt. Dabei denkt er sich, was aber in der Stelle nicht gesagt ist, die miseratio als culpa lata, die fraus als dolus. Diese Deutung ist aber unmöglich. Zuzugeben ist, daß eine „neglegentia“ auch vorsätzlich begangen werden kann. Hier aber bedeutet das Wort, wie so häufig, sicherlich nur die fahrlässige neglegentia; sonst würden strengere Strafen als die bloße castigatio und mutatio militiae an sie geknüpft sein. Als Folge des fraudulenter versari bezeichnet ja auch der Jurist u. a. die Todesstrafe, die niemand als castigatio auffassen konnte. Dies Beispiel paßt also schlechterdings nicht auf die These des Eingangs; die fraus kann hier nicht als Fall der neglegentia gedacht sein, und folgeweise — trotz des nam — auch nicht die miseratio, zu der die fraus in Gegensatz gestellt ist. Die ganze Stelle ist übel zugerichtet, vermutlich aus verschiedenen im Original getrennten Äußerungen Modestins ungeschickt zusammengestoppelt. Man beachte, außer dem Gesagten, die Objektlosigkeit des amiserint, in dem nam-Satz den Übergang zum Singular, während vorher der Plural gebraucht war, endlich die Unterbrechung des Zusammenhangs durch den Satz „quod si . . . restituuntur“, der mit der Verschuldensfrage gar nichts zu schaffen hat. M. E. kann aus der Stelle gar nichts weiter gefolgert werden, als daß der Wächter, der den Gefangenen aus Mitleid entlaufen läßt, milder bestraft wurde.

2. Rechtswidriger Vorsatz, so lautet eine zweite These B.s (S. 733), nicht aus Eigennutz, sondern aus Konnivenz gegen einen Dritten schließt dolus malus aus und begründet culpa lata. Das soll aus einigen Stellen Ulpians hervorgehen. Vor allem aus Ulp. 31 ad ed. D. 17, 1, 8 § 9. 10:

Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit: proinde si tibi mandavi, ut hominem

emeris, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti (*forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret*) aut si lata culpa (*forte si gratia ductus passus es alium emere*), teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit *nec culpa*, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestem tuam pervenerit, te restitutum.

B. meint, es fehle jeder Grund, an der Echtheit dieser auch schon von anderer Seite beanstandeten Stelle¹⁾ zu zweifeln. M. E. ist sie, soweit sie von culpa lata und culpa handelt, unzweifelhaft interpoliert. Die Interpolation ergibt sich aus dem Zusammenhang. Dolos handelt, so heißt es zunächst, der Mandatar und haftet deshalb, wenn er die auftragsgemäß gekaufte Sache, obwohl er es kann, nicht herausgibt — hier ist von culpa lata, obwohl sie auch hier sehr wohl denkbar wäre, keine Rede. Ebenso haftet, so geht die Erörterung folgerichtig weiter, auch der, der den Kauf dolos unterlassen hat: hier wird in störendster Weise die Erwähnung der culpa lata hinten angefügt. Und ebenso soll endlich Haftung auch dann eintreten, wenn, wie im Fall der fuga servi, dem Beauftragten die Herausgabe durch eigenen dolus unmöglich geworden ist: hier ist die Interpolation durch die unlogische Gegenüberstellung „si quidem dolo tuo, teneberis“ und „si dolus non intervenit *nec culpa*, non teneberis“ besonders deutlich.²⁾ Daß die zwei Parenthesen beide mit forte eingeleitet werden, einem Lieblingswort Tribonians und seiner Leute, ist keineswegs, wie B. glaubt, der einzige Grund für die Annahme der Unechtheit, sondern nur ein sie unterstützendes Moment. Man hat also nicht zu fragen: wie kam Ulpian dazu, den

¹⁾ Vgl. Eisele, ZRG. 26, 139; de Medio. Bull. 17, 23 und 18, 277; Mitteis, Röm. PrR. I 335 77.

²⁾ Der Schlußsatz ist ohne Zweifel auch sonst noch verändert. Das wiederholte sed et si mit dem darauffolgenden si quidem hat der Klassiker nicht geschrieben. Vielleicht hieß es im Urtext einfach: sed et si dolo emere neglexisti aut si servus quem emisti fugit dolo tuo, teneberis.

Fall „si gratia ductus passus es alium emere“ als einen solchen bloßer culpa lata zu bezeichnen?, sondern: wie kamen die Byzantiner dazu? B. meint, weil hier dem Vorsatz das eigennützige Motiv fehle. Darauf wäre zu erwidern, daß nicht bloß der Eigennutz den Vorsatz mit dem Makel der Unsittlichkeit behaftet. Wer das Vertrauen seines Auftraggebers täuscht, um einem guten Freund einen Vorteil zuzuwenden, mag unter Umständen sein Verhalten moralisch entschuldigen können; in der Regel sicherlich nicht. Von entschuldigenden Umständen aber ist in der Stelle nichts gesagt, und auch die byzantinische Erläuterung zu fr. 8 § 10 (Heimb. II S. 80) enthält keine dahingehende Andeutung, sondern sieht in der lata culpa hier wie sonst nur eine *μεγάλη ῥαθυμία καὶ ἀμέλεια*. Wahrscheinlich — mehr als eine Vermutung ist nicht möglich — hat sich der Interpolator den Fall so vorgestellt, daß sich der Beauftragte das in der Begünstigung des Freundes liegende Unrecht leichtsinnig und gedankenlos nicht zum Bewußtsein gebracht habe. Ganz gewiß ist das Beispiel, nackt wie es dasteht, als Beispiel für culpa lata, auch für culpa lata in Bindings Sinne, so unpassend wie möglich, und zwar einem Byzantiner, nicht aber einem Klassiker zuzutrauen.

Noch viel stärker interpoliert ist eine zweite Stelle, auf die sich B. beruft, Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 7 § 2:

Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est si praedia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam. quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerint? recte quis dixerit solam latam negligentiam eos praestare in hac parte debere.

Mit Recht betont Beseler¹⁾, *hoc est* diene in logischer Rede zur Bezeichnung der Identität, nicht zur Exemplifikation, und der Satz *si neque* usw. sei unerträglich elliptisch. Der Schlußsatz aber ist, wie schon de Medio²⁾ gesehen hat, verächtlich sowohl durch das bei den Kompilatoren sehr be-

¹⁾ Beiträge I, 93.

²⁾ Bull. 18, 262. S. auch Mitteis, Röm. PrR. I 334 ⁶⁸.

liebte „*recte quis dixerit*“, wie auch durch das der Präzision ermangelnde in hac parte; die auffallende Beschränkung der Haftung auf *lata negligentia* wurde wahrscheinlich verfügt, um den Vormündern einen Antrieb zu der von Justinian gewünschten Anlage des Mündelvermögens in Grundstücken zu geben. B., der die Stelle für echt hält, gibt der *lata negligentia* des Schlußsatzes Bezug auf das vorhergehende *gratiose* und findet so darin eine Bestätigung seiner Annahme, daß Vorsatz aus bloßer Konnivenz kein *dolus*, sondern *culpa lata* sei. Diese Deutung ist m. E. aus mehreren Gründen unmöglich. Wenn der Vormund aus Konnivenz gegenüber dem ihm befreundeten Verkäufer einen für den Mündel unvorteilhaften Kauf abschließt, so kann man zwar sagen, es falle ihm „schweres Verschulden“ zur Last (*lata culpa* in B.s Sinne), niemals aber, es treffe ihn der Vorwurf grober *neglegentia*; ein vorsätzliches Handeln beruht niemals auf *neglegentia* und wird auch weder in den echten, noch in den interpolierten Quellen darauf zurückgeführt.¹⁾ Weiter beachte man die Form der Frage: *quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerit?* Es wird nach der Haftung des Vormunds gefragt, der weder aus Eigennutz, noch Konnivenz, aber eben unvorteilhaft gekauft hat. Die Antwort auf die so gestellte Frage kann sich doch offenbar nur auf den gekennzeichneten Fall beziehen, wo weder *sordes* noch *gratia* vorliegt. Aus welchem Gesichtspunkt heraus die Haftung für *gratia*, wie die Frage zeigt, als unzweifelhaft gilt, ist nicht gesagt. Daß es der *culpa lata* gewesen, ist aber höchst unwahrscheinlich. Denn wenn *sordes* und *gratia* als Beispiele für *dolus* und *culpa lata* gedacht gewesen wären, und die Antwort hätte besagen wollen, daß Haftung nur in gleichgearteten Fällen eintrete, so hätte sie lauten müssen: *solum dolum et latam negligentiam praestari debere*. Daß die Byzantiner endlich die Haftung für *lata negligentia* als etwas Besonderes gegenüber der für *gratia* ansahen, zeigt deutlich der Tipucitus (Heimb. III S. 659): *καὶ περὶ τοῦ, ἐὰν ἐπιζήμιον ἀγρὸν ἀγο-*

¹⁾ Auch nicht in den von B. S. 769 im Anhang angeführten Stellen.

οράση κατὰ χάριν ἢ κέρδος ἢ μεγάλην ἀμέλειαν, d. h. aut gratiose aut sordide aut lata negligentia.

Es erübrigt sich, auf die weiteren von B. in diesem Zusammenhang angeführten Stellen einzugehen. In ihnen allen — sie sind übrigens sämtlich interpoliert — ist entweder nur von gratia die Rede (wie in D. 4, 4, 7 § 8) oder nur von culpa lata (wie in D. 18, 4, 2 § 5 und 11, 6, 1 § 1); dafür, daß ihre Verfasser in der gratia nur eine culpa lata gesehen oder bei der culpa lata an gratia gedacht hätten, bieten sie nicht den geringsten Anhalt.

3. Eine fernere Bekräftigung seiner Auffassung der culpa lata formuliert B. (S. 740) in dem Satz: die widerrechtliche absichtliche, aber nicht dolose Hintansetzung der fremden Sache hinter die eigenen begründet culpa lata. Als Beleg dafür dient die vielbesprochene Stelle Cels. 11 dig. D. 16, 3, 32:

Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem quam suis rebus diligentiam praestabit.

B. hält diesen Text für klassisch. Das trifft schwerlich zu.¹⁾ Anstößig ist der Konjunktiv diceret, anstößig die These „latior culpa dolus est“, die in dieser zugespitzten Form (es heißt nicht etwa pro dolo accipitur) von jedem Standpunkt aus falsch ist und nun gar so schon von Nerva aufgestellt worden sein soll. Anstößig ist das nam et si quis non ad eum modum diligens est usw., da ja doch genau das gleiche auch dann gelten müßte, wenn der Depositar²⁾ ein diligens pater familias ist, die sonst von ihm beobachtete Diligenz aber in bezug auf die deponierte Sache eben nicht beobachtet. Anstößig ist die ganz schiefe Wendung „quem hominum natura desiderat“ zur Bezeichnung der Normal-

¹⁾ Vgl. namentlich Kübler, Utilitätsprinzip 11.

²⁾ Daß die Stelle im Urtext von der Tutel, nicht vom Depositum handelte (s. Pernice, Labeo II 2, 202. 215), ist nach der Inskription wahrscheinlich, aber doch nicht streng erweislich.

sorgfalt. Man wird also auch hier guttun, nicht nach der Meinung des Klassikers, sondern nach der des byzantinischen Redaktors zu suchen. Binding erkennt natürlich nicht, daß die Pflicht zur *diligentia quam suis* auch fahrlässig verletzt werden kann. Im Fall des fr. 32 aber unterstellt er gleichwohl eine bewußte und absichtliche Verletzung; er denkt an einen Fall, wo der Verpflichtete in einer Notlage die eigenen Sachen gerettet, die fremden aber preisgegeben hat. Nur so sei es erklärlich, daß von einer *fraus*, von *non salva fides* des Depositars gesprochen werde. Was einem solchen Verhalten bei alledem den Charakter als *dolus* nehme, sei lediglich der Umstand, daß der Eigennutz in solcher Lage auch in den Augen des Rechts ziemlich natürlich sei, daß es ferner an der Lust, den andern zu schädigen, fehle. Ich vermag dieser Auffassung nicht zu folgen. Die Stelle enthält nicht die entfernteste Andeutung, daß der Fall so zu denken sei, wie B. will. Nur davon ist die Rede, daß der Depositär sich verantwortlich mache, wenn er die depониerte Sache mit geringerer Sorgfalt behandle als die eigenen, etwa, um ein modernes Beispiel zu wählen, die eigenen Wertpapiere in den Kassenschrank einschließt, die depониerten aber nicht. Läge aber der Fall wirklich so, wie B. unterstellt, dann wäre dasselbe zu sagen wie in dem der Konnivenz. Gewiß lassen sich Umstände denken, die ein derartiges Verhalten des Depositars mehr oder weniger entschuldigen können, z. B. wenn er nicht die eigenen und die fremden Sachen beide zu retten imstande war, sondern nur die Wahl hatte, jene oder diese zugrunde gehen zu lassen. Abgesehen von solchen Ausnahmefällen wird sein Verhalten dem Vorwurf der Unsittlichkeit nicht entgehen und als recht eigentlich *dolus* zu bezeichnen sein. Ein Depositär, der etwa bei einem ausgebrochenen Brand die eigenen Sachen rettet, die daneben liegenden fremden aber bewußt und absichtlich liegen läßt, begeht meiner Empfindung nach eine Gemeinheit. Es geht m. E. nicht an, den Fall in der von B. gewollten Richtung über das in der Stelle selbst Gesagte hinaus zu spezialisieren, und die Worte „*non caret fraude*“ machen gerade von B.s Standpunkt aus besondere Schwierigkeiten. Denn in dem Wort *fraus* liegt

nichts, was den rechtswidrigen, aber nicht unsittlichen Vor-
satz kennzeichnete, und in der (ebenfalls interpolierten)
Stelle D. 26, 10, 7 § 1 wird von der *lata negligentia* gesagt,
nicht daß sie *fraus* sei, sondern nur, daß sie ihr nahestehe
(*quia ista prope fraudem accedit*). Ich meinerseits möchte
annehmen, daß die Verfasser der Stelle die *fraus* und den
Bruch der *fides* einfach in der Täuschung der berechtigten
Erwartung des Deponenten erblickten. Ob ein klassischer
Jurist so geschrieben hätte¹⁾, ist eine andere Frage.

In der gleichen Richtung wie D. 16, 3, 32 verwertet
B. (S. 744f.) auch noch eine zweite Stelle, Ulp. 5 disp.
D. 36, 1, 23 § 3:

*Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem et vel
servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi
eum reddere quod non habet: culpa plane reddere ratio-
nem, sed eius quae dolo proxima est. et ita Neratius libro
primo responsorum scribit. sed et si, cum distrahere
deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta
negligentia, huiusmodi rei rationem reddet. sed et si aedes
ustae sunt culpa eius, reddet rationem. praeterea si qui
partus extant et partuum partus, quia in fructibus hi non
habentur. sed et ipse si quem sumptum fecit in res here-
ditarias, detrahet. quod si sine facto eius prolixitate tem-
poris aedes usu acquisitae sint, aequissimum erit nihil eum
praestare, cum culpa careat.*

Auch diese Stelle ist, wie schon oben²⁾ bemerkt, auf das
stärkste interpoliert; vielleicht ist alles von *sed et si ab*
unecht; zweifellos aber sind es alle die Satzteile, wo von
culpa die Rede ist. Aber auch hier wollen wir uns der Frage
nicht entziehen: woran haben die Byzantiner bei den Worten
„*lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia*“
gedacht? Dürfen wir dem Tipucitus glauben, an *μεγάλη*

¹⁾ In dem Gebrauch der Wendung *non caret fraude* liegt für sich
allein zwar kein Beweis der Interpolation, wohl aber ein unterstützendes
Moment für die Annahme einer solchen. So viel hat m. E. Beseler,
Beitr. 1, 47f. dargetan. Auch in D. 17, 1, 29 § 4 und 42, 8, 10 § 3 ist
caret und *non caret fraude* sicher interpoliert.

²⁾ S. Seite 266.

δαδνμία, nach B. an bewußt pflichtwidrige Unterlassung. Der Fiduziar, meint er, kenne seine Veräußerungspflicht und erfülle sie nicht, weil er wisse, daß er die Erbschaft doch restituieren müsse, der Schaden also nicht ihn treffen werde; darum gebe er sich nicht die Mühe, einen Käufer zu suchen, die er sich für seine Sachen allerdings gegeben haben würde. In dem Nachweis, daß der Erbe in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger zu sein pflege, sehe der Verfasser der Stelle genügenden Beweis dafür, daß die abweichende Behandlung der Erbschaftssachen auf Absicht beruhe. In der Stelle hat all dies m. E. keinerlei Anhalt. B. übersieht m. E., daß der Maßstab der *diligentia quam suis* doch immer nur dem gewöhnlichen Verhalten des Sorgfaltspflichtigen entnommen ist, daß aber jeder, auch der Sorgfältigste und erst recht der minder Sorgfältige, gelegentlich aus Leichtsinn, Vergeßlichkeit, Zerstreuung usw. hinter seiner eigenen Normal-sorgfalt auch in eigenen Angelegenheiten zurückbleibt. Auch wer wichtige briefliche Mitteilungen einschreiben zu lassen pflegt, vergißt das einmal; auch wer mit Feuer und Licht vorsichtig umzugehen pflegt, läßt dann und wann die gebotene Vorsicht außer acht; auch wer den Wasserhahn zuzudrehen pflegt, mag das einmal vergessen und so eine Überschwemmung in seinem Haus veranlassen usw. Ich denke, jeder wird aus seinem eigenen Leben sich Fälle genug ins Gedächtnis zurückrufen können, wo er, entgegen seiner sonstigen Gewohnheit, sorglos und leichtsinnig gehandelt hat und sich erst nachträglich, vielleicht erst als ein Schaden eingetreten war, dessen bewußt geworden ist. Eben deshalb aber geht es nicht an, in Fälle, wo jemand in fremden Angelegenheiten die *diligentia quam suis* verletzt hat, ohne weiteres das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit hineinzutragen.

4. Einen weiteren Fall der *culpa lata* aus nicht dolosem Eigennutz findet B. (S. 747) in Papin. 8 resp. D. 34, 3, 24:

Cum heres rogatur debitorem suum liberare, de eo tantum cogitatum videtur, quod in obligatione manserit: itaque si quid ante tabulas apertas fuerit solutum, ad causam fideicommissi non pertinebit. quod autem post tabulas apertas ante aditam hereditatem ab eo, qui vo-

luntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, dolo proximum erit ideoque repeti potest.

Wenn irgendeine Interpolation gewiß ist, so ist es hier die der Worte „*dolo proximum erit*“, obwohl diese selbst von de Medio (Bull. 18, 292) nicht angezweifelt werden. Dolos oder dem dolus nahestehend kann eine Gesinnung oder Willensrichtung sein, aber doch nicht eine Schuldsumme (quod fuerit exactum). So liederlich schreibt Papinian nicht. Der Grund der Entscheidung wird von B. m. E. nicht genau erfaßt. Er meint, der Gläubiger habe den Umstand, daß er noch nicht Erbe, also „strenggenommen“ noch forderungsberechtigt sei, und daß der Schuldner wegen seiner Unkenntnis des Testaments „die exceptio doli noch nicht vorschützen kann“, benutzt, um den Willen des Erblassers zu umgehen. Allein, solange der Gläubiger noch nicht Erbe geworden ist, ist er nicht nur „strenggenommen“, sondern in jedem Sinne forderungsberechtigt, und von einer exceptio doli des Schuldners konnte keine Rede sein. Bei dem repeti potest ist darum auch m. E. nicht an die conditio indebiti, sondern einfach an die Geltendmachung des Fideikommisses zu denken, und für die Berechtigung dieser repetitio war es in Papinians Sinne vollkommen gleichgültig, ob der Gläubiger, als er die Forderung eintrieb, bereits entschlossen war, die Erbschaft anzutreten oder nicht; genug, daß er von dem Liberationsvermächtnis damals schon wußte. Erst der Byzantiner hat in dem Verhalten des Gläubigers ein dolo proximum zu finden geglaubt, diese Wendung aber vermutlich deshalb gewählt, weil er wußte, daß die exceptio doli dem Schuldner erst durch den Erbschaftsantritt erwuchs. Hätte der Gläubiger tatsächlich die ihm von B. zugeschriebene Absicht gehabt, dem Willen des Erblassers eine Nase zu drehen, so wäre das m. E. unzweifelhaft echter dolus. Was B. hiegegen vorbringt — daß der Gläubiger vor Antritt der Erbschaft durch den Willen des Erblassers noch nicht strikt gebunden gewesen sei, und daß es für ihn schmerzlich sein müsse, seine Forderung zu verlieren —, das konnte ein derartiges Verhalten sicherlich auch vom Standpunkt des „römischen Egoismus“ aus nicht moralisch entschuldigen. Soll etwa jeder, der sich einer

Rechtspflicht, deren Erfüllung ihm Vermögensopfer kosten würde, bewußt entzieht, frei von dem Vorwurf des *dolus* sein?

5. Es folgen weiter bei B. (S. 748f.) einige Stellen, in denen, wie er zugesteht, die Quellen „das einzelne Moment, das der *culpa lata* zum *dolus* fehlt, nicht ausdrücklich hervorheben“, in denen sich aber nirgends ein ernster Zweifel an ihrer Vorsatznatur erheben könne. Umgekehrt möchte ich behaupten, daß in keiner dieser Stellen irgendein Anhalt dafür vorliegt, die *culpa lata* als Vorsatz aufzufassen.

Papin. 5 resp. D. 26, 7, 39 § 6:

Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres eius postea victus praeteriti temporis periculum praestabit, quia non videtur levis culpa contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare.

B. legt in diese Stelle zweierlei hinein, was nicht in ihr gesagt ist. Einmal, daß der Vormund von der Unstichhaltigkeit seines Exkusationsgrundes gewußt habe.¹⁾ Zweitens, daß der Vormund nicht in der Absicht, den Mündel zu schädigen, die Vormundschaft abgelehnt habe — das wäre *dolus malus* —, sondern nur aus Trägheit, um sich die Lasten der Vormundschaft vom Hals zu schaffen — das ist nach B. Vorsatz ohne unsittliches Motiv, also *culpa lata*. In Wirklichkeit hat die Wendung *non levis culpa* hier überhaupt nicht die technische Bedeutung, die (in welchem Sinn immer) die Byzantiner der *culpa lata* beigelegt haben.²⁾ Schon Cujaz hat dies richtig erkannt (ed. Neap. IV col. 1016): hoc loco „non levis culpa“ est: non quaelibet, οὐ τυχούσα; nec enim puto Papinianum respexisse ad culparum gradus . . . , sed tantum hoc voluisse: non quamlibet esse culpam,

¹⁾ Er begründet dies damit, daß es nur eines Blickes auf die Exkusationsgründe bedürfe, um zu sehen, daß in den bei weitem meisten Fällen ein Zweifel über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein nicht entstehen konnte. Umgekehrt möchte ich sagen: ein Blick auf die eingehenden Erörterungen der römischen Juristen und die zahlreichen *Kaisererlasse*, die das Exkusationsrecht betreffen, zeigt, daß hier Zweifel in Hülle und Fülle auftauchen konnten.

²⁾ Ob der Begründungssatz echt ist? Rotondi. Bull. 25, 53 bezweifelt dies nicht ohne Grund.

n'estre pas peu de cas, detrectare mandatum officium tutelae usw.

Ulp. 7 disp. D. 17, 1, 29 pr.:

Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim neglegentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur.

Daß diese Stelle interpoliert ist, wird von B. anerkannt; er verwertet sie daher nur für das Justinianische Recht. Indem, so sagt er, der Bürge wissentlich die Vorschützung der exceptio doli oder n. n. p. unterlasse, handele er bewußt gegen die übernommene Mandatspflicht; dennoch nenne die Stelle jene absichtliche Unterlassung nicht immer dolos, sie könne auch dissoluta neglegentia sein; dagegen entschuldige die leichtfertigste Unwissenheit, wenn sie nur wirklich vorhanden sei, den Bürgen vollständig. Hier waltet, irre ich nicht, ein Mißverständnis ob. B. scheint das scire und ignorare des Bürgen auf dessen Wissen oder Nichtwissen von der Zuständigkeit der exceptio zu beziehen, während in der Stelle, wie der Zusammenhang ergibt, vielmehr an das scire oder ignorare non numeratam esse pecuniam gedacht ist. Es handelt sich um die sei es dolose, sei es kulpöse Nichtbenutzung eines prozessualen Rechtsbehelfs, dessen tatsächliche Grundlagen, wie der Bürge wußte, gegeben waren. Dafür, daß die dissoluta neglegentia eine bewußte Pflichtwidrigkeit bedeute, bietet die Stelle keinerlei Anhalt.

Ebensowenig Belang hat die Bezugnahme B.s auf den gleichfalls interpolierten § 3 des gleichen Fragments. Der Bürge hat gezahlt, davon aber dem Hauptschuldner keine Mitteilung gemacht, so daß dieser nochmals zahlte. Dem Bürgen wird die actio mandati versagt: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori. Auch hier wieder unterstellt B. ohne Grund, daß der Bürge die ihm obliegende Benachrichtigungspflicht — aus Trägheit oder Indifferenz — bewußt verletzt habe. Kann der Bürge

die Mitteilung nicht auch aus reiner Vergeßlichkeit unterlassen haben?

Ohne Belang ist endlich auch Ulp. 22 ad ed. D. 11, 1, 11 § 10. 11:

Qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima sit.

Die Stelle ist nicht nur, wie B. (S. 750) zugesteht, wahrscheinlich, sondern ganz sicher interpoliert. Unecht ist nicht nur das nisi culpa dolo proxima sit¹⁾, sondern jedenfalls auch das absolvi eum debere, da in klassischer Zeit hier keine absolutio, sondern nur eine Restitution in Frage kommen konnte²⁾; wahrscheinlich ist der ganze § 11 byzantinisches Machwerk. B. unterstellt auch hier bei der Ausnahme nisi usw., daß der interrogatus seine Erbeneigenschaft gekannt habe; diese Lüge soll deshalb hier nicht als dolus gelten, weil der interrogatus wohl nur deshalb gelogen habe, um den Kläger ohne weitere Schädigungsabsicht hinzuhalten, oder gegen Richtigkeit oder Unrichtigkeit seiner Antwort gleichgültig gewesen sei!

Als letzten Beleg führt B. (S. 751) in diesem Zusammenhang noch das Reskript Caracallas an, C. 5, 53, 2, das er selbst als „wohl interpoliert“ bezeichnet:

Is qui rationes tutelae seu curae³⁾ reposcit, invitus in litem iurare compelli non potest. sed volens ita demum audiendus est, si heres *per longam successionem* (?) tutoris instrumenta pupillaria dolo⁴⁾ circumveniendi pupilli gratia exhibere non vult. *Sin vero neque dolus neque lata culpa neque fraus heredis vincitur, omissa iurisiurandi facultate iudex de veritate cognoscet, quae etiam argumentis liquidis investigari potest.*

Die Stelle ist ganz besonders abscheulich und gedankenlos interpoliert.⁵⁾ Im Vordersatz ist klar und deutlich als Vor-

¹⁾ de Medio, Bull. 18, 264.

²⁾ So auch Biondi, Giuramento 64.

³⁾ Solazzi, Min. età 103. ⁴⁾ Mommsen.

⁵⁾ Zur Interpolation des Schlußsatzes vgl. de Medio, Bull. 18, 264.

aussetzung für den Schätzungseid *dolus* des beklagten Erben gefordert. Im Nachsatz tritt *lata culpa* daneben, und zwar so ungeschickt wie möglich zwischen *dolus* und *fraus* gestellt. Binding versteht das *culpa lata* von einem Fall, wo der Erbe die *Exhibition* zwar auch bewußt pflichtwidrig, aber etwa „aus Saumseligkeit oder aus andern Gründen“ als um den Mündel zu übervorteilen, unterläßt. Allein der Vordersatz unterstellt ein *exhibere non velle*; an bloße Saumseligkeit ist daher nicht zu denken, und es dürfte recht schwer sein, einen Fall zu konstruieren, wo der Beklagte bewußt pflichtwidrig die Vorlage der den Mündel angehenden Urkunden verweigert und doch moralisch soll entschuldigt werden können. In Wirklichkeit dürfte der Interpolator bei Formulierung des Nachsatzes die Voraussetzung „*si heres exhibere non vult*“ vergessen haben; dem bekannten Prinzip zulieb setzte er die *culpa lata* neben den *dolus* und dachte dabei einfach an ein grobfahrlässiges *non exhibere*, nicht aber an bewußte Pflichtwidrigkeit.

6. Ein besonderes Interesse widmet, wie natürlich, B. (S. 752f.) den wenigen Stellen, die die Rolle der *lata culpa* im Strafrecht betreffen. Den Ausgangspunkt der Erörterung bietet ihm hier Paul. de publ. iud. D. 48, 8, 7:

In lege Cornelia *dolus pro facto accipitur. neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercionem non pertinet.*

B. (S. 753) hält die Erwähnung der *culpa lata* an dieser Stelle im Gegensatz zu de Medio (Bull. 17, 31) für klassisch, aus Gründen, die schwerlich durchschlagen. Die Interpolation wäre, sagt er, die einzige, in der die Gleichstellung von *dolus* und *culpa lata* verneint und nicht bejaht werde. Aber die Kompilatoren hatten doch wahrlich alle Ursache, gerade bei dem Mordgesetz von der sonst beliebten Gleichstellung eine ausdrückliche Ausnahme zu machen. Eine solche Ausnahme hätte, meint freilich B., nicht auf das Gebiet der *lex Cornelia* beschränkt, sondern viel all-

gemeiner gefaßt und etwa in den Titel 48, 1 aufgenommen werden müssen. Da traut er den Kompilatoren viel mehr Umsicht und Konsequenz zu, als sie besaßen. Bei den vorher in den D. behandelten *leges de maiestate*, *de adulteriis*, *de vi* kam die kulpöse Tat nicht in Frage; die *lex Cornelia de sicariis* war die erste, wo sie in Betracht zu ziehen war; so erklärt sich leicht die Interpolation gerade an diesem Ort. Die Stelle weist aber auch sehr deutliche äußere Kennzeichen der Interpolation auf, was de Medio a. a. O. nicht gesehen und daher unvorsichtigerweise verneint hat. Man achte darauf, wie sklavisch der zweite Satz die Form des ersten nachbildet: in lege Cornelia *dolus pro facto accipitur* — *neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur*. Dazu kommt, daß, so eng an den ersten angeschlossen, der zweite Satz bei einem guten Schriftsteller nur könnte besagen wollen: zwar der *dolus*¹⁾, nicht aber die *culpa lata*, die dem *dolus* hier nicht gleichstehe, gelte für die Tat.²⁾ Dazu aber passen die beigefügten Beispiele nicht, die Fälle vollendeter Tötung betreffen. M. E. sind der Eingang und die Beispiele echt. Der Zusammenhang aber war im Urtext, statt durch den interpolierten Satz, durch eine Bemerkung vermittelt, die im Gegensatz zum ersten Satz hervorhob, daß ein *sine consilio factum* nicht unter die *lex falle*.³⁾ Ganz unmöglich aber ist es jedenfalls, mag man nun den Zwischensatz für interpoliert halten oder nicht, die Beispiele anders aufzufassen denn als solche fahrlässiger Tötung. Durch den Wortlaut der Stelle wird Bindings Annahme ausgeschlossen, man müsse sich das erste Beispiel so vorstellen, daß der Schuldige von oben absichtlich, etwa aus Rüpelei, einem unten Gehenden auf den Kopf gesprungen sei. Die Worte „*et super alium venerit*“ beweisen, daß der sich Herabstürzende als ohne seinen Willen auf den andern

¹⁾ Damit ist gewiß nicht, wie B. S. 754 will, die Anstiftung allein gemeint, sondern die nicht wenigen Fälle, wo die *lex* die bloße dolose Vorbereitungshandlung straft.

²⁾ Genau so die sonst wörtliche Übersetzung in Bas. 60, 39, 5 sch. 3: *Ἐν τῷ Κορνελίῳ τῷ περὶ ἀνδροφόνων ὁ δόλος ἀντὶ τοῦ φάκτου παραλαμβάνεται, οὐ μὴν καὶ ἡ λάτα κόλυπα.*

³⁾ Ähnlich wie bei Paul. sent. 5, 23 § 3.

„geraten“ gedacht ist.¹⁾ Se super alium praecipitare ist etwas anderes als se praecipitare et super alium venire. So bietet diese Stelle ein sehr starkes Argument dafür, daß die Kompilatoren unter lata culpa nichts anderes verstanden als die herrschende Meinung der Modernen.

In gleicher Richtung fällt Ulp. 8 de off. proc. Coll. 12, 5, 2 ins Gewicht:

... sed eis, qui non data opera incendium fecerint, plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta negligentia vel lascivia fuit.²⁾

Lata negligentia wird hier, wie der Zusatz et incauta beweist, sicherlich nicht als technische Bezeichnung eines bestimmten Grades des Verschuldens gebraucht. Hätte aber lata culpa und lata negligentia die diesen Wendungen von B. zugeschriebene technische Bedeutung besessen, so hätte der Ausdruck auch untechnisch nicht in Gegensatz zu data opera gebracht werden können; denn data opera bezeichnet gerade die Absichtlichkeit an sich, die B. nicht nur für den dolus, sondern auch für die lata culpa fordert. Es ist eine gewagte und nicht zu erweisende Behauptung, wenn B. (S. 768) data opera als Synonymum des dolus malus bezeichnet. Gewiß wird data opera sehr oft gebraucht, wo ebensogut dolus malus stehen könnte; sollte aber eine Absicht, die dolus malus nicht ist, einer solchen, die es ist, gegenübergestellt werden — und das wäre nach B. in der obigen Stelle der Fall —, so konnte unmöglich zur Bezeichnung der letzteren der an sich ganz indifferente Ausdruck data opera verwendet werden. Es wird also dabei bleiben müssen, daß Ulpian bei lata negligentia nicht an Absicht gedacht hat.

Ob die von B. (S. 752. 767f.) herangezogene Parallelstelle Marcians 14 inst. D. 47, 9, 11 in ihrem ursprünglichen Wortlaut dasselbe besagte wie die eben besprochene Äußerung Ulpians, muß dahingestellt bleiben. So wie wir sie jetzt lesen, erweckt sie starken Interpolationsverdacht³⁾:

¹⁾ Der Scholiast zu Bas. 60, 39, 5 übersetzt venerit ganz richtig mit *ἔπειτα*.

²⁾ Es dürfte fuerint (fuint) zu lesen sein.

³⁾ Vgl. auch de Medio, Bull. 18, 292.

Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima.

Der Text, wie er vorliegt, ist ein eines Klassikers unwürdiges Gestammel. Auch B. (S. 768) erklärt ihn für verderbt. Ich halte es mit ihm für sehr möglich, daß Marcian aus Ulpian oder beide aus der gleichen Quelle schöpften. Nur wird Marcian, statt von *lata neglegentia*, im selben Sinn von *lata culpa*, und, statt von *lascivia*, von *luxuria* gesprochen haben. Den Kompilatoren aber fiel bei *lata culpa* ihre *culpa dolo proxima* ein, und, um diese Wendung anzubringen, gaben sie dem Text die ungeschickte Gestalt, in der wir ihn jetzt lesen. Daß aber ein vorsätzlich angestifteter Brand jemals *fortuitum incendium* genannt worden wäre — denn der Fall der *lata culpa* erscheint hier ja als Ausnahme von der sonstigen Straflosigkeit des *fortuitum incendium* —, ist nicht glaublich. Einen solchen Sprachgebrauch möchte ich auch den Leuten Justinians nicht zutrauen. —

Ich habe im Obigen, wenn ich nicht irre, alle für unsere Frage in Betracht kommenden Stellen erörtert. Außer Erörterung ließ ich absichtlich die drei auf *lata culpa* bezüglichen Stellen des Titels de V. S.:

Paul. 1 man. fr. 226:

Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est.

Ulp. 1 regul. fr. 213 § 2:

Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.

Paul. 2 sent. fr. 223 pr.:

Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt.

Alle drei Stellen sind aus einem Zusammenhang gerissen, der sich nicht mehr ermitteln läßt; infolgedessen ist es kaum möglich, festzustellen, ob und inwieweit sie Veränderungen erlitten haben. Anstöße bietet jede von ihnen. Die erste¹⁾ durch die Trivialität des Satzes „*magna neglegentia culpa est*“, durch die jedenfalls falsche einfache Identifizierung

¹⁾ Vgl. zu ihr de Medio, Bull. 17, 30.

von magna culpa und dolus und durch die Zusammenstellung der beiden unter sich nicht zusammenhängenden Sätze. Die zweite dadurch, daß nimia neglegentia als ein non intellegere erläutert wird.¹⁾ Die dritte durch die sonderbare Wendung „latae culpa finis“. Keine von ihnen beweist, daß lata culpa ein technischer Ausdruck der römischen Jurisprudenz war; daß in irgendeinem Verhalten eine grobe Fahrlässigkeit oder eine schwere Verschuldung liege, konnten sie sehr wohl sagen, ohne damit einen technisch feststehenden Begriff zu meinen. Keinesfalls bestätigen sie B.s Auffassung dieses Begriffs, und darauf allein käme es ja für unsere Untersuchung an.

Ich fasse das Ergebnis zusammen: culpa lata bedeutet weder bei den Klassikern noch bei den Byzantinern eine Unterart des Vorsatzes; den Klassikern aber ist die ganze Unterscheidung zwischen culpa lata und culpa levis als technische fremd. Man kann zweifeln, ob unser BGB. — freilich von einem andern Gesichtspunkt aus — nicht besser daran getan hätte, auch seinerseits auf die Unterscheidung zwischen grober und gewöhnlicher Fahrlässigkeit zu verzichten. Wenn § 276 des BGB. die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt definiert, so macht diese Begriffsbestimmung, genau besehen, jene Unterscheidung nicht nur überflüssig, sondern unmöglich. Denn es gibt kein festes Maß ein für allemal im Verkehr erforderlicher Sorgfalt. Der Verkehr differenziert hier vielmehr schon selber je nach den Rechtsverhältnissen. Niemand denkt daran, von dem Schenker dasselbe Maß von Sorgfalt zu fordern wie von dem Verkäufer; oder von dem, der eingreift, um eine dringende Gefahr von einem andern abzuwenden, dasselbe wie von dem, der unter gewöhnlichen Verhältnissen eine Geschäftsführung übernimmt. Niemand nennt einen Käufer fahrlässig deshalb, weil er nicht mit besonderer Beflissenheit prüft, ob sein Verkäufer auch wirklich Eigentümer der gekauften Sache sei, oder danach forscht,

¹⁾ Keinen Anstoß nehme ich dagegen an dem non intellegere quod omnes intellegunt. B. S. 770 meint, das sei als Definition sinnlos: was alle einsehen, könne keiner nicht einsehen. Gemeint ist hier natürlich: alle bis auf den einen. S. schon Pernice, Labeo II (1. Aufl.) 423.

ob die Sache keine Fehler habe, deren Abwesenheit er schon nach der Verkehrsanschauung erwarten darf. Ich glaube, daß unsere Gerichte mit der bloßen Begriffsbestimmung des § 276 ganz gut ausgekommen wären, zumal wenn man in sie noch ein freilich im Grund überflüssiges „nach den Umständen des Falles“ aufgenommen hätte. Mehr ließ sich m. E. für die Übernahme des Haftungsgrads der *diligentia quam suis* sagen. Diese feinere Abstufung der Haftung hätte sich kaum ohne weiteres aus der Verkehrsanschauung ableiten lassen, und hat doch, mag sie nun ebenfalls byzantinisch sein oder nicht, in gewissen Verhältnissen etwas für sich. Praktisch spielt sie freilich kaum eine große Rolle.

IX.

Zu P. Oxy. N. 1408.

Von

Ludwig Mitteis

in Leipzig.

Der mir eben zugehende zwölfte Band der Oxyrhynchus-papyri enthält in N. 1408 l. 1—10 den Rest des Protokolls über eine Gerichtsverhandlung; er erscheint mir interessant genug, um ihm eine, wie es vorgerückte Zeit und begrenzter Raum bedingen, kurze Erörterung zu widmen. Um besonders einläßlich zu werden, dazu ist auch das fragmentarische und seinen Tatbestand keineswegs genau enthüllende Stück nicht hinreichend tragfähig; aber eben weil es einige Rätsel zu lösen aufgibt, übt es einen besonderen Reiz aus. Auch ist die Auffassung des Tatbestandes, welche die Herausgeber in der Introduction aussprechen, irrtümlich, und es scheint mir rätlich, sie rechtzeitig zu berichtigen.

Der Wortlaut ist folgender, wobei ich an zwei Stellen die von den Herausgebern offen gelassene Lücke ergänze. und meine Ergänzung als solche kenntlich mache: