

**Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen**

---

**Neue Folge · Band 70**

**Abt. A:**

**Abhandlungen zum Römischen Recht  
und zur Antiken Rechtsgeschichte**

**Sprachliche Indizien  
für inneres System bei  
Q. Cervidius Scaevola**

**Von**

**Julia Maria Gokel**



**Duncker & Humblot · Berlin**

JULIA MARIA GOKEL

Sprachliche Indizien für inneres System  
bei Q. Cervidius Scaevola

# Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen

Herausgegeben vom Institut für Rechtsgeschichte und  
geschichtliche Rechtsvergleichung der Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg i. Br.

Neue Folge · Band 70

Abt. A: Abhandlungen zum Römischen Recht  
und zur Antiken Rechtsgeschichte

# Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola

Von

Julia Maria Gokel



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und  
Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT

Die Juristische Fakultät  
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg  
hat diese Arbeit im Jahre 2012  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Fotosatz Voigt, Berlin  
Druck: CPI buch.bücher.de, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-6704  
ISBN 978-3-428-14112-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-54112-6 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-84112-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern und Geschwistern*

*Im Gedenken an meinen Großvater  
Dr. Willy Gokel*



**D.1.3.24 (Celsus 9. dig.)**

„Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere“.

„Es ist ungebührlich, ohne genaue Prüfung des ganzen Gesetzes nach Vorlage von bloß irgendeinem Teilstück davon ein Urteil zu fällen oder ein Gutachten zu erteilen“.

„Letzten Endes ist das Rechtssystem der Versuch, das Ganze der Gerechtigkeit im Hinblick auf eine bestimmte Form des gesellschaftlichen Lebens in einer Summe rationaler Prinzipien zu erfassen. Daß aber eine vernünftige, dem Denken erfassbare Struktur die geistige und die materielle Welt beherrsche, ist die unaufgebare Grundhypothese aller Wissenschaft“.

*Helmut Coing* (Geschichte und Bedeutung  
des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft)



## Vorwort

Diese Arbeit stellt die überarbeitete Fassung meiner Dissertation dar, welche der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Sommersemester 2012 vorlag.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem verehrten Lehrer, Prof. Dr. Christian Baldus, der das Entstehen dieser Arbeit als mein Doktorvater mit vielseitigen Anregungen begleitet und mich stets persönlich gefördert hat. Durch seine spannenden Vorlesungen und Seminare hat er bereits mit Beginn des ersten Semesters mein großes Interesse am römischen Recht geweckt.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Christoph Krampe, der die Arbeit als Zweitgutachter betreut hat.

Großen Dank schulde ich dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) für die finanzielle Förderung, die mir einen sechsmonatigen Forschungsaufenthalt in Italien ermöglicht hat. Ebenso bedanke ich mich beim Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Den Professoren Emanuele Stolfi (Siena), Gianni Santucci (Trient) und Massimo Miglietta (Trient) möchte ich an dieser Stelle für die hervorragende Betreuung und einzigartige Gastfreundschaft während meines Forschungsaufenthalts in Italien danken.

Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Dr. Joachim Huber für seinen unermüdlichen Rat in philologischen Fragen.

Mein ganz besonderer Dank gilt abschließend meiner Bologneser Lehrerin, Dott.ssa Simona Tarozzi, bei der ich einst das Römische Recht am Ort seiner Wiedergeburt lernen durfte und deren ansteckender Enthusiasmus für das Römische Recht mich nachhaltig geprägt hat. Ohne ihre Unterstützung und Förderung wäre ich heute nicht das, was ich bin.

Mannheim, Januar 2014

*Julia Maria Gokel*



# Inhaltsverzeichnis

## 1. Kapitel

<b>Einführung und Hintergründe</b>	21
<b>§ 1 Einleitung</b>	21
I. Zum Thema der Untersuchung	21
II. Zum Forschungsstand	24
III. Methodologisches <i>caveat</i>	26
IV. Sprachliche ‚Individualität‘?	28
V. Die Aufgabenstellung	31
1. Die Auswahl des Juristen	34
2. Die Auswahl der Quellen	36
a) Suchkriterien	36
b) Strukturierung der Quellen	38
c) Anordnung der Quellen	40
VI. Ziel der Untersuchung	40
<b>§ 2 Ein inneres System im römischen Recht?</b>	43
I. Zum Systembegriff im römischen Recht	43
II. Zur Herkunft des Systembegriffs	45
III. Ansätze zu Systembildung im römischen Recht	47
1. Zum äußeren System	47
2. Systematisierungstendenzen des Kaisers Justinian	48
3. Modelle für äußeres System	50
4. Der Systemvorstoß Ciceros	53
a) Spannungsverhältnis zwischen Kasuistik und System	55
b) Spannungsverhältnis zwischen <i>ius controversum</i> und System	56
c) Spannungsverhältnis zwischen Topik und System	57
d) Spannungsverhältnis zwischen <i>regulae iuris</i> und System	59
5. Zum inneren System	60
a) Bestimmung eines inneren Systems im römischen Recht	61
b) Die <i>Institutiones</i> des Gaius	64
<b>§ 3 Leben und Werk des Quintus Cervidius Scaevola</b>	68
I. Lebensdaten	68
II. Der Lehrer Cervidius Scaevola	70

III. Der Respondent Cervidius Scaevola .....	75
IV. Das Werk des Cervidius Scaevola .....	78
1. Bestand .....	78
2. Zu den einzelnen Werken .....	81
a) <i>Digesta</i> und <i>Responsa</i> .....	81
aa) Responsenaufbau .....	83
(1) Schriftlichkeit oder Mündlichkeit der Konsultationspraxis? .....	83
(2) Blankettnamen .....	91
(3) Breite Sachverhalte und knappe Antworten .....	96
(4) ‚Geteilte Autorenschaft‘ .....	97
(5) „Kurze Notizen“/„Regestentheorie“? .....	99
bb) Die sog. „Doppelüberlieferungen“ .....	101
(1) Die jüngeren <i>Digesta</i> sind aus den älteren <i>Responsa</i> hervorgegangen .....	102
(2) Die <i>Responsa</i> sind eine Epitome der <i>Digesta</i> .....	103
(3) <i>Digesta</i> und <i>Responsa</i> stammen von einer dritten Quelle ..	104
(4) Stellungnahme .....	105
b) <i>Quaestiones</i> .....	107
V. Der ‚individuelle‘ Stil von Scaevola .....	114
1. Lakonie .....	115
2. Schroffe Zurückweisung und Ironie .....	118
3. Stereotype, <i>verba</i> und Gräzismen .....	120

## 2. Kapitel

### Exegesen 126

<b>§ 4 Systembildung durch Konjunktion der Negation</b> .....	126
I. Das <i>argumentum per duplicem exceptionem</i> .....	126
II. Der Sprachgebrauch von „nec ... nec“ bei Scaevola .....	127
III. Exegesen .....	131
1. D.14.3.20 (Scaev. 5. dig.) .....	131
a) Einordnung der Quelle .....	132
b) Die Protagonisten des Falles .....	132
aa) Blankettnamen .....	133
bb) Drei oder fünf Protagonisten? .....	134
cc) Stellungnahme .....	135
c) Die <i>bonorum venditio</i> .....	136
d) Das Vertragsverhältnis mit der Bank .....	137
aa) <i>depositum</i> .....	138
bb) <i>mutuum</i> .....	139

cc) <i>depositum irregulare</i> .....	140
dd) Stellungnahme .....	141
(1) „penes“ als Indiz für ein <i>depositum (irregulare)</i> ? .....	141
(2) „quos denarios“ bzw. „numerare debebo“ als Indiz für ein <i>mutuum</i> ? .....	142
(3) Zinsen als Indiz? .....	143
ee) Zwischenergebnis .....	144
e) Die Konsulenten .....	145
f) Mögliche Klagen gegen Terminalis .....	146
aa) Eigenhaftung des <i>institor</i> ? .....	146
bb) Rechtliche Einordnung des Briefes .....	149
(1) <i>stipulatio debiti</i> .....	150
(2) Exkurs: <i>obligatio litteris</i> .....	151
(3) <i>constitutum debiti</i> .....	154
g) Das Handeln „ad fidem mensae“ .....	157
h) Das <i>responsum</i> des Juristen .....	158
aa) Zum Sprachgebrauch der Begriffe „ius“ und „aequitas“ bei Scaevola .....	159
bb) Übertragung auf den konkreten Fall .....	160
cc) Wertungen der Entscheidung .....	161
dd) Zwischenergebnis .....	162
i) Systembildung durch „nec ... nec ... superesse“? .....	163
j) Ergebnis zu D.14.3.20 .....	165
2. D.5.2.20 (Scaev. 2. quaest.) .....	166
a) Einordnung und Aufbau der Quelle .....	166
b) Das Rechtsproblem .....	168
c) Systembildung durch „nec ... nec“? .....	170
d) Ergebnis zu D.5.2.20 .....	171
IV. Zusammenfassung der Exegesen .....	172
<b>§ 5 Systembildung nach der Art</b> .....	173
I. Das <i>argumentum ad modum</i> .....	173
II. Zum Sprachgebrauch von <i>huiusmodi/eiusmodi</i> bei Scaevola .....	174
III. Exegesen .....	180
1. D.33.7.27 (Scaev. 6. dig.) .....	180
a) Einordnung der Quelle .....	182
b) Struktur der Quelle .....	182
c) Der Sachverhalt .....	183
d) Die Anfragen .....	185
aa) Nur vorübergehende Tätigkeit? .....	186

bb) Mitvermachte Früchte? .....	187
cc) Mögliche Prozesssituation .....	187
e) Auslegung des Grundstücks-Fideikommisses .....	189
aa) <i>fundus cum instrumento</i> ? .....	189
bb) <i>fundus instructus</i> ? .....	191
cc) Stellungnahme .....	191
(1) „cum omnibus rebus“ .....	192
(2) „cum mancipiis“ .....	193
(3) „cum reliquis colonorum“ .....	194
f) Das <i>responsum</i> von Scaevola .....	195
g) Exkurs: Die Auslegung von Rechtsgeschäften in Rom .....	196
h) Systembildung durch „huiusmodi scriptura“? .....	198
i) Ergebnis .....	200
2. D.34.1.13.1 (Scaev. 4. resp.) .....	200
a) Einordnung und Aufbau der Quelle .....	201
b) Der Sachverhalt .....	202
aa) Die Klausel ‚quoad cum Claudio Iusto morati essetis‘ .....	202
bb) Die Klausel ‚et tecum sint semper volo‘ .....	204
IV. Zusammenfassung der Exegesen .....	206
<b>§ 6 Systembildung durch Gattungsbildung .....</b>	<b>207</b>
I. Das <i>argumentum ex genere</i> .....	207
II. Zum juristischen Sprachgebrauch .....	207
III. Exegesen .....	209
1. D.18.6.11 (In libro septimo digestorum Iuliani Scaevola notat) .....	209
a) Einordnung der Quelle .....	209
b) Der Sachverhalt .....	210
c) Fälle von höherer Gewalt .....	210
d) Systembildung durch „aliove quo casu“? .....	211
2. D.18.3.6 (Scaev. 2. resp.) .....	212
a) Einordnung der Quelle .....	213
b) Überblick über den Quellenbestand zur <i>Arrha</i> .....	214
c) Aufbau der Quelle .....	216
aa) D.18.3.6 pr. ....	216
bb) D.18.3.6.1 .....	218
cc) D.18.3.6.2 .....	218
dd) Vergleich der Satzstrukturen .....	219
d) Das Principium .....	220
e) Die <i>Arrha</i> .....	220
f) Zwischenergebnis .....	224
g) Die <i>lex commissoria</i> .....	224

h) Die Kombination von <i>Arrha</i> und <i>lex commissoria</i> .....	227
i) Das <i>responsum</i> .....	228
j) Systembildung durch „vel alio nomine“? .....	230
aa) Zum juristischen Sprachgebrauch von „nomen“ bei Scaevola ..	231
bb) „arrae vel pignoris nomine“? .....	233
cc) „unter anderer Benennung“? .....	237
k) Ergebnis .....	240
IV. Zusammenfassung der Exegesen .....	241
<b>§ 7 Systembildung durch Konsequenz</b> .....	242
I. Das <i>argumentum per consequentiam</i> .....	242
II. Zum Sprachgebrauch von „consequens“ bei Scaevola .....	243
III. Exegesen .....	244
1. D.36.1.80.4 (Scaev. 21. dig.) .....	244
a) Einordnung und Struktur der Quelle .....	244
b) Der Sachverhalt .....	246
c) Das <i>responsum</i> .....	247
d) Das Konsequenzargument .....	247
2. D.50.1.24 (Scaev. 2. dig.) .....	249
a) Einordnung und Aufbau der Quelle .....	249
b) Inhalt der Quelle .....	252
c) Das <i>responsum</i> .....	254
d) Das Konsequenzargument .....	257
e) Systembildung durch <i>consequens</i> ? .....	259
3. D.21.2.69.4 (Scaev. 2. quaest.) .....	260
a) Einordnung der Quelle .....	261
b) Struktur der Quelle .....	262
c) Auslegung .....	264
aa) Der Sachverhalt .....	264
bb) Die mögliche Prozesssituation .....	270
cc) Das Konsequenzargument .....	272
IV. Zusammenfassung der Exegesen .....	275
<b>§ 8 Systembildung durch Absurditätsschlüsse</b> .....	277
I. Das <i>argumentum ad absurdum</i> .....	277
II. Zum Sprachgebrauch von „alioquin“ bei Scaevola .....	279
III. Die Quelle D.40.9.6 (Scaev. 16. quaest.) .....	280
1. Einordnung und Aufbau der Quelle .....	281
2. Kommentierung von D.40.9.5.2 (Iul. 64. dig.) .....	282
3. Die <i>obligatio alternativa</i> .....	283
4. Die Entscheidung des Julian .....	284

a)	Die Voraussetzungen der <i>lex Aelia Sentia</i> .....	285
b)	Mögliche Gründe für die Unwirksamkeit der Freilassung .....	286
aa)	Verletzung des Gläubigerinteresses an der Auswahl .....	286
bb)	Erhöhung des Risikos der Zahlungsunfähigkeit .....	286
c)	Haftung des Schuldners? .....	287
5.	Stellungnahme des Scaevola .....	288
a)	Scaevola zitiert Julian .....	289
b)	Die Abgrenzung von Wahl- und Gattungsschuld .....	291
c)	Entscheidungsgründe .....	293
6.	Die Kommentierung des Ulpian .....	294
7.	Systembildung durch <i>alioquin</i> ? .....	295
IV.	Ergebnis .....	296
<b>§ 9</b>	<b>Systembildung durch Generalisierung</b> .....	297
I.	Das <i>argumentum per generalem modum</i> .....	297
II.	Der Sprachgebrauch bei Scaevola .....	298
III.	Exegesen .....	303
1.	D.22.2.5 (Scaev. 6. resp.) .....	303
a)	Einordnung und Aufbau der Stelle .....	304
b)	Das <i>fenus nauticum</i> .....	306
c)	Das Principium .....	309
aa)	„et insuper aliquid praeter pecuniam“ .....	311
bb)	„si modo in aleae speciem non cadat“ .....	312
cc)	„veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent ...“ .....	314
dd)	Die Darlehen für Fischer und Athleten .....	316
d)	D.22.2.5.1: <i>usurae ex pacto</i> ? .....	317
e)	Systembildung durch „in his omnibus“? .....	322
f)	Zwischenergebnis .....	323
2.	D.28.2.29 (Scaev. 6. quaest.) .....	323
a)	Kontext und Struktur der Quelle .....	327
b)	Inhalt der Quelle .....	328
aa)	Die <i>clausula Aquiliana</i> .....	328
bb)	D.28.2.29.1 .....	333
cc)	D.28.2.29.2–4 .....	334
dd)	D.28.2.29.5–6: Die Erweiterung der Formel auf andere Fälle des Erlöschens der <i>patria potestas</i> .....	336
ee)	D.28.2.29.10: Allgemeine Voraussetzungen .....	341
c)	Systembildung im Recht der <i>postumi</i> ? .....	342
d)	Zwischenergebnis .....	343
IV.	Zusammenfassung der Exegesen .....	344

<b>§ 10 Zusammenfassung und Ausblick</b> .....	346
I. Ergebnisse der einzelnen Exegesen .....	346
II. Zum inneren System .....	347
III. Innere Systembildung und Sprache .....	349
IV. „Werktypen“ .....	350
V. Das Juristenprofil Scaevolus .....	352
VI. Ausblick .....	354
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	356
<b>Sachregister</b> .....	402
<b>Quellenregister</b> .....	411

## Abkürzungsverzeichnis

ad Plaut.	ad Plautium
ad Sab.	ad Sabinum
ad Vitell.	ad Vitellium
a. E.	am Ende
aed. cur.	aedilium curulium
African.	Africanus
Alf.	Alfenus
allgem.	allgemein
Aufl.	Auflage
Bd.	Band/Bände
Begr.	Begründer
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus
Callist.	Callistratus
C.I.C.	Corpus Iuris Civilis
D.	Digesten
decret.	decretorum
def.	definitionum
ed.	edictum
EP	Edictum Perpetuum
epist.	epistularum
epit.	epitomatorum
excus.	excusationum
f./ff.	folgende Seite(n)
fideicomm.	fideicommissarum
Florent.	Florentinus
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Fut.	Futur
grds.	grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber
Iav.	Iavolenus
ICTus	iuris consultus
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im eigentlichen Sinne

Ind. Itp.	Index Interpolationum
insbes.	insbesondere
Inst.	Institutiones/Institutionen
Iul.	Iulianus
Konj.	Konjunktiv
Lab.	Labeo
lib.	liber
lib. sing. ench.	liber singularis enchiridion
lib. sing. quaest. pub. tract.	liber singularis quaestionum publice tractatarum
membr.	membranarum
Mod.	Modestinus
m.w.N.	mit weiterem Nachwort
n. Chr.	nach Christi Geburt
Nerat.	Neratius
o. ä.	oder ähnliche(s)
OIR	Orbis Iuris Romani, Journal of Ancient Law Studies
p. a.	per annum
Paul.	Paulus
Pomp.	Pomponius
pr.	principium
prov.	provinciale
PS	Pauli Sententiae
quaest.	quaestionum
rer. cott.	rerum cottidianarum
resp.	responsorum
Rn.	Randnummer
rust.	rustica
Scaev.	Scaevola
sing.	singularis
sog.	sogenannte
stipul.	stipulationibus
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
tab.	tabula(e)
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenes
u. a.	unter anderem/und andere(s)
Übers.	Übersetzer
Ulp.	Ulpianus
v. Chr.	vor Christi Geburt
vgl.	vergleiche
vorauss.	voraussichtlich
z. B.	zum Beispiel



## 1. Kapitel

# Einführung und Hintergründe

## § 1 Einleitung

### I. Zum Thema der Untersuchung

Die Fortentwicklung des römischen Rechts, ausgehend von einem primitiven Fallrecht zu einem hoch technisierten Recht der klassischen Zeit, gilt als wissenschaftliche Glanzleistung der Römer<sup>1</sup>.

Bis heute prägt das mehr als zweitausend Jahre alte römische Recht die Privatrechtsordnungen Europas nachhaltig<sup>2</sup>.

Für die römischen Juristen, welche in einer nicht kodifizierten Rechtsordnung lebten, war Recht nicht etwas Gegebenes, sondern etwas *ab ovo*<sup>3</sup> Gestaltbares.

Indem der römische *iuris prudens*<sup>4</sup> einen Rechtsfall entschied, schuf er zugleich neues Recht<sup>5</sup>. Dabei ging er meist vom konkreten Problem aus und suchte

---

<sup>1</sup> Vgl. *Schiavone* (Ius, S. 5 f.).

<sup>2</sup> Dazu nur *Mayer-Maly* (JZ 1 (1971), S. 1–3); *Zimmermann* (JZ 62 (2007), S. 3–6).

<sup>3</sup> Die römischen Juristen gelten insoweit als Schöpfer des römischen Rechts. Ob sie darüber hinaus auch als „Erfinder“ des Rechts angesehen werden können, ist eine philosophische Frage, die hier nicht beantwortet werden kann. Zur umstrittenen Frage nach der Ontologie des römischen Rechts siehe statt aller *Orestano* (Introduzione, S. 15 ff.) sowie *Schiavone* (Ius, S. 176 ff.). Nach *Schiavone*, welcher von der „grande invenzione del pensiero romano“ (S. 176) spricht, waren die „concetti giuridici“ der römischen Juristen nicht einfach nur „categorie del pensiero“, sondern konnten metaphysische Bedeutung erlangen, „dove l’esperienza concreta della vita si riduceva entro un numero definito di modelli archetipici: una vera e propria ontologia, che si poneva come il motore di ogni sviluppo del *ius*“. Da es in Rom – worauf noch zurückzukommen sein wird – kaum Gesetze gab und die früheren Entscheidungen der Juristenkollegen keine Präcedenzwirkung entfalteten, konnten die Juristen jedenfalls relativ zukunftsfrei entscheiden.

<sup>4</sup> Bemerkenswert ist, dass außer der lateinischen keine andere antike Sprache einen Begriff für die Rechtsexperten kennt; vgl. *Schiavone* (Ius, S. 5). Beispielsweise für das griechische Recht spricht *Stolfi* (Introduzione, S. 23) insofern von einem „vuoto terminologico estremamente significativo“. Siehe auch *Zimmermann* (JZ 62 (2007), S. 7).

<sup>5</sup> Da die römischen Juristen, wie *Giuro* (Röm. Rechtswahrheiten, S. 197 f.) bemerkt, den Gesetzgeber weitgehend ersetzen mussten, fielen Rechtserkenntnis und Rechtsproduktion in ihren Aufgaben zusammen: „Eine scharfe Trennung zwischen Recht und seiner Dogmatik war damit ausgeschlossen“. Auch wenn die Rechtsschöpfungsfreiheit der römischen Juristen mit der Kaisergesetzgebung im 2. Jh. n. Chr. zunehmend einge-

idealerweise nach der gerechtesten<sup>6</sup> Lösung für den jeweiligen Interessenkonflikt<sup>7</sup>.

---

schränkt wurde, konnten diese die Entscheidungen des Kaisers noch relativ frei interpretieren. Dazu *Baldus* (GS Franciosi, S. 167–189, insbes. S. 186 f.). Ein Beispiel für jurisdizientielle Auslegung kaiserlicher Entscheidungen bietet die *Scaevola-Quelle* D.50.1.24 (Scaev. 2. dig.). Zur Exegese siehe § 7 III. 2. Zum „iura condere“ insbes. in Verbindung mit dem *ius respondendi ex auctoritate principis* siehe *Criřò* (Lezioni di storia, S. 356 ff.).

<sup>6</sup> Man denke nur an den berühmten Ausspruch des Celsus in D.1.1.1 (Ulp. 1. inst.): „ius est ars boni et aequi“.

<sup>7</sup> So zumindest nach der klassischen, im Wesentlichen von *Kaser* begründeten Linie. Die Frage nach der Methode der römischen Juristen wird in der Literatur noch immer unterschiedlich beantwortet. Nach *Kaser* (Zur Methode, S. 54 ff.) stand bei der jurisdizientuellen Rechtsfindung der Römer die Intuition als ein nahezu genialer „sensus iudicicus“ im Vordergrund, welchen der Autor auch als das „spontane Erschauen der richtigen Lösung“ bezeichnete. Dass diese „intuitive Rechtskenntnis“ nicht in uferlosen Subjektivismus ausartete, hatte die römische Rechtswissenschaft nach *Kaser* (Zur Methode, S. 57) vor allem der Tatsache zu verdanken, dass sie im Wesentlichen eine „Honoratiorenjurisprudenz“ war, welche sich aus einem kleinen, gesellschaftlich eng verbundenen Kreis von Persönlichkeiten der Oberschicht zusammensetzte. Ähnlich v. *Lübtow* (FS Wenger I (1944), S. 231), nach welchem das Recht von den römischen Juristen gehandhabt wurde, „wie das Volk seine Sprache meistert mit instinktiver Sicherheit auch ohne methodisches Bewußtsein“. Auch nach der Ansicht von *Criřò* (Lezioni di storia, S. 381) wurde die Falllösung von den römischen Juristen „in modo intuitivo“ gefunden, „nel senso che il giurista, persona eminente per attività politica, per cultura, per esperienza di vita, sa di che cosa si tratta, che cosa va detto, come bisogna agire“. Der von *Kaser* vertretenen Ansicht folgen ferner *Waldstein* (ANRW 15 (1976), S. 4 ff.) und *Bund* (Studi Volterra I, S. 572), welcher es als gesichert ansieht, dass der „rationale Bau des römischen Privatrechts in beträchtlichem Ausmasse durch näher nicht aufklärbares Judiz und einen intuitiven Spürsinn für die Fortbildung des Rechts, also mit irrationalen Mitteln errichtet wurde“. Bei den Gegnern führte die Vorstellung vom genialen „sensus iudicicus“ hingegen zu Polemiken wie z. B. der von *Riccobono* (BIDR 53/54 (1948), S. 76): „... ai giuristi romani si negò [...] ogni attitudine teorica e sistematica, giudicati semplicemente come praticoni, che avevano l’intuito del diritto, trovando le soluzioni giuste a lume di naso, ma privi di ogni luce teorica non erano in grado a darne la esatta motivazione“. Gegen das Vorurteil von der intuitiven Rechtsfindung zu Recht kritisch *Harke* (zuletzt am Beispiel von Celsus und Julian in *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana*, S. 341 sowie in *Riesenhuber, Europ. Methodenlehre*, S. 11 Rn. 4), welcher annimmt, dass die Rechtsfindung selbst im Falle unbegründeter Entscheidungen nicht intuitiv, sondern planmäßig erfolgte, „weil sich der Jurist, der einen Vergleichsfall heranzieht, ja von der Prämisse leiten lässt, dass wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln ist“. Auch *Knütel* (GS-Heinze, S. 476 f.) hält die Leitvorstellung von der genialen Intuition der römischen Juristen für nicht überzeugend. Seiner Ansicht nach (GS-Heinze, S. 477) widerspricht diese der Tatsache, dass die Juristen von den Glossatoren bis heute ihre rationale Rechtsfindung im Wesentlichen auf das römische Recht zurückführen. Dennoch will *Knütel* (GS-Heinze, S. 498) die Intuition, welche die Rechtsfindung der Römer habe beflügeln, nicht aber ersetzen können, nicht gänzlich ausschließen; sie sei vielmehr „rational kontrolliert“ gewesen. Kritisch zur intuitiven Rechtsfortbildung auch *Giario* (SZ 105 (1988), S. 247–256). Seiner Ansicht nach folgt auch die „*inventio*“ des Rechts einem stark schematisierten Denken, welches sich mehr oder weniger immer aus dem Kreis derselben allgemeinen Gesichtspunkte speist. Deswegen haben die juristischen Entdeckungen seiner Ansicht nach intellektuell etwas von einem „djà vu“. Am ehesten wird man die römi-

Wenn diese vorwiegend am konkreten Problem orientierte jurisprudentielle Rechtsschöpfung jedoch keine willkürlichen Entscheidungen hervorbringen, sondern Akzeptanz schaffen wollte, musste sie nach bestimmten internen Grundlinien – verstanden als in sich nicht widersprüchliche Entscheidungslinien (nicht etwa als der juristischen Arbeit vorausliegende Grundsätze) –, nach einem ihr immanenten inneren System, fortschreiten.

Wie sich dieses innere System anhand der uns überlieferten Quellen in den Entscheidungen eines römischen Juristen konkret nachweisen lässt ist, ist Thema der vorliegenden Untersuchung. Genauer gesagt geht es um die Frage, ob man in den Entscheidungen des hochklassischen Juristen Quintus Cervidius Scaevola eine bewusste systematische Argumentation ausfindig machen kann und welche Funktion derselben zukommt<sup>8</sup>. Dafür werden anhand einer empirischen Untersuchung bestimmte Worte und Ausdrucksweisen im juristisch-philologischen Kontext<sup>9</sup> der Entscheidungen Scaevolae auf einen möglichen Systembildungscharakter hin untersucht.

Hierbei soll auch ermittelt werden, ob der Jurist selbst mit der Absicht der Systembildung vorging oder ob Systembausteine in den Quellen – wie früher oft angenommen – Interpolationen indizieren<sup>10</sup>, es sich also gegebenenfalls um justi-

---

sche Rechtsfindung wohl mit *Horak* (*Rationes decidendi*, S. 17 ff.) in einen mehr intuitiv gesteuerten Entdeckungszusammenhang („context of discovery“) und einen von rationalen Argumenten getragenen Begründungszusammenhang („context of justification“) unterteilen können. So schon *Wieacker* (*FS-Kaser*, S. 13), welcher den Entdeckungszusammenhang auch als „erste Stufe des wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses“ bezeichnete.

<sup>8</sup> Es wird mithin in einer rein historischen Betrachtung der expliziten und impliziten Entscheidungsbegründungen das systematische Bewusstsein des Juristen untersucht.

<sup>9</sup> Denn die Bedeutung der Worte kann insbes. von ihrer Verwendung innerhalb des jeweiligen Satzes und dessen Struktur abhängen. Nach *Hartmann* (*ZPhonetik* 21 (1968), S. 211) können „Sprachzeichen nur textuell gebunden vorkommen, können so auch nur als gebundene Sinn und Erfolg haben“. Die Funktion eines Zeichens kann daher nur nach seiner „*Teilhabe* an der Gesamtwirkung des Textes“ bestimmt werden, so der Autor (*ZPhonetik* 21 (1968), S. 212). Siehe auch *Riesenhuber* (in *Riesenhuber*, *Europ. Methodenlehre*, S. 326 Rn. 22): „Für die Auslegung eines Wortes ist der Satzzusammenhang, für das Verständnis eines Satzes der Textzusammenhang entscheidend.“ Zur philologischen Frage, was überhaupt einen juristischen ‚Text‘ ausmacht siehe *Baldus* (*SCDR* 23–24 (2010/11), S. 87 f.).

<sup>10</sup> Die Interpolationenforschung, welche in Deutschland in den 80er Jahren des 19. Jh. mit den Namen *Gradenwitz* und *Lenel* begann, machte es sich zur Aufgabe klassische Quellen von nachträglichen Änderungen (sog. „*emblemata Triboniani*“) zu reinigen. Mit ihren Auswüchsen und Übertreibungen bei der Erklärung interpolierter Stellen drohte die Erforschung der römischen Quellen jedoch bald in eine nahezu nihilistische Richtung abzudriften. (*Wieacker* [Textstufen, S. 11] spricht in diesem Sinne von einem „*Entlarvungspathos*“). Inzwischen ist an die Stelle der einst radikalen Textkritik eine maßvollere Einstellung getreten, welche sich von vorschnellen Unechtheitskriterien distanziert hat und textkritische Forschung mit größerer Zurückhaltung betreibt. Siehe etwa den Tagungsband „*Problemi e prospettive della critica testuale*“ (Trient, 14.–15.