

Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 84

Abt. A:

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

Ciceros Topica und sein Programm De iure civili in artem redigendo

Herausgegeben von

**Wolfram Buchwitz
Matthias Ehmer**



Duncker & Humblot · Berlin

Ciceros Topica und sein Programm
De iure civili in artem redigendo

Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen

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

Neue Folge · Band 84

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

Ciceros Topica und sein Programm De iure civili in artem redigendo

Herausgegeben von

Wolfram Buchwitz
Matthias Ehmer



Duncker & Humblot · Berlin

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
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-6704
ISBN 978-3-428-18831-4 (Print)
ISBN 978-3-428-58831-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☞

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

*Est sine Topicis jureconsultus
ceus mutus et elinguis alteroque
lippiens oculo.*
(Cantiuncula)

Inhaltsverzeichnis

Einführung

Ciceros <i>Topica</i> als Beitrag zu seinem Programm <i>De iure civili in artem redigendo</i> Von Wolfram Buchwitz und Matthias Ehmer	9
--	---

1. Teil: *Topica* und Jurisprudenz

Ciceros <i>Topica</i> : Philosophische Beispiele und forensische Praxis Von Thomas Baier	37
Die Bedeutung der juristischen Beispiele in Cic. top. 9 bis 71 Von Ralph Backhaus	59
<i>Ars dialectica</i> oder <i>ars extrinsecus adhibita</i> – juristische Methodik in Ciceros <i>Topica</i> ? Von Matthias Ehmer	123
<i>Graeci ἐτυμολογίαν appellant, [...] nos autem [...] notationem appellamus</i> (Cic. top. 35): Das etymologische Argument in Ciceros <i>Topica</i> Von Constantin Willems	181

2. Teil: Wirkungsgeschichte der *Topica*

System und Praxis: Ciceros <i>Topica</i> und Quintilians <i>Institutio oratoria</i> 5, 10 Von Tobias Dänzer	207
Juristische Methodik in Ciceros <i>Topica</i> und in Gaius Institutionen Von Wolfram Buchwitz	231
Methodischer Einfluss von Ciceros <i>Topica</i> auf die klassische Jurisprudenz in den Digesten Von Thomas Rübner	247

Sintesi

I <i>Topica</i> di Cicerone quale contributo al suo programma <i>De iure civili in artem</i> <i>redigendo</i> Di Francesco Verrico	267
Quellenverzeichnis	279
Namen- und Sachverzeichnis	289

Abkürzungsverzeichnis

Die Abkürzung lateinischer und griechischer Quellen folgt – soweit nicht im Quellenverzeichnis anders angegeben – den Indices von ThLL und LSJ, abrufbar unter www.thesaurus.badw.de/tll-digital/index/a.html bzw. www.stephanus.tlg.uci.edu/ljsj/01-authors_and_works.html (beide zuletzt abgerufen am 14.01.2023). Neben den üblichen werden ferner folgende Abkürzungen verwendet:

Ann. Ist. Ital.	Annali dell’Istituto Italiano per gli Studi Storici
ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AUPA	Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo
BIDR	Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano „Vittorio Scialoja“
CLR	Cambrian Law Review
CQ	Classical Quarterly
DER	Diritto ereditario romano
HAW	Handbuch der Altertumswissenschaften
h. fr.	hoc fragmento
HLL	Handbuch der lateinischen Literatur
h. t.	hoc titulo
HWR	Historisches Wörterbuch der Rhetorik
IJ	Irish Jurist
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
l. c.	loco citato
LR	Legal Roots
LSJ	Liddell/Scott/Jones, A Greek English Lexicon
MH	Museum Helveticum
NNDI	Novissimo digesto italiano
OIR	Orbis Iuris Romani
RD Valparaíso	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
REHJ	Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
RGDR	Revista General de Derecho Romano
RHD	Revue historique de droit français et étranger
RhM	Rheinisches Museum
RIDA	Revue Internationale des Droits de l’Antiquité
Riv. Dir. Rom.	Rivista di Diritto Romano
RLT	Roman Legal Tradition

RPR	Römisches Privatrecht
RRG	Römische Rechtsgeschichte
RZPR	Römisches Zivilprozessrecht
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung
ThLL	Thesaurus Linguae Latinae
TR	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis
TSDP	Teoria e storia del diritto privato
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft

Ciceros *Topica* als Beitrag zu seinem Programm *De iure civili in artem redigendo*

Von Wolfram Buchwitz und Matthias Ehmer

A. <i>De iure civili in artem redigendo</i>	10
I. Ziel des Programms nach Cicero	11
II. Vergleich mit Pompeius' und Caesars Kodifikationsprojekten	15
III. Methodik als Schlüssel zur Verwandlung des <i>ius civile</i> in eine <i>ars</i>	18
B. <i>Topica</i>	19
I. Ziel und Aufbau	19
II. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Programm <i>De iure civili in artem redigendo</i>	20
C. Vereinbarkeit von Topik und Dialektik bzw. System	21
I. Unschärfe des Dialektikbegriffs	22
II. Topik als Teil der Dialektik im <i>Brutus</i> und <i>Orator</i>	22
III. Divergentes Wissenschaftsverständnis: Topik und System	25
D. Die <i>Topica</i> als Forschungsgegenstand	27
I. Romanistik	27
II. Latinistik	29
E. Gang der Untersuchung	30

Die römische Rechtswissenschaft ist kein selbstverständliches Produkt des menschlichen Geistes. Während im Verlaufe der Kulturentwicklung praktisch alle Völker ein Rechtssystem in dem Sinne erschaffen haben, dass die Vorstellungen von richtig und falsch, von gerecht und ungerecht in bestimmte Bahnen gelenkt und die Streitbeilegung einem geordneten Verfahren unterworfen wurde, so ist doch eine Rechtswissenschaft als ein theoretisches System, das die Geltungsgründe des Rechts, seine innere Systematik und die eigene Methodik reflektiert, zum ersten Mal in der Geschichte – soweit wir wissen – in Rom entstanden.

Über die Ursachen und Entstehungsbedingungen der römischen Rechtswissenschaft in der Zeit der ausgehenden Republik ist viel nachgedacht worden. Einer der Faktoren, der insofern sicherlich eine entscheidende Rolle spielte, ist der Kontakt mit der Wissenschaftstheorie des Aristoteles. Da dieser zum Teil erst durch Cicero vermittelt wurde, stehen seine Schriften stets im Mittelpunkt des Interesses. Zugleich musste sich Cicero als Redner gewissermaßen notgedrungen

auch mit Detailfragen des Rechts beschäftigen, sodass sich in seiner Person das Interesse für die wissenschaftliche Methode und für die Inhalte des Rechts glücklich miteinander vereinten.

Unter diesen Bedingungen verwundert es kaum, dass Cicero es sich zur Aufgabe gesetzt hatte, eine Methodik zu entwickeln, mit Hilfe derer auch das Recht wissenschaftlich durchdrungen werden konnte. Der Name dieses Programms *De iure civili in artem redigendo* ist überliefert, die Schrift selbst jedoch nicht, was auch daran liegen kann, dass Cicero sie zeitlebens nicht mehr hat vollenden können. Eine andere Schrift, die *Topica*, enthält jedoch viele Elemente einer Anwendung wissenschaftlicher Methodik auf den Rechtsstoff. Die Analyse der *Topica* ist daher von grundlegender Bedeutung für die Frage der Entstehung der Rechtswissenschaft.

Die Beschäftigung mit den *Topica* in der Forschung verhält sich eher umgekehrt proportional zu der Bedeutung, welche der Schrift zukommt. Während sich Fragen rund um das ciceronische Programm *De iure civili in artem redigendo* in der romanistischen Literatur durchaus einiger Beliebtheit erfreuen, führen die *Topica* hier ein Schattendasein,¹ obwohl sie chronologisch, inhaltlich und methodisch einen Beitrag zur Umsetzung des Programms darstellen.² Diese Lücke zu schließen und damit die Voraussetzung zu schaffen, Ciceros Programm und die römische Rechtswissenschaft aus einer anderen Perspektive heraus zu verstehen, ist Ziel des vorliegenden Bandes, der die Ergebnisse eines interdisziplinären Forschungsseminars vereint, das im September 2020 im Kloster Bronnbach stattgefunden hat.

A. *De iure civili in artem redigendo*

Um den Adressatenkreis und die Inhalte der ciceronischen Schrift *De iure civili in artem redigendo* zu rekonstruieren, sind wir auf Aussagen aus anderen Werken und auf indirekte Quellen angewiesen. Dies erschwert die Rekonstruktion des Werks, macht die Beschäftigung mit ihm aber auch reizvoll.

Der Titel ist uns von Gellius überliefert.³ Von Quintilian wissen wir, dass das Buch wohl didaktischen Zwecken diene und unvollendet blieb.⁴ Ob sich die

¹ Kritisch zur eher oberflächlichen Rezeption der Schrift bereits Crifò, Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113, 145; Leesen, Gaius meets Cicero, 31.

² Dazu näher s. u. Fn. 131.

³ GELL. 1, 22, 7 leitet sein Zitat ein mit den Worten: „M. autem Cicero in libro, qui inscriptus est de iure civili in artem redigendo, (...)“

⁴ QUINT. inst. 12, 3, 10: „Et M. Tullius non modo inter agendum numquam est destitutus scientia iuris, sed etiam componere aliqua de eo *cooperat*, ut appareat posse oratorem non discendo tantum iuri vacare, sed etiam docendo.“

Schrift an angehende Juristen oder – wie überwiegend angenommen⁵ – an Advokaten richtete, ist wenigstens aus Quintilian nicht mit Sicherheit zu erschließen: Im Kontext der fraglichen Stelle wird der Redner dem Juristen gegenüber in einer so spöttisch-herablassenden Art als überlegen präsentiert,⁶ dass der Autor möglicherweise die Ansicht vertrat, der Redner Cicero sei befähigt gewesen, den Juristen ihr Handwerk zu erklären. Entscheidend für die Frage des Adressatenkreises dürften allerdings die anzunehmenden Inhalte der Schrift gewesen sein.

I. Ziel des Programms nach Cicero

Cicero umreißt sein Programm erstmals 55 v. Chr. in *De oratore* (1, 185 bis 1, 191).⁷ Nach der Bekanntmachung der Prozessformeln durch Gnaeus Flavius gab es keine, „qui illa artificiose digesta generatim componerent“ (de orat. 1, 186).⁸ Dies ist für Cicero nicht verwunderlich: Um etwas in eine *ars* verwandeln zu können, braucht man jemanden, der nicht nur die nötige Sach-, in diesem Falle also Rechtskenntnis hat, sondern auch die nötige Einsicht (*scientia*) besitzt, auf Grundlage der vorhandenen Sachkenntnis eine *ars* hervorbringen zu können.⁹ Bloße Sachkenntnis ist mithin noch keine *ars*, solange sich die Hüter des Wissens nicht auch um seine Vermittlung bemühen.¹⁰ Die Juristen dürfen sich – worauf auch die Gnaeus-Flavius-Legende anspielt¹¹ – nach Cicero nicht als „Ge-

⁵ Bona, SDHI 46 (1980), 282, 329–333 und dazu Bona, Riv. Dir. Rom. 6 (2006), 1, 4f.; ergänzend Falcone, SDHI 75 (2009), 503, 509; Reinhardt, *Topica*, 61.

⁶ QUINT. inst. 12, 3, 9: „Quod si plerique desperata facultate agendi ad discendum ius declinaverunt, quam id scire facile est oratori, quod discunt qui sua quoque confessione oratores esse non possunt!“

⁷ Näher demnächst Marino, I progetti di sistemazione, in: Atti Conv. Lepore 2021 (hier und im Folgenden nach Vortragsmanuscript, Publikation voraussichtlich 2023); vgl. einstweilen Nüßlein, *De oratore*, 444; zum möglichen platonischen Ursprung angesichts Ciceros Zugehörigkeit zur skeptischen Akademie s. Scarano Ussani, *Tra scientia e ars*, in: *Per la storia*, 229, 240–242.

⁸ Hierzu vgl. Scarano Ussani, *Tra scientia e ars*, in: *Per la storia*, 229, 230 f.

⁹ Cic. de orat. 1, 186: „Nihil est enim, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius, qui illa tenet, quorum artem instituere volt, habet illam scientiam, ut ex iis rebus, quarum ars nondum sit, artem efficere possit.“

¹⁰ Mantovani, SDHI 75 (2009), 113, 116; vgl. Cic. leg. 2, 47: „(...) nam non solum scire aliquid artis est, sed quaedam ars est etiam docendi (...)“. Nicht ganz eindeutig ist, ob Mantovani die *scientia* aus de orat. 1, 186 mit dem *scire* in leg. 2, 47 identifiziert. Dies wäre kaum haltbar: Die Sach-, d.h. Rechtskenntnis wird in de orat. 1, 186 mit dem Relativsatz „qui illa tenet“ ausgedrückt, sodass die folgende *scientia* ein Aliud sein muss. Sicher zutreffend ist dagegen seine Feststellung, dass *ars* und die *scientia iuris civilis* in de orat. 1, 191 keine Synonyme sind (a. a. O. Fn. 14).

¹¹ Zu dieser Legende Fögen, *Römische Rechtsgeschichten*, 125–165.

heimwissenschaft“ gebärden,¹² sondern müssen ihre Sachkenntnis so vermittelbar darlegen, dass ihre Entscheidungsfindung nachvollziehbar wird.

Anderen Disziplinen – Cicero nennt Musik, Geometrie, Astronomie, Philologie und Rhetorik – sei es gelungen, dass ihre vormals ebenso unübersichtlichen Sachkenntnisse „sunt conclusa nunc artibus“ (de orat. 1, 187).¹³ Sodann schildert Cicero, wie sie dies erreicht haben (de orat. 1, 188)¹⁴:

Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divolsamque conglutinaret et ratione quaedam constringeret.

Auf das Sachwissen ist also eine einstweilen nicht näher beschriebene, den Philosophen eigene *ars quaedam extrinsecus* anzuwenden.¹⁵ Diese muss von den Juristen erlernt,¹⁶ aber nicht fortentwickelt, sondern nur auf ihren Rechtsstoff angewendet werden. So wird sie in den Händen der Juristen zu der eingangs beschriebenen *scientia* (de orat. 1, 186), einer Einsicht, Fähigkeit oder Kenntnis, mittels derer ihnen die Verwandlung des Rechts in eine *ars* gelingt.¹⁷

Auf diese Weise beschreibt Cicero, wie aus einer Rechtspraxis, die viele ungeordnete Elemente kennt, eine verwissenschaftlichte Juristerei mit innerer Systematik werden kann. Den Begriff der *ars* verwendet er dabei in doppeldeutigem Sinne: Einerseits bezieht er sich auf die von außen stammende wissenschaftliche Methode, andererseits auf das Endprodukt des Vorgangs, die Rechtswissenschaft.

Voran geht nach Cicero allerdings eine Definition des Ziels, das mit Anwendung der *ars quaedam extrinsecus* auf das Sachwissen zu gewinnen ist, mit anderen Worten eine Klärung des Zwecks des *ius civile*. Dieser liegt in der gleich-

¹² Cic. de orat. 2, 142: „Video enim in Catonis et in Bruti libris nominatim fere referri, quid alicui de iure viro aut mulieri responderint; credo, ut putaremus in hominibus, non in re consultationis aut dubitationis causam aliquam fuisse, ut, quod homines essent innumerabiles, debilitati iure cognoscendo voluntatem discendi simul cum spe perdiscendi abiceremus.“; Cic. leg. 2, 47: „Sed iuris consulti, sive erroris obiciundi causa, quo plura et difficiliora scire videatur (...).“

¹³ Folgt man der Übersetzung von *Nüßlein*, De oratore, l.c., der *artibus* mit „systematischen Lehrbüchern“ wiedergibt, ist der Begriff *ars* von der anzuwendenden Methode (s. sogleich im Haupttext) auf das Produkt der Anwendung übertragen worden.

¹⁴ Hierzu auch *Sacchi*, L'ars hermenēumatis, in: Scr. Corbino VI, 381, 408.

¹⁵ Vgl. *Behrends*, Index 24 (1996), 1, 37.

¹⁶ Cic. de orat. 1, 246: „si quis aliam artem didicerit, ut hanc artem efficere possit, tum esse illam artem futuram.“

¹⁷ Vgl. *Waldstein*, Iura 44 (1993), 85, 113; zur Verschiedenheit dieser nicht näher beschriebenen *scientia* als „necessario possedere per ridurre ad ars un qualunque complesso di conoscenza“ von der *scientia iuris* s. *Albanese*, AUPA 47 (2002), 23, 30 f. *Scarano Ussani*, Tra scientia e ars, in: Per la storia, 229, 238 hält es zwar für ausgeschlossen, *scientia* mit einer (wissenschaftlichen) Methode zu identifizieren, meint aber a. a. O. 250, das Servius-Lob in Cic. Brut. 152 gründe sich auf dessen Rechtskenntnis und „uso abilissimo“ der Dialektik. Der versierte Gebrauch ohne wissenschaftliche Fortbildung der angewandten Methodik selbst, also der Dialektik, ist nach hiesigem Verständnis gerade die *scientia*.

mäßigen Anwendung von Recht und Gesetz auf die Rechtsverhältnisse und Rechtsstreitigkeiten der Bürger.¹⁸

Sodann ist der Stoff auf eine feste und möglichst geringe Zahl an *genera* zu reduzieren, die in zwei oder mehr *partes* zu teilen sind.¹⁹ Schließlich sind *genera* und *partes* jeweils zu definieren.²⁰ In de orat. 1, 191 wiederholt Cicero diesen Dreischritt mit leicht gewandelter Terminologie (*membra* statt *partes*) und betont, hierdurch könne eine *perfecta ars iuris civilis* erreicht werden, die – gewissermaßen konklusiv – die gegenwärtige Schwierigkeit und Dunkelheit des Rechts durch Größe und Fruchtbarkeit ersetze.²¹

Aus dieser Methode hat d’Orta geschlossen, dass für Cicero die Begriffe *ars* und System eng zusammenhängen und er die Verwandlung des Rechts in eine *ars* durch Anwendung der Dihairesis erreichen möchte.²² Verallgemeinernd wird die *ars quaedam extrinsecus* in der Literatur regelmäßig mit der Dialektik identifiziert.²³ Aus Quintilian (s. o. Fn. 4) und de orat. 1, 187 wird dabei geschlossen, dass Ciceros Systemforderung isagogische Zwecke verfolgte und – wie die übrigen in de orat. 1, 187 genannten Lehrbücher – auf eine geordnete²⁴ Darstellung des Sachwissens, mithin des *ius civile*, zielte.²⁵

¹⁸ Cic. de orat. 1, 188: „Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio.“ Dazu vgl. Behrends, Index 24 (1996), 1, 38 f.; Bona, Riv. Dir. Rom. 6 (2006), 1, 10; Falcone, SDHI 75 (2009), 503, 506.

¹⁹ Ciceros hiesige Terminologie ist – wenigstens aus Sicht der *Topica* (top. 28) – unsauber. Anders als die Verwendung von *pars* vermuten lässt, erhellt de orat. 2, 83, dass Cicero keine *partitio*, sondern eine *divisio* fordert: „ut genera rerum primum exponerentur, in quo vitium est, si genus ullum praetermittitur; deinde singulorum partes generum, in quo et deesse aliquam partem et superare mendosum est“.

²⁰ Cic. de orat. 1, 189: „Tum sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda. Genus autem id est, quod sui similis communione quadam, specie autem differentis duas aut plures complectitur partis. Partes autem sunt, quae generibus iis, ex quibus manant, subiciuntur; omniaque, quae sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus, quam vim habeant, est exprimendum. Est enim definitio rerum earum, quae sunt eius rei propriae, quam definire volumus, brevis et circumscripta quaedam explicatio.“ Dazu Wieacker, RRG I, 629.

²¹ Cic. de orat. 1, 190: „ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem quam difficilem et obscuram.“ Auch *membra* sind in top. 28 der *partitio* zugewiesen; zur „ruolo determinante“ der Definition s. Sacchi, L’ars hermenēumatis, in: Scr. Corbino VI, 381, 402.

²² d’Orta, SDHI 83 (2017), 485, 491.

²³ So etwa Guzmán Brito, REHJ 5 (1980), 17, 21–23; Falcone, SDHI 75 (2009), 503, 505 Fn. 2; Marino, I progetti di sistemazione, in: Atti Conv. Lepore 2021, der mit Recht die Frage nach der Bedeutung dieses Dialektikbegriffes aufwirft; näher unten S. 18 f. und zu seinen Schwierigkeiten S. 22.

²⁴ E con. Cic. de orat. 1, 191: „Atque interea tamen, dum haec, quae dispersa sunt, coguntur, vel passim licet carpentem et colligentem undique reperi ista iuris civilis scientia.“ – Bloße Wissenssammlung ist *scientia*, Ordnung eine *ars*.

Cicero teilt uns seine eigenen Ideen zur Verwandlung des Rechts in eine Wissenschaft allerdings nicht nur in *De oratore*, sondern auch im fast ein Jahrzehnt später veröffentlichten²⁶ *Brutus* mit. Hier greift er anscheinend das in *De oratore* umrissene Programm wieder auf,²⁷ indem er erläutert, dass die älteren Juristen bis auf Quintus Mucius Scaevola nur einen *magnus usus* des *ius civile* pflegten,²⁸ wogegen allein Servius Sulpicius Rufus²⁹ dies als *ars* betrieben habe. Eine Sach-, mithin Rechtskenntnis hat Cicero damit auch den älteren Juristen nie abgesprochen,³⁰ doch genügt seiner Ansicht nach zur Verwandlung des Rechts in eine *ars* eben nicht allein die *scientia iuris*, sondern es muss eine bestimmte Methodik hinzukommen: „quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem“ (Brut. 152).

Die erforderliche Methodik beschreibt Cicero sodann näher als *ars omnium artium maxima*, die Servius an das Recht „quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur“ heranführte (Brut. 153). Dem Relativsatz ist hier wiederum eine Bezugnahme auf die Gnaeus Flavius-Legende und die Kritik am fortwährenden Betreiben des Rechts als eine dem Außenstehenden nicht vermittelbare Geheimwissenschaft implizit. Erhellend („lucem“) wird diese dadurch, dass namentlich die Respondierpraxis durch Anwendung der *ars artium* nachvollziehbar gemacht wird. Für ihre Vermittelbarkeit bedarf es der Intersubjektivität,³¹ der Anlegung einer den antiken Wissenschaften gemeinen Methodenlehre, die dem Juristen Kriterien konsistenter Entscheidungen an die Hand gibt.³² Diese *ars artium*, die Cicero als Dialektik bezeichnet,³³ sei es,

²⁵ Vgl. Bretone, Iura 39 (1988), 1, 21; Mantovani, SDHI 75 (2009), 113, 117 f. (neben Methodik); Reinhardt, Topica, 61 („systematization of legal material“).

²⁶ Kytzler, Brutus, 273.

²⁷ A. A. Marino, I progetti di sistemazione, in: Atti Conv. Lepore 2021, nach dem Cicero nunmehr im *Brutus* andere Zwecke verfolgt.

²⁸ Scarano Ussani, Tra scientia e ars, in: Per la storia, 229, 245 hält *magnus usus* für Übersetzung der ἐμπειρία; zu den komplementären Modellen τέχνη und ἐπιστήμη s. u. S. 25 f.

²⁹ Nach Wieacker, RRG I, 637 wäre Servius als einziger zur Umsetzung befähigt gewesen, nach Behrends, Index 24 (1996), 1, 50 f. hat er das Programm im Wesentlichen durch seinen Ediktskommentar umgesetzt.

³⁰ Zu beachten ist der terminologische Wechsel: In Cic. de orat. 1, 186 wird die Sachkenntnis mit den Worten „qui illa tenet“ ausgedrückt, in de orat. 1, 191 und Brut. 152 dagegen als *scientia* bezeichnet. In de orat. 1, 186 bezeichnete dieser Begriff noch die dem Recht zu applizierende extrinsische Technik.

³¹ Vgl. Giaro, SZ 105 (1988), 180, 258; Waldstein, Topik und Intuition, in: FG Herdlitzka, 237, 255.

³² Wieacker, RRG I, 636 („Kriterien konsistenter Entscheidung“), zustimmend Waldstein, Iura 44 (1993), 85, 114 ff.; Behrends, Index 24 (1996), 1, 15 („Methodenlehre“); ob sich dies tatsächlich auf den Skeptizismus der jüngeren Akademie bezieht, bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung, dagegen Waldstein, Iura 44 (1993), 85, 110.

³³ Cic. Brut. 153: „Dialecticam mihi videris dicere“.

quae doceret rem universam tribuere in partibus, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia.³⁴

Durch diese ausführliche Darstellung im *Brutus* ergänzt Cicero das Programm, das im älteren *De oratore* nur angedeutet worden ist. Die dort beschriebene Teilung des Rechts in *genera* und *partes* sowie deren anschließende Definition³⁵ ist demnach nur ein Teilaspekt der *ars artium*, zu der im Übrigen das Erläutern von Unklarheiten und Zweideutigkeiten sowie das Herausarbeiten von Unterschieden ebenso mit dazu gehört. Hat man hierdurch schließlich eine *regula* gewonnen, kann man durch sie künftige Fälle mit Folgerichtigkeit (*consequentia*), mithin im syllogistischen Wege, entscheiden.³⁶

Das Verhältnis der beiden ciceronischen Programmbeschreibungen in *De oratore* und *Brutus* ist allerdings durchaus umstritten. Während teilweise als gemeinsames Ziel beider Textzeugnisse die Schaffung eines dialektischen Systems ausgemacht wird,³⁷ plädieren andere für eine strikte Scheidung beider Programmentwürfe: In *De oratore* verfolge Cicero isagogische Zwecke und fordere die Darstellung des *ius civile* (als Sachkenntnis) in einem systematischen Lehrbuch, wogegen es im *Brutus* zur Verwandlung des *ius civile* in eine *ars* der Anwendung einer rationalen Methodik bei der Falllösung selbst bedürfe.³⁸

II. Vergleich mit Pompeius' und Caesars Kodifikationsprojekten

Um das Verhältnis der beiden Programmentwürfe in *De oratore* einerseits und im *Brutus* andererseits zu klären, müssen sie in ihren historischen Kontext eingeordnet werden. Es bestehen nämlich augenfällige Parallelen zu Kodifikationsprojekten, bei denen sich naturgemäß ebenfalls die Frage stellt, ob eine reine Systematisierung oder zusätzlich eine rationale Methodik und inhaltliche Erweiterung des Stoffes in Rede stehen.

Cicero entwirft sein Programm *De iure civili in artem redigendo* zwischen 55 und 46 v. Chr. Sofern man Isidor Glauben schenken darf,³⁹ hat Pompeius als Kon-

³⁴ Cic. Brut. 152.

³⁵ Cic. de orat. 1, 189 f.

³⁶ Vgl. Wieacker, RRG I, 636 und Miglietta, Servius, 70–73; näher unten S. 22 ff. und Ehmer, in diesem Band, 126 ff., 159 ff.

³⁷ S. etwa Guzmán Brito, REHJ 5 (1980), 17, 21–23.

³⁸ Mit Abweichungen im Einzelnen d'Orta, SDHI 83 (2017), 485, 491 f.; Bretone, Iura 39 (1988), 1, 21; Mantovani, SDHI 75 (2009), 113, 117 f.; Bona, SDHI 46 (1980), 282, 301 ff., 329 ff. und dazu Bona, Riv. Dir. Rom. 6 (2006), 1, 7.

³⁹ Evtl. hat Isidors Quelle Pompeius nur genannt, um nicht Caesar die Urheberschaft des Kodifikationsplans zuzusprechen, vgl. Paricio, Labeo 50 (2004), 31, 37.

sul den Plan gefasst, „leges autem redigere in libris“ (orig. 5, 1, 5). Von seinen drei Konsulaten (70, 55 und 52 v. Chr.) käme hierfür vor allem das dritte in Betracht, das ihm als *consul sine collega* die nötigen Vollmachten hierzu gewährt hätte.⁴⁰ Allerdings ist fraglich, ob ein solches Projekt während der Bandenkämpfe des Jahres 52 v. Chr. realistisch ist,⁴¹ weshalb sein Plan auch in das zweite Konsulat datieren könnte. Beidenfalls läge eine bemerkenswerte Koinzidenz zu Ciceros Programm vor.⁴²

Caesar griff das pompeianische Projekt wieder auf⁴³ und strebte danach, *ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros*.⁴⁴

Suetons Worte „*ius civile ad certum modum redigere*“ lassen eine unmittelbare Bezugnahme auf Ciceros „*ad artem redigi possit*“ (de orat. 1, 186) oder auf die fragliche, allenfalls wenig ältere ciceronische Schrift vermuten.⁴⁵ Damit besteht ein bemerkenswerter zeitlicher wie inhaltlicher Zusammenhang zwischen den Forderungen Ciceros zur Schaffung einer Rechtswissenschaft und den Plänen Caesars zur Schaffung einer Kodifikation des Zivilrechts.

Die Ziele dieser beiden Projekte waren trotz ihrer Berührungspunkte⁴⁶ allerdings durchaus unterschiedlich. Die Gegensätzlichkeit beider Programme betonte zuletzt Sacchi. Ausgehend von den konkurrierenden Grundhaltungen der Analo-

⁴⁰ *Paricio*, Labeo 50 (2004), 31, 33 f. stützt sich außerdem auf den Wortlaut von ISID. orig. 5, 1, 5, der ohne Erwähnung eines Kollegen von „*primus consul Pompeius instituere voluit*“ spricht.

⁴¹ Berechtigte Zweifel bei *Paricio*, Labeo 50 (2004), 31, 36 f.

⁴² Demnächst *Marino*, I progetti di sistemazione, in: Atti Conv. Lepore 2021.

⁴³ Vgl. ISID. orig. 5, 1, 5: „*Deinde Caesar coepit id facere, sed ante interfectus est*.“ Als gesichert darf gelten, dass Gegenstand des Projekts beidenfalls das *ius civile*, nicht das *ius publicum* war, vgl. *Pólay*, Iura 16 (1965), 27, 34–36. Unklar bleibt freilich, was Isidor mit den Worten „*coepit (...) facere*“ und „*ante*“ ausdrücken möchte: Soll Caesar mit der Umsetzung oder nur mit der Planung des Projekts begonnen haben? Ist er also vor Aufnahme konkreter Planungen oder vor der Umsetzung verstorben? Die weiteren Projekte Caesars in SUET. Iul. 44, 1–3 erhellen, dass er über unverwirklichte Ideen auch hier nicht hinausgelangt ist (a. a. O. 31). Die Ideen dürften nicht einmal ins konkrete Planungsstadium gelangt sein; andernfalls wäre wohl der für das Kodifikationsprojekt federführende Jurist namentlich bezeichnet worden, wie Sueton auch den mit der Ausstattung der geplanten größten griechisch-lateinischen Bibliothek betrauten Varro nennt, vgl. a. a. O. 49.

⁴⁴ SUET. Iul. 44, 2.

⁴⁵ Vgl. *Paricio*, Labeo 50 (2004), 31, 39 f. m. w. N. Es ist anzunehmen, dass Caesars Projekt in die Zeit zwischen *Brutus* (47/46 v. Chr.) und *Topica* (44 v. Chr., s. u. S. 19 ff.) fällt.

⁴⁶ Vgl. *Paricio*, Labeo 50 (2004), 31, 40 („*conexiones*“). Wäre etwa der in GELL. 1, 22, 7 genannte Tubero der Jüngere gemeint (dagegen *Mantovani*, SDHI 75 (2009), 113, 117 ff.), handelte es sich um den Schüler des Ofilius (POMP. I. s. enchirid. D. 1, 2, 2, 46), der als *Caesari familiarissimus* (h. fr. 44) am ehesten mit der Umsetzung des Projekts betraut worden sein könnte, vgl. *Paricio*, Labeo 50 (2004), 31, 41.

gisten und Anomalisten, wobei Caesar ausweislich seines Werks *De analogia* (SUET. Iul. 56, 5) ersteren, Cicero letzteren angehörte, dürften sich entsprechend diesen methodischen Grundhaltungen auch ihre Programme *Ius civile ad certum modum redigere* und *De iure civili in artem redigendo* gegenübergestellt haben.⁴⁷ Während Caesar Rechtssicherheit durch Kodifikation anstrebte, wollte Cicero nicht mehr, als das Recht zum Gegenstand einer *ars* zu machen, die als wissenschaftliche Methode auf induktivem Weg Sicherheit im Juristischen schafft.⁴⁸

Für diese gegensätzlichen Zielsetzungen spricht auch der Wortlaut der uns überlieferten Quellen: Wenn Sueton über Caesars Kodifikationsprojekt sagt, es habe ein *ad certum modum redigere* zum Gegenstand, obwohl ihm Ciceros Programmschrift mit ihrem Ziel *ad artem redigendo* bekannt gewesen sein dürfte, spricht dies dafür, dass auch er eine unterschiedliche Zielsetzung darin gesehen hat.

Nach Pólay wollte Caesar zudem nur das mit dem *ius civile* identifizierte Juristenrecht *ad modum certum* reformieren und andererseits die geltenden Gesetze bloß ordnend zusammenstellen.⁴⁹ Dagegen hat in jüngerer Zeit Paricio die Ansicht vertreten, dass Caesar beide Ziele in einer Kodifikation zu verwirklichen suchte; nur dies rechtfertige das hohe Lob, das dem Projekt im Kontext der übrigen in SUET. Iul. 44, 2 genannten Vorhaben zukomme.⁵⁰

Ob sich Caesars Ziel demnach auf eine bloß ordnende Gesetzessammlung beschränkte und er das als Juristenrecht verstandene *ius civile* anderwärts reformieren wollte oder ob er eine einheitliche Kodifikation anstrebte, mag für unsere Zwecke dahinstehen. Eine den vorhandenen Rechtsstoff systematisierende Ordnung,⁵¹ ähnlich dem justinianischen Kodifikationswerk, wäre jedenfalls nicht als *ad artem redigere*, sondern als *ad certum modum redigere* bezeichnet worden.

Ciceros Programm war sonach nicht auf eine Vermittlung juristischer Inhalte in vollständig systematisierter Form,⁵² sondern allein auf die Vermittlung derjenigen Methodik gerichtet, durch deren Anwendung die juristische Arbeit rational, mithin auch für Außenstehende intersubjektiv nachvollziehbar würde.⁵³

⁴⁷ Sacchi, *L'ars hermenēumatis*, in: Scr. Corbino VI, 381, 381 f., 399.

⁴⁸ Sacchi, *L'ars hermenēumatis*, in: Scr. Corbino VI, 381, 399 m.w.N. in Fn. 78.

⁴⁹ Pólay, *Iura* 16 (1965), 27, 38 f. zur Identifikation von *ius civile* und Juristenrecht; 40 f.

⁵⁰ Paricio, *Labeo* 50 (2004), 31, 37, 40 f.

⁵¹ Ob sie didaktische Zwecke verfolgte, wäre unerheblich, vgl. Behrends, *Index* 24 (1996), 1, 36 f. und sogleich III.

⁵² Vgl. auch Gilardeau, *Cicéron, père de la codification du droit civil*, 82, der allerdings mit moderner Terminologie operiert; Scarano Ussani, *Tra scientia e ars*, in: *Per la storia*, 229, 242 geht von einer Kombination isagogisch-inhaltlicher und methodischer Anliegen aus.

⁵³ Vgl. Paricio, *Labeo* 50 (2004), 31, 40 m.w.N. in Fn. 26.

III. Methodik als Schlüssel zur Verwandlung des *ius civile* in eine *ars*

Schließlich muss zur Klärung der Unterschiede zwischen dem in *De oratore* und dem im *Brutus* entworfenen Programm auch der geistesgeschichtliche Hintergrund der antiken Wissenschaftstheorie beachtet werden. Während Cicero in *De oratore* von einer *ars quaedam extrinsecus* spricht, verlangt er im *Brutus* konkret die Anwendung der Dialektik.

Bona gelangte in jahrzehntelanger Beschäftigung nach anfänglicher Identifikation beider *artes* zu dem Schluss, dass sie nicht miteinander zu verwechseln, sondern strikt zu scheiden seien.⁵⁴ Hätte Cicero in *De oratore* die Dialektik gemeint, hätte er sie so und nicht umständlich periphrastisch als *ars quaedam extrinsecus* bezeichnet.⁵⁵ Während im *Brutus* Servius' Beherrschung der dialektischen Argumentation im Rahmen der Respondierpraxis gelobt werde, seien ihre Schnittmengen zur *ars quaedam extrinsecus* – namentlich *divisio* und *definitio* – nur vordergründig: In *De oratore* dienten sie einer klassifizierenden Systematisierung sämtlichen Wissens, im *Brutus* der topischen Argumentation.⁵⁶ Die methodologische Schrift *De iure civili in artem redigendo* habe – in Anlehnung an das in *De oratore* umrissene Programm – im Kern die logischen Operationen zur analytischen Darstellung des *ius* präsentiert.⁵⁷

Die Zuordnung identischer methodischer Instrumente im Programm beider Schriften zu grundverschiedenen *artes* scheint auf der Annahme zu beruhen, divergente Zielsetzungen beeinflussten die Funktion des fraglichen Instruments. Jedoch kann es methodisch keinen Unterschied machen, ob eine *divisio* nur der punktuellen Bildung eines Teilsystems im Rahmen der Entscheidung eines konkreten Falles – nach Bonas Terminologie also dialektisch-topisch-argumentativen Zwecken – oder der Systematisierung des gesamten *ius civile* dient.⁵⁸ So bliebe auch unklar, wie Cicero die logischen Operationen zu Systematisierungszwecken im *liber (singularis) de iure civili in artem redigendo* abstrakt näher hätte beschreiben sollen. Gerade wenn er den einzuschlagenden Weg – wie in *de orat.* 1,

⁵⁴ Die Entwicklung wird nachgezeichnet in Bona, Riv. Dir. Rom. 6 (2006), 1, 4 Fn. 15; andere Ansicht Scarano Ussani, Tra scientia e ars, in: Per la storia, 229, 237 ff., 252.

⁵⁵ Bona, Riv. Dir. Rom. 6 (2006), 1, 7.

⁵⁶ Zusammenfassend Bona, Riv. Dir. Rom. 6 (2006), 1, 8 f.; ebenso Bretonne, Iura 39 (1988), 1, 21: „Nel *Brutus* non si allude come nel *De oratore* a una sistematica classificatoria in funzione didattico-isagogica; ma si considera piuttosto la dialettica come logica del discorso nel suo intero movimento: vi rientrano dunque le definizioni e le divisioni nella loro attitudine topico-argomentativa (...)“.

⁵⁷ Bona, Riv. Dir. Rom. 6 (2006), 1, 9 f.

⁵⁸ Plastisch Behrends, Index 24 (1996), 1, 36 f.; s. ferner Scarano Ussani, Tra scientia e ars, in: Per la storia, 229, 242.

190 in Aussicht gestellt – anhand von Beispielen demonstriert hätte,⁵⁹ hätte er diejenige Teilsystembildung vorgenommen, von der *Bona* die *ars quaedam extrinsecus* so scharf trennen möchte.

War es Cicero demnach nicht an einer Klassifikation des Rechtsstoffs im Ganzen⁶⁰ zu tun und berücksichtigt man weiterhin, dass der Begriff der Dialektik selbst äußerst unscharf ist (s. u.), sind *ars quaedam extrinsecus* und *ars dialectica* jedenfalls nicht kategorial verschieden.⁶¹ Vielmehr scheint jene einen Ausschnitt dieser darzustellen, sodass der graduelle Unterschied im Umfang der aus der Dialektik im weiteren Sinne zu nutzenden methodischen Instrumente liegt.

B. *Topica*

Wie eine methodische Behandlung des Rechtsstoffes aussehen kann, wird uns in den *Topica* in vollem Umfang gezeigt. Aus der Mitte 44 v.Chr. publizierten Schrift⁶² lassen sich Rückschlüsse darauf ziehen, welche Herangehensweise Cicero in seinem *liber de iure civili in artem redigendo* verfolgt haben mag. Die Tatsache, dass Cicero in den *Topica* die Anwendung der wissenschaftlichen Methode auf das Recht umfangreich exemplifiziert und dabei seine frühere Schrift nicht einmal erwähnt, macht es wahrscheinlich, dass diese in der Tat niemals vollendet worden ist.⁶³

I. Ziel und Aufbau

Ciceros eigenem Bekunden in der Einleitung (top. 1–5) nach zu urteilen, handelte es sich bei seinen *Topica* um eine auf Bitten seines Juristenfreundes C. Trebatius Testa angefertigte Übersetzung der aristotelischen *Topik*. Bei näherer Be-

⁵⁹ Cic. de orat. 1, 190: „Hisc e ego rebus exempla adiungerem, nisi apud quos haec haberetur oratio cernerem; (...). Si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, (...)“. Dazu *Bona*, *Rivista di diritto romano* 6 (2006), 1, 9; s. auch *Albanese*, *AUPA* 47 (2002), 23, 42, allerdings gegen Teilsystembildung („elencazione non sistematica di esempi di *genera*, *species* e *definitiones*“).

⁶⁰ *Wieacker*, *RRG* I, 636: „Das [sc. in Brut. 152 beschriebenes Verfahren] sind Kriterien konsistenter Entscheidungen, aber nicht einer diairetischen Organisation des Rechtsstoffes als Klassifikation des Ius im Ganzen.“ Zustimmend *Waldstein*, *Iura* 44 (1993), 85, 114 ff.

⁶¹ Ebenso *Behrends*, *Index* 24 (1996), 1, 37: „(...) tatsächlich beide Male [sc. in *De oratore* und *Brutus*] darum geht, aus dem Recht dadurch eine *ars* zu machen, daß eine bisher nicht dagewesene, neue, spezifisch philosophische Methode an den Stoff herangeführt“ wird; ähnlich *Albanese*, *AUPA* 47 (2002), 23, 40; schärfer *Scarano Ussani*, *Tra scientia e ars*, in: *Per la storia*, 229, 238, 252, der beidenefalls Dialektik annimmt; Vorbehalte gegen Bonas strikte Trennung auch bei *Giario*, *SZ* 105 (1988), 180, 203 Fn. 82.

⁶² *Bayer*, *Topica*, 89.

⁶³ Im Ergebnis ebenso *Bona*, *Riv. Dir. Rom.* 6 (2006), 1, 9 m.w.N. in Fn. 44; *Albanese*, *AUPA* 47 (2002), 23, 42; *Mantovani*, *SDHI* 75 (2009), 113, 119; vorsichtiger bzgl. Nichtvollendung *Nörr*, *Cicero-Zitate*, in: *Ciceroniana* III, 111, 144 Fn. 125.

trachtung zeigt indes nicht nur der Umfang, sondern auch die Zielrichtung beider Werke erhebliche Unterschiede. Während Aristoteles eine Methode logisch (deduktiven) Schließens darstellen möchte, zielt Cicero auf die Vermittlung der heuristischen Werkmittel zum planmäßigen Auffinden von Argumenten.⁶⁴

Gleich zu Beginn seiner inhaltlichen Ausführungen trennt Cicero die von ihm als *ars inveniendi* bezeichnete Topik von der (stoischen) *ars dialectica*, deren Inhalt logische, syllogistische Schlussverfahren seien (top. 6). Ersterer ordnet er das Entwickeln von Definitionen (top. 9) sowie die Applizierung von Ordnungsinstrumenten an den Untersuchungsgegenstand, namentlich den Rechtsfall zu (top. 11). Dies kann u. a. im Wege der *divisio* und *partitio* erfolgen (top. 13 f.).⁶⁵

Die einzelnen Topoi – wobei Cicero den Begriff der Topoi sowohl für Operationen im Bereich der *ars inveniendi* wie auch der *ars iudicandi* anwendet – werden den fachlichen Interessen des Adressaten gemäß und anders als in der aristotelischen Topik anhand juristischer Beispiele erläutert. So wird etwa das Ähnlichkeitsargument am Beispiel der *aqua pluvia* demonstriert (top. 43).⁶⁶ Diese Beispiele sollen dabei nicht ein den Institutionen des Gaius vergleichbares Rechtssystem bieten, sondern dem Juristen allein die methodischen „Werkzeuge“ vermitteln, derer es zur Systematisierung des Rechts bedarf.⁶⁷

II. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Programm *De iure civili in artem redigendo*

Infolge der Parallelen der methodischen Instrumente in den Programmentwürfen in *De oratore* und im *Brutus* sowie in den *Topica*, etwa was die *divisio* bzw. *partitio* und die *definitio* betrifft, wird seit langem auf methodische Querbezüge zwischen den Arbeiten Ciceros hingewiesen.⁶⁸ Nach Bona könnte Cicero sein methodisches Programm im *liber de iure civili in artem redigendo* um praktische Rechtsbeispiele ergänzt haben.⁶⁹ Eben diesen Weg schlug er jedenfalls in den *Topica* ein. Auch die terminologischen Abweichungen in der Bezeichnung der *artes* können nicht über ihren methodischen Gleichlauf hinwegtäuschen (s. u.).

⁶⁴ Näher *Fuhrmann*, Die zivilrechtlichen Beispiele, in: *Topik und Rhetorik*, 51, 55–57; *Baier*, in diesem Band, 37 f.

⁶⁵ Näher *Ehmer*, in diesem Band, 133 ff. (Trennung), 138 ff. (*inventio*); zum Aufbau s. ferner die Darstellungen bei *Riposati*, *Studi sui „Topica“ di Cicerone*, XV (nicht paginiert) und *Mette*, *Ius civile in artem redactum*, 54–57.

⁶⁶ Näher *Backhaus*, in diesem Band, 75 ff.

⁶⁷ *Fuhrmann*, Die zivilrechtlichen Beispiele, in: *Topik und Rhetorik*, 51, 54.

⁶⁸ Aus jüngerer Zeit *Mantovani*, *SDHI* 75 (2009), 113, 117 Fn. 16; *Reinhardt*, *Topica*, 61; Anfänge bereits bei *La Pira*, *BIDR* 44 (1936/1937), 131, 134–136, 141; differenzierend *Crijo*, *Ann. Ist. Ital.* 1 (1967), 113, 136–143; für die Bezüge zwischen *Brut.* 152 und den *Topica* s. auch *Wieacker*, *RRG* I, 637; zu letzteren ferner *Mette*, *Ius civile in artem redactum*, 56 f. Weitere Literatur s. u. S. 27 ff.

⁶⁹ *Cic. de orat.* 1, 190, s. o. Fn. 59.

Nimmt man schließlich mit dem Systembegriff eine stark philosophische Prägung beider Werke an, stünden beide unter dem Einfluss der skeptischen Akademie.⁷⁰

Ein Unterschied könnte dagegen in der Adressierung des Programms einerseits und der *Topica* andererseits liegen. Während das Programm nach Bona der Ausbildung zum *orator perfectus* zu dienen und seine *cognitio iuris civilis* zu erleichtern bestimmt war,⁷¹ wenden sich die *Topica* allgemein an Juristen⁷² und sind im Besonderen Trebaz gewidmet. Für seine Ausarbeitung im *liber de iure civili in artem redigendo* schließt Bona dagegen nicht aus, dass er den Fokus stärker auf nahestehende Juristen lenkte.⁷³ Doch auch unabhängig von dieser letztlich nicht zu beantwortenden Frage zeigt sich sowohl in *De oratore* als auch in den *Topica*, dass Cicero – anders als etwa Quintilian (s.o.) – die Disziplinen nicht bewerten oder spalten, sondern eine geistige Elite von *oratores*⁷⁴, Philosophen und Juristen bilden wollte.⁷⁵

Insofern erscheint methodisch ein interdisziplinärer Ansatz Ciceros plausibel, um einerseits den *oratores* juristische Inhalte (*cognitio iuris civilis*), andererseits Juristen einen rational-dialektischen Gebrauch ihrer Rechtskenntnis zu vermitteln.

C. Vereinbarkeit von Topik und Dialektik bzw. System

Nachdem die inhaltlichen Gemeinsamkeiten oder Unterschiede zwischen den *Topica* und dem *liber de iure civili in artem redigendo* mangels Überlieferung kaum geklärt werden können, muss sich die Untersuchung auf die jeweilige methodische Vorgehensweise konzentrieren. Diese wird in den genannten Quellen nämlich durchaus mitgeteilt.⁷⁶ Zentral dafür ist der Begriff der Dialektik, dessen Unschärfe gelegentlich dazu führt, dass er auf deduktive, syllogistische Schlüsse verengt wird.⁷⁷ Dann läge in der Tat ein prinzipieller Unterschied zur Topik vor. Eine solche Gegensätzlichkeit dürfte jedoch nach antikem Wissenschaftsver-

⁷⁰ Zum Servius-Lob im Brutus s.o. S. 12 Fn. 17 und S. 14; zu den *Topica* s. *Riposati*, Studi sui „Topica“ di Cicerone, 296 und zustimmend *Behrends*, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 199 Fn. 128.

⁷¹ *Bona*, SDHI 46 (1980), 282, 329–333; diese Ansicht behielt er bei, s. *Bona*, Riv. Dir. Rom. 6 (2006), 1, 4 f.

⁷² Vgl. etwa C. Cic. top. 32, 51.

⁷³ *Bona*, Riv. Dir. Rom. 6 (2006), 1, 10.

⁷⁴ In Abgrenzung zu den verspotteten Rhetoren, vgl. C. Cic. top. 2 f.

⁷⁵ Vgl. C. Cic. de orat. 1, 193; top. 65; Anmerkung in *Bayer*, *Topica*, 158. War diese Zielsetzung möglicherweise Teil seines *concordia*-Programms? Diesen Gedanken erwägt für das Programm *de iure civili in artem redigendo* auch *Marino*, I progetti di sistemazione, in: Atti Conv. Lepore 2021.

⁷⁶ Vgl. oben S. 10 ff., 19 ff.

⁷⁷ Vgl. die Kritik bei *Miglietta*, *Servius*, 38 Fn. 3.

ständnis nicht bestanden haben, sondern eher dem modernen Vorverständnis geschuldet sein.

I. Unschärfe des Dialektikbegriffs

Eine strikte Unterscheidung von *ars dialectia* und *ars extrinsecus adhibita* würde zunächst voraussetzen, dass die Dialektik klar bestimmt werden könnte. Diese ist aber gerade nicht fest definiert,⁷⁸ sondern wird von unterschiedlichen philosophischen Schulen unterschiedlich gebraucht.⁷⁹ Cicero selbst – seinem philosophischen Eklektizismus entsprechend – gebraucht divergente Dialektikbegriffe: Während er mit der *ars dialectica* in Brut. 152 ein komplexes, vielschichtiges Verfahren von *divisio*, *definitio*, *interpretatio*, *distinctio* und dem Erkennen von *consequentiae* bezeichnet,⁸⁰ wird sie in top. 6 und 53–57 auf den engen, stoischen Dialektikbegriff der deduktiv-syllogistischen *ars iudicandi* reduziert.⁸¹

Diese Bedeutungsvielfalt des Dialektikbegriffs, aus der auch eine funktionale Vielfalt resultiert, verleitete etwa Nörr zu der Annahme, in Brut. 152 und top. 6 sei jeweils die *ars iudicandi* als stoische Dialektik gemeint.⁸² Allerdings zeigt die Vielzahl an Operationen, die Cicero in Brut. 152 unter den Dialektikbegriff fasst, dass er hier die Dialektik im weiten, nicht im engen stoischen Sinne meint. Nichts anderes gilt aber für die *ars quaedam extrinsecus* in de orat. 1, 188, deren Bestandteile – *divisio* und *definitio* – in den *Topica* der *ars inveniendi*, mithin der Topik zugewiesen werden.⁸³

Um die methodischen Bezüge zwischen Ciceros Programm *De iure civili in artem redigendo* und seinen *Topica* beurteilen zu können, ist demnach zu untersuchen, was Cicero unter der in Brut. 152 näher beschriebenen Dialektik im weiten Sinne verstand.

II. Topik als Teil der Dialektik im *Brutus* und *Orator*

Die Auflistung an Instrumenten im „Werkzeugkoffer“ der Dialektik im weiten Sinne, die Cicero in Brut. 152 für die Juristen vornimmt, ähnelt stark der an die Redner gerichteten Mahnung „sine philosophia non posse effici quem quaerimus

⁷⁸ So verzichtet auch Cic. de orat. 1, 188 auf die Definition als bzw. der Dialektik, vgl. Scarano Ussani, Tra scientia e ars, in: Per la storia, 229, 239.

⁷⁹ Beispiele bei Miglietta, Servius, 38 Fn. 3.

⁸⁰ Vgl. Wieacker, RRG I, 636; s.o. S. 11 ff. und sogleich.

⁸¹ Vgl. Bona, SDHI 46 (1980), 282, 319; s.o. S. 20 und Ehmer, in diesem Band, 133 ff.

⁸² So ohne weitere Argumente Nörr, SZ 126 (2009), 1, 48; dagegen Behrends, Index 37 (2009), 397, 406–408, allerdings mit sehr weitreichenden Folgeannahmen; vermittelnd Scarano Ussani, Tra scientia e ars, in: Per la storia, 229, 244, der für den *Brutus* eine Kombination stoischer und platonischer Konzepte annimmt.

⁸³ S.o.; vgl. auch Waldstein, Iura 44 (1993), 85, 113.

eloquentem“ im gleichfalls 46 v.Chr. erschienenen *Orator*.⁸⁴ Die folgende Synopse offenbart – neben einer sachlich unerheblichen Versetzung des „tribuere in partis“ – als einzigen wesentlichen Unterschied die Operationen *interpretatio* und „ambigua primum videre, deinde distinguere“, wozu zwar der Jurist, nicht aber der Redner aufgefordert wird:

Cic. Brut. 152

Nisi eam praeterea didicisset artem
quae doceret rem universam tribuere in partis,
latentem explicare definiendo,
obscuram explanare interpretando, ambigua
primum videre, deinde distinguere,
postremo habere regulam, qua vera et falsa
iudicarentur et quae quibus propositis essent
quaeque non essent consequentia.

Cic. Orat. 16

Nec vero sine philosophorum disciplina
genus et speciem cuiusque rei cernere
neque eam definiendo explicare
nec tribuere in partis possumus
nec iudicare quae vera quae falsa sint
neque cernere consequentia, repugnantia
videre, ambigua distinguere.

Das anzuwendende Verfahren wird in Brut. 152 als *ars* beschrieben, die in Brut. 153 konkret mit der Dialektik identifiziert wird. De orat. 1, 188 erhellt, dass diese *ars* ein Verfahren sei, „quod sibi totum philosophi adsumunt“. ⁸⁵ Entsprechend ist auch in Orat. 16 von einer *philosophorum disciplina* die Rede.

Erster Schritt⁸⁶ des Verfahrens ist in beiden Fällen die *partitio* bzw. *divisio*.⁸⁷ Wie bereits gesehen,⁸⁸ trennt Cicero die Formen an dieser Stelle noch nicht gleich scharf voneinander wie in den *Topica*. Orat. 16 dürfte insofern präziser sein, als er mit „genus et speciem (...) cernere“ und „tribuere in partis“ wie in top. 13 f. beide Verfahren nennt.

Im zweiten Schritt ist das Verborgene (*latentem*) mittels *definitio* zu erklären (*explicare*).⁸⁹ Die Definition erfolgt regelmäßig durch *partitio* oder *divisio* des Begriffs, um das Eigentümliche herauszuarbeiten.⁹⁰ Dadurch erklärt sich, dass Cicero im *Orator* mit den Worten „nec tribuere in partis possumus“ die *partitio* wieder aufgreift.

Die nach Brut. 152 im dritten Schritt erforderlichen Operationen finden im *Orator* keine Entsprechung. Das Dunkle (*obscuram*) ist mittels *interpretatio* auszulegen, Zweideutiges bzw. Strittiges (*ambigua*) als solches auszumachen (*videre*) und sodann mittels *distinctio* zu lösen. Dass es sich in beiden Fällen um

⁸⁴ Cic. Orat. 14; vgl. Miglietta, Servius, 49 Fn. 24.

⁸⁵ S.o. S. 12.

⁸⁶ Für Cic. Brut. 152 ähnliche Gliederung bei Behrends, SZ 125 (2008), 25, 66.

⁸⁷ Miglietta, Servius, 50 spricht allein von der *partitio*.

⁸⁸ S.o. S. 13 Fn. 19.

⁸⁹ Miglietta, Servius, 51 f.

⁹⁰ Cic. top. 28, 29: „dum proprium efficiatur“. Dazu näher Ehmer, in diesem Band, 139 ff.

eine *inventio*, mithin die Topik handelt (vgl. top. 6), erhellt nicht zuletzt Quintilian.⁹¹ Die Dunkelheit liegt im knappen, vielfach altertümlichen, außer Gebrauch geratenen und funktional umgedeuteten Wortlaut römischer Rechtstexte – man denke etwa an die XII Tafeln. Ziel ist es, juristische Entscheidungsfindungen rational nachvollziehbar, mithin logisch tragfähig zu machen.⁹² Dies – wie auch die gleichzeitige Fruchtbarmachung der vorhandenen Texte zur Lösung neuer Rechtsfragen – ist nur durch Interpretation im Wege argumentierender Auslegung möglich.⁹³ Gerade um diese Auslegungsarbeit leisten zu können, bedarf es zuvor der Begriffsdefinitionen.⁹⁴

Die *distinctio* schließlich dient dazu, Meinungsstreitigkeiten und Widersprüche zu lösen, indem man rechtliche Unterschiede zwischen den Fallgestaltungen herausarbeitet.⁹⁵ Gerade dieses Instrument wird – wie auch sein komplementärer Topos der *similitudo* – in den *Topica* näher beschrieben.⁹⁶ Es ist bis auf den heutigen Tag – insbesondere im angloamerikanischen Recht – integraler Bestandteil des Methodenkanons juristischen Arbeitens. Hieraus erklärt sich, dass der an Juristen gerichtete *Brutus* diese Instrumente benennt, für die sich im an Redner gerichteten *Orator* keine Entsprechung findet.

Der letzte, beiden Texten gemeinsame Schritt liegt in der logisch nicht angreifbaren Deduktion („vera et falsa iudicarentur“ bzw. „iudicare, quae vera quae falsa sint“) aus den mittels der vorangegangenen Schritte gewonnenen Regeln bzw. Prämissen. Dabei ist *Brutus* und *Orator* die Erwähnung der *consequentia* gemein, nur letzterer erwähnt ferner die *repugnantia*. Top. 53 zeigt, dass beide Instrumente Teil des *locus dialecticorum* als *ars iudicandi* (top. 6), mithin der Dialektik im engen, stoischen Sinne sind, Cicero hier also vom Syllogismus handelt.⁹⁷

⁹¹ QUINT. inst. 12, 3, 7: „Quae scripta sunt aut posita in more civitatis nullam habent difficultatem, cognitionis sunt enim, *non inventionis*: [e con., Verf.] at quae consultorum responsis explicantur, aut in verborum interpretatione sunt posita aut in recti praeiudicii discrimine.“

⁹² Miglietta, Servius, 53. Dass er mit „logicamente“ kein deduktiv-syllogistisches Instrument, sondern rationale Nachvollziehbarkeit ausdrückt, zeigt „percorribile“, das man evtl. dahin übersetzen kann, dass die juristische Argumentation „gangbar“ zu machen sei. Logisches im engeren Sinne kann nicht „percorribile“, sondern nur richtig oder falsch sein.

⁹³ Vgl. Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 139 mit Fn. 9 auf 140, der hierdurch auch das hohe Lob des Crassus auf die XII Tafeln in Cíc. de orat. 1, 195 und 245 erklärt.

⁹⁴ S. o.; vgl. Cíc. top. 9 und Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 216 f.

⁹⁵ Vgl. Miglietta, Servius, 55, 61, der diesen Schritt als „operazione ermeneutica più complessa“ bezeichnet, die v. a. im *ius controversum* Anwendung findet. Die Komplexität besteht darin, dass man die zum überzeugenden Argumentieren erforderliche *inventio* nicht lernen könne, s. dazu Ehmer, in diesem Band, 126 ff.

⁹⁶ Cíc. top. 16 und 46 und näher Ehmer, in diesem Band, 148 ff., 156 ff.; Rüfner, in diesem Band, 256 ff.

⁹⁷ Ebenso für Cíc. Brut. 152: Miglietta, Servius, 70–73; Reinhardt, Topica, 307.

Beide Texte postulieren mit der Dialektik im weiten Sinne somit einen bewussten, geordneten, Entscheidungsfindungen strukturierenden Umgang mit der Sprache.⁹⁸ Die so verstandene Dialektik erschöpft sich nicht im logischen Deduzieren; der Syllogismus ist vielmehr die Frucht eines mehrschrittigen Verfahrens. Gedanken und Sachverhalte sind zunächst zu strukturieren, sodann ihre Gegenstände durch Definitionen zu vergegenwärtigen, um das Problematische als *Sedes materiae* auszumachen. Erst wenn man hierfür argumentativ überzeugende Lösungen entwickelt hat, können diese zur Grundlage einer logischen Deduktion und damit eines dialektischen Vorgangs im engen Sinne gemacht werden. Gerade diesen reflektierenden Sprachgebrauch versucht Cicero in den *Topica* – stellvertretend für alle Juristen – Trebaz nahezubringen.

III. Divergentes Wissenschaftsverständnis: Topik und System

Besteht sonach die Dialektik im weiten Sinne aus der Topik einerseits und der Dialektik im engen, stoischen Sinne andererseits, bleibt zu klären, wie sich beide zum Systembegriff verhalten. Aus heutiger wissenschaftstheoretischer Sicht erscheint die Topik gleichsam als Gegenbegriff des Systems und Inbegriff der Asystematik.⁹⁹ Während die Topik grundsätzlich darauf zielt, für konkrete Probleme Prämissen als Abwägungsgesichtspunkte und Argumente zu entwickeln, die eine Entscheidungsfindung intersubjektiv vermittelbar machen, ist in einem perfekt gebildeten System jeder im weiteren Sinne dialektische Diskurs obsolet.¹⁰⁰ Es bedürfte keiner *inventio*, sondern allein einer logischen Deduktion, also der Dialektik im engen stoischen Sinne, deren Ergebnisse nicht überzeugen müssen, sondern entweder richtig oder falsch sind. Ein solches Wissenschaftsverständnis fand sich in der Antike in Reinform neben dem philosophischen Teilgebiet der Logik nur in der Mathematik.¹⁰¹

Viehweg macht daher im Anschluss an die Kategorienbildung Gian Battista Vicos als gegensätzliche wissenschaftliche Methoden die rhetorisch-topische der Antike und die neue, kritisch-cartesianische aus,¹⁰² die durch die Naturwissen-

⁹⁸ Vgl. Behrends, Gesetz und Sprache, in: *Nomos und Gesetz*, 135, 194 der die Dialektik als „kunstgerecht geordnete Sprache selbst“ bezeichnet. Offensichtlich bezieht Behrends „kunstgerecht“ hier auf die extrinsische *ars* und meint keine rhetorische Eleganz. Die gegenteilige Auslegung widerspräche der Gegenüberstellung von Dialektik und *elegantia loquendi* in Cic. Brut. 153: „Dialecticam mihi videris dicere,“ inquit. ‚Recte‘ inquam ‚intellegis; sed adiunxit etiam et litterarum scientiam et loquendi elegantiam (...)‘.

⁹⁹ Vgl. Beltrán Calfurrapa, RD Valparaíso 39 (2012), 587, 595.

¹⁰⁰ Vgl. Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 43 f., 48.

¹⁰¹ Vgl. Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 39 f., 44, 61.

¹⁰² Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 16 zu Gian Battista Vicos Dissertation *De nostri temporis studiorum ratione* aus dem Jahr 1708; zum juristischen Wirken dieses

schaften fortentwickelt, praktiziert und schließlich von den Pandektisten auf die Jurisprudenz übertragen wurde. Hieran ist für das römische Recht sicher zutreffend, dass ihm System und Deduktion im Sinne der Begriffsjurisprudenz fremd waren.¹⁰³ Auch systematische Lehrbücher¹⁰⁴ für die einzelnen Fachdisziplinen zielten nicht auf lange, gleichsam begriffspyramidale Deduktionsketten, sondern dienten allein einer vollständigen und übersichtlichen Darstellung des Stoffes.¹⁰⁵

Allerdings ist die logische Deduktion Teil der Dialektik im weiten Sinne, so dass die Annahme Viehwegs, die stoische Logik liege „offensichtlich auf einer ganz anderen Ebene“ als die „rhetorische (...) Geistigkeit“ der Antike in dieser Form nicht haltbar ist.¹⁰⁶ Beide Methoden sind Modelle, die in der Praxis nicht in ihrer Reinform auftreten, sondern zahlreiche Schnittmengen aufweisen. Gewiss war das römische Recht kein geschlossenes, axiomatisch-statisches System im Sinne der aristotelischen ἐπιστήμη.¹⁰⁷ Ein solches System war aber – wie wir sahen – auch gar nicht Ciceros Ziel: Er wollte das Recht *in artem redigere*, mithin in eine praktisch anwendbare τέχνη verwandeln, die nicht mehr als ein „Habitus des Hervorbringens bei vernünftiger Überlegung“ ist.¹⁰⁸

Das rhetorisch-topische Wissenschaftsmodell darf aber auch nicht als sophistisches Blendwerk oder als rhetorisches „Feuerwerk“ missverstanden werden. Cicero verfolgt, indem er die logische Deduktion als *locus dialecticorum* in die *Topica* einführt,¹⁰⁹ einen erweiterten Topikbegriff, der die Grenzen von axiomatisch-deduktivem System und rhetorisierender juristischer Kasuistik überwindet.¹¹⁰ Das römische Recht ist damit gegenüber der Begriffsjurisprudenz sogar insofern systemfreundlicher, als es der Vermeidung von Widersprüchen durch *distinctio* Raum bot.¹¹¹

Philosophen und namentlich auch zu seinem Frühwerk jüngst monographisch Petersen, Vicos Kulturgeschichte, v. a. 3 f. m. w. N.

¹⁰³ Giaro, SZ 105 (1988), 180, 191.

¹⁰⁴ Für das Recht Cic. leg. 2, 47 und Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 50; zu den didaktischen Zwecken des Gaius-Systems ferner Guzmán Brito, REHJ 5 (1980), 17, 18 f., 27; Giaro, SZ 105 (1988), 180, 202–204; für weitere Fachdisziplinen Cic. de orat. 1, 187 (s. o. S. 12).

¹⁰⁵ Fuhrmann, Das systematische Lehrbuch, 187.

¹⁰⁶ Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 61; dagegen zutreffend Waldstein, Topik und Intuition, in: FG Herdlitzka, 237, 245.

¹⁰⁷ Giaro, SZ 105 (1988), 180, 193.

¹⁰⁸ Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 57. Zu Ciceros Zielsetzung s. insoweit zutreffend Gilardeau, Cicéron, 81 f.; seine Gleichsetzung von *ars* und ἐπιστήμη ist freilich unhaltbar. Zur τέχνη bei empirisch-anwendungsbezogenen Wissenschaften s. auch Giaro, SZ 105 (1988), 180, 195.

¹⁰⁹ Cic. top. 6, 53–57, dazu Ehmer, in diesem Band, 133 ff., 159 ff., 171 ff.

¹¹⁰ Vgl. Giaro, SZ 105 (1988), 180, 188.

¹¹¹ Giaro, SZ 105 (1988), 180, 196.

D. Die *Topica* als Forschungsgegenstand

I. Romanistik

Ciceros Programm bzw. verlorene Schrift *De iure civili in artem redigendo* übte mit Blick auf Methodik und (äußeres) System des römischen Rechts – wie eingangs erwähnt – über die Jahrhunderte immer wieder großen Reiz auf die Romanistik aus.¹¹² Eine Gesamtanalyse der *Topica* hat die romanistische Forschung hingegen bislang nicht hervorgebracht.¹¹³ Es existieren verschiedene Einzelbetrachtungen, etwa Untersuchungen zu ihren juristischen Quellen.¹¹⁴ Andererseits wurden die *Topica* in unterschiedlicher Ausführlichkeit bei Erörterungen zur juristischen Systembildung (nach griechischem Vorbild) herangezogen. In diesem Zusammenhang sind chronologisch zunächst die Aufsätze La Pira zu erwähnen,¹¹⁵ die an zwei methodischen Defiziten leiden: La Pira stellt Quellen aus verschiedensten Zeiten und mit divergenten Zielen gleichberechtigt nebeneinander¹¹⁶ und rezitiert gerade die *Topica* zwar ausführlich,¹¹⁷ aber unkritisch: So nimmt er selbst das ersichtlich literarische Proömium wörtlich und leitet hieraus Argumente her.¹¹⁸

Wieackers Bewertung der *Topica* ist recht uneinheitlich: Während er es zunächst noch für möglich gehalten hatte, dass sie „ein Anschauungsmodell“ für die Wege darstellen, „auf denen frühklassische Juristen zu einem Systemgrundiŝ didaktischer Elementarwerke gelangen konnten“¹¹⁹, qualifiziert er sie später nur noch mit folgenden Worten: „Dagegen lehnen sich Ciceros *Topica ad Trebatium* ausdrücklich und ersichtlich an Aristoteles' *Topica* an, die sie freilich vulgarisieren.“¹²⁰ Auch er nimmt Ciceros Proömium also wörtlich, was sich bei einem Vergleich beider Werke als unzutreffend herausstellt.¹²¹

¹¹² S. etwa Dirksen, Cicero's untergegangene Schrift, in: Abh. Kgl. Akademie, 177; Bona, SDHI 46 (1980), 282; Guzmán Brito, REHJ 5 (1980), 17; Gilardeau, Cicéron.

¹¹³ Talamanca, Genus-species, in: La filosofia II, 133 Fn. 405. Dass die Bedeutung von Ciceros *Topica* für das römische Recht grundsätzlich unterschätzt werde, monierte in jüngerer Zeit auch Leesen, Gaius meets Cicero, 31.

¹¹⁴ Crifò, Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113; Crifò, Ex iure ducere exempla, in: St. Esposito II, 1103; weitere Beispiele bei Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 161, 163 Fn. 5.

¹¹⁵ La Pira, BIDR 42 (1934), 336; La Pira, BIDR 44 (1936/1937), 131.

¹¹⁶ Mette, Ius civile in artem redactum, 50.

¹¹⁷ Zu Unrecht anderer Ansicht Mette, Ius civile in artem redactum, 50.

¹¹⁸ La Pira, BIDR 42 (1934), 336, 353.

¹¹⁹ Wieacker, SZ 70 (1953), 93, 112.

¹²⁰ Wieacker, Iura 20 (1969), 448, 462 Fn. 50.

¹²¹ Bayer, Topica, 91–97; s. ferner oben S. 19 f.; unten Baier, in diesem Band, 37 ff.; Nörr, Cicero, topica 4.22, in: Symposion 1977, 269, 292, nach dem die Topik des Aristoteles „bei Cicero nur ganz entfernt“ anklingt.

Talamancas überzeugende Analyse der Strukturelemente *genus* und *species* ist schließlich schon ihrem Selbstverständnis nach keine vollständige Analyse der *Topica*.¹²²

In jüngerer Zeit hat Guzmán Brito einige Beiträge zu den hier interessierenden methodischen Grundfragen des römischen Rechts geliefert.¹²³ Behrends betrachtet das Werk ausschnittsweise aus sprachphilosophisch-rechtstheoretischer Sicht¹²⁴ sowie im Hinblick auf den Methodenwandel zu Beginn der klassischen Jurisprudenz.¹²⁵

Statt der methodisch-wissenschaftsgeschichtlichen Aspekte stellt Leesen in ihrer Dissertation „Gaius meets Cicero“ die rhetorisch-praktischen Auswirkungen der *loci* aus Ciceros *Topica* in den Vordergrund,¹²⁶ indem sie den Schulenstreit anhand der in Gaius Institutionen aufgeführten Fälle darauf zurückführt, dass Sabinianer und Proculianer bei ihren divergenten Lösungen je auf unterschiedliche *loci* rekurrierten. Allerdings entspricht es dem Wesen der Topik, stets *in utramque partem* zu argumentieren.¹²⁷ Daraus, dass jedes Argument einem *Topos* zugeordnet werden kann, ist also nicht zwingend zu schließen, dass die Juristen bei ihrer Entscheidungsfindung stets auf die Topik-Kataloge rekurrierten.¹²⁸

Zuletzt betonte Thomas die Bedeutung der ciceronischen *Topica* für die juristische Methodologie, wies auf ihre Nähe zu Ciceros Programm *De iure civili in artem redigendo* hin und behandelte eingehender die Definitionen in den *Topica*.¹²⁹

Insgesamt ist aus romanistischer Sicht daher eine neue Gesamtanalyse der *Topica* erforderlich, damit dieses Werk künftig nicht mehr nur als Quelle von sekundärer Bedeutung rezipiert wird.¹³⁰ Die rechtshistorische Bedeutung der Schrift liegt neben ihren zahlreichen juristischen Beispielen vor allem in der Beschreibung der wissenschaftlichen Methodik, die Cicero auch für sein Programm *De iure civili in artem redigendo* herangezogen haben wollte. Infolge der Chronologie beider Schriften und der weitgehenden Konvergenz der jeweils behandel-

¹²² Talamanca, *Genus-species*, in: La filosofía II, 133.

¹²³ Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 161, 162 Fn. 4 m.w.N. zur jüngeren Literatur; ausführlich Guzmán Brito, Historia de la interpretación, 305–347 („Sobre la influencia de la tópica o dialéctica“).

¹²⁴ Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 199 ff., 215–225.

¹²⁵ Behrends, Index 24 (1996), 1, 43–46.

¹²⁶ Vgl. Leesen, Gaius meets Cicero, 29 Fn. 68, 31.

¹²⁷ Rez. Platschek, SZ 132 (2015), 581, 583.

¹²⁸ Rez. Platschek, SZ 132 (2015), 581, 585.

¹²⁹ Thomas, A Barzunesque View, in: Cicero's Law, 11; Thomas, AÜHFD 69 (2020), 1249.

¹³⁰ Zu diesem Problem auch Crifò, Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113, 145; Leesen, Gaius meets Cicero, 31.

ten methodischen Instrumente ist offenkundig, dass die *Topica* eine Quelle ersten Ranges zum Verständnis des ciceronischen Programms sind, das wiederum Rückschlüsse auf die Entstehung der römischen Rechtswissenschaft erlaubt.¹³¹ Die Ausführungen in Brut. 152 zeigen zudem, dass der *liber de iure civili in artem redigendo* ebenso wie die *Topica* eine dezidiert juristische Topik präsentierten.¹³² Bei dieser gemäßigten Topik handelt es sich um ein methodisches Modell, das – konsequent verwirklicht – eine antiken Ansprüchen genügende Systematisierung des *ius civile* zu bewirken im Stande gewesen wäre.¹³³

II. Latinistik

Die klassische Philologie hat neben einer überblicksweisen Darstellung der *ars topica* durch Rubinelli¹³⁴ zwei Monographien zu Ciceros *Topica* sowie eine zu seinem *liber de iure civili in artem redigendo* hervorgebracht. Riposatis „Studi sui ‚Topica‘ di Cicerone“ sind allerdings nicht nur aufgrund ihres Alters,¹³⁵ sondern auch aufgrund fachlicher Mängel mit Vorsicht zu verwenden.¹³⁶ Für die Rechtsgeschichte ist das Werk kaum brauchbar, da Bezüge zu den Rechtsquellen, die sich bei Ciceros Wahl juristischer Beispiele angeboten hätten, fehlen. Für die hiesigen Zwecke zielführender sind daher die von Bayer besorgte Tusculum-Ausgabe der *Topica*, die einen ausführlichen Kommentar zu den rechtlichen Bezügen nebst einem Stellenregister¹³⁷ der Rechtsquellen bietet, sowie die von Reinhardt mit ausführlicher Einleitung und Kommentar versehene englische Ausgabe.¹³⁸ Die zweite, mittlerweile auch schon über vierzig Jahre alte Monographie Kaimios untersucht lediglich Einleitung und Quellen der *Topica*.¹³⁹

¹³¹ Dazu Mantovani, SDHI 75 (2009), 113, 130 Fn. 60; Thomas, A Barzunesque View, in: Cicero's Law, 11, 20; Crifò, Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113, 124; Mette, *Ius civile in artem redactum*, 55, zustimmend Reinhardt, *Topica*, 53, 61; insoweit zustimmend auch Leesen, Gaius meets Cicero, 31, wobei ihre Bezeichnung der *Topica* als Beitrag „to the systematisation of the Roman *ius civile*“ – je nach vertretenem Systembegriff – zumindest missverständlich ist. Andere Ansicht Nörr, Cicero, in: Ciceroniana III, 111, 144, der am ehesten Strukturparallelen zu den *Partitiones oratoriae* vermutet.

¹³² Mette, *Ius civile in artem redactum*, 63, zustimmend Crifò, Ex iure ducere exempla, in: St. Esposito II, 1103, 1104; Reinhardt, *Topica*, 59. Andere Ansicht Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 36, der Ciceros „überall verwendbaren Topoi“ die „für ein bestimmtes Fach approbiert[en]“ gegenüberstellt. Zur Methodik in den *Topica* s. Ehmer, in diesem Band, 171.

¹³³ Vgl. Wieacker, SZ 70 (1953), 93, 112; so wohl auch Albanese, AUPA 47 (2002), 23, 44 f.

¹³⁴ Rubinelli, *Ars Topica*; dazu Rez. Lauer, *Controversia* 8 (2012), 83, 86 („modern handbook for ancient topical analysis“).

¹³⁵ Talamanca, Genus-species, in: La filosofia II, 133 Fn. 405.

¹³⁶ Vgl. Rez. Güngerich, *Gnomon* 22 (1950), 150, 154.

¹³⁷ Bayer, *Topica*, 222–224.

¹³⁸ Reinhardt, *Topica*.

¹³⁹ Kaimio, Cicero's *Topica*.

Mettes kleine Monographie mit dem Titel „*ius civile in artem redactum*“ bringt als einzige Untersuchung deutlich die *Topica* mit dem ciceronischen Programm in Verbindung und stellt abschließend die These in den Raum, dass Ciceros Einfluss auf die Entwicklung eines an griechischen Vorbildern orientierten Methodenbewusstseins in der römischen Jurisprudenz größer gewesen sein könnte, als bis dahin angenommen.¹⁴⁰ Die Arbeit leidet jedoch daran, dass sie sich nicht mit der einschlägigen romanistischen Literatur auseinandersetzt und rechtliche Grundstrukturen zu unkritisch auf Strukturen der stoischen Logik zurückführt.¹⁴¹

E. Gang der Untersuchung

Um einen modernen Zugang zu den *Topica* zu erlangen, haben die Autoren des vorliegenden Bandes einen gemeinsamen Weg eingeschlagen, der juristische und philologische Perspektiven miteinander vereint. Dabei werden inhaltlich alle Teile der *Topica* mit einbezogen, von den eingangs erwähnten Bezügen zu ihrem aristotelischen Vorbild (top. 1–3) über die dem *locus extrinsecus* (top. 24, 72 ff.) zugrundeliegende Statuslehre bis hin zur rhetorisch-argumentativen Praxis im letzten Teil der Schrift (top. 79 ff.).

Die ersten vier Beiträge konzentrieren sich dabei vor allem auf das Werk Ciceros an sich. Im ersten Beitrag „Ciceros *Topica*: Philosophische Beispiele und forensische Praxis“ erläutert Thomas Baier zunächst den Kontext der Werkentstehung und den Zusammenhang mit den *Topiká* des Aristoteles. Dabei geht er auch auf die von Cicero dargestellte Entstehungsgeschichte seiner Schrift und das Anliegen Ciceros ein, dem römischen Ideal eines *orator perfectus* mit Hilfe einer systematischen Anleitung der Rechtswissenschaft näher zu kommen. Außerdem werden die Begriffe von *topos/topoi* und *locus* erläutert und anhand einiger Beispiele aus den *Topica* exemplifiziert. Dadurch werden die topischen Schlussverfahren bei Cicero und in der antiken Rhetorik insgesamt verdeutlicht.

Der zweite Beitrag zur „Bedeutung der juristischen Beispiele in C_{IC}. top. 9 bis 71“ geht umfassend auf den für Juristen interessantesten Aspekt des Werkes ein, nämlich die zahlreichen juristischen Beispiele, die Cicero für jeden einzelnen *Topos* anführen kann. Ralph Backhaus untersucht diese Beispiele jeweils einzeln und zieht sodann daraus Schlussfolgerungen zu Zweck, Zielsetzung und Kontext der *Topica*. Komplementär dazu wird auch im dritten Beitrag „*ars dialectica* oder *ars extrinsecus adhibita* – juristische Methodik in Ciceros *Topica*?“ eine umfassende Analyse der *Topica* unternommen, allerdings aus der Perspektive der juristischen Methodik. Matthias Ehmer untersucht, ob die Vorgehensweise Ciceros

¹⁴⁰ Mette, *Ius civile in artem redactum*, 63; noch vorsichtiger, aber in der Grundtendenz vergleichbar Wieacker, SZ 70 (1953), 93, 112.

¹⁴¹ Fuhrmann, SZ 72 (1955), 388, 388–390.

eine spezifisch juristische Methodenlehre beinhaltet und ob sie Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur Methodik der frühklassischen Juristen aufweist.

Auf einen einzelnen Topos, nämlich den der Etymologie, geht sodann Constantin Willems im folgenden Beitrag „*Graeci ἐτυμολογίαν* appellant, [...] nos autem [...] notationem appellamus (Cic. top. 35): Das etymologische Argument in Ciceros *Topica*“ ein. Die Etymologie bzw. die *notatio* ist von besonderer Bedeutung, da Cicero selbst der Ansicht ist, es ließen sich aus diesem Topos viele Argumente entwickeln (top. 35), sodass er ihm einen ganzen Abschnitt der *Topica* widmet (top. 35–40).

Der zweite Teil des Bandes behandelt sodann stärker die Wirkungsgeschichte der *Topica*. Insofern ist zunächst von Interesse, wie sie von Seiten der Anwälte bzw. Redner aufgenommen wurden. Dies veranschaulicht der Beitrag „System und Praxis: Ciceros *Topica* und Quintilians *Institutio oratoria* 5, 10“ anhand einer Betrachtung der Rezeption Ciceros durch den einflussreichsten rhetorischen Schulautor der Kaiserzeit, Quintilian. Tobias Dänzer zeigt hier auf, wie die Topik die forensische Praxis beeinflusst haben könnte und wie sie als Mittel zur Unterscheidung von juristischer, philosophischer und rhetorischer Argumentation betrachtet werden kann.

Schließlich wird der Fokus auf die Rezeption der *Topica* bei den römischen Juristen gelegt. Dafür wird zunächst in dem Beitrag „Juristische Methodik in Ciceros *Topica* und in Gaius Institutionen“ ein umfassender Vergleich mit der gaianischen Elementarschrift angestellt. Wolfram Buchwitz legt hier dar, dass sich die Denkweise und das systematische Bedürfnis des Schulschriftstellers in Anliegen und Vorgehensweise durchaus mit Ciceros Impetus decken, Gaius juristische Werkmittel aber noch deutlich darüber hinausgehen. Abschließend untersucht Thomas Rüfner in dem Beitrag „Methodischer Einfluss von Ciceros *Topica* auf die klassische Jurisprudenz in den *Digesten*“ einen noch umfassenderen Gegenstand, nämlich die Frage der Wirkungsgeschichte auf die römische Jurisprudenz der klassischen Zeit. Mittels eines computergestützten Textvergleichs lassen sich insofern parallele Argumentationsstrukturen auffinden, allerdings kommt auch zum Ausdruck, dass gerade die Rolle der Beispielsfälle für die römischen Juristen eine ganz andere war als für Cicero.

Literaturverzeichnis

- Albanese, Bernardo: *L'ars iuris civilis nel pensiero di Cicerone*, AUPA 47 (2002), 23–45
- Bayer, Karl (Hrsg.): *M. Tullius Cicero, Topica – Die Kunst, richtig zu argumentieren*, München 1993
- Behrends, Okko: *Gesetz und Sprache – Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie*, in: Behrends, Okko/Sellert, Wolfgang (Hrsg.): *Nomos*

und Gesetz – Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens. 6. Sym-
 position der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“,
 Göttingen 1995, 135–249

Behrends, Okko: Die Grundbegriffe der Romanistik – Zugleich eine Warnung vor dem
 l’art pour l’art, Index 24 (1996), 1–69

Behrends, Okko: Die geistige Mitte des römischen Rechts – Die Kulturanthropologie
 des römischen Rechts, SZ 125 (2008), 25–107

Behrends, Okko: Das Schiff des Theseus und die skeptische Sprachtheorie. Die Rationa-
 lität der antiken römischen Rechtssysteme und das romantische Rechtsbild Dieter
 Nörrs, Index 37 (2009), 397–452

Beltrán Calfurrapa, Ramón: La tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el
 precedente y la jurisprudencia, RD Valparaíso 39 (2012), 587–606

Bona, Ferdinando: L’ideale retorico ciceroniano ed il ‚ius civile in artem redigere‘,
 SDHI 46 (1980), 282–382

Bona, Ferdinando: Das Ideal der Rhetorik bei Cicero und das „ius civile in artem
 redigere“ – Mit einer „nota di lettura“ von Francisco Cuena Boy. Übersetzung von
 Christian Baldus und Massimo Miglietta, Riv. Dir. Rom. 6 (2006), 1–13

Bretone, Mario: La storia del diritto romano fra scienza giuridica e antichistica, Iura 39
 (1988), 1–23

Crifò, Giuliano: Per una lettura giuridica dei topica di Cicerone, Ann. Ist. Ital. 1 (1967),
 113–145

Crifò, Giuliano: Ex iure ducere exempla – Gaio Trebazio Testa ed i „Topica“ Cicero-
 niani, in: Studi in memoria di Carlo Esposito, Bd. 2, Padua 1972, 1103–1124

Dirksen, Heinrich Eduard: Über Ciceros untergegangene Schrift: De iure civili in artem
 redigendo, in: Königliche Akademie der Wissenschaften zu Berlin (Hrsg.), Abhand-
 lungen der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin – Philologische
 und historische Abhandlungen der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu
 Berlin. Aus dem Jahre 1842, Berlin 1844, 177–198

d’Orta, Maurizio: Il diritto nell’ambiente in trasformazione. Forma e comunicazione
 giuridica nella tarda repubblica romana, SDHI 83 (2017), 485–500

Falcone, Giuseppe: Sul ‚finis in iure civili‘ di Cic. De orat. I.188, SDHI 75 (2009),
 503–514

Fögen, Marie Theres: Römische Rechtsgeschichten – Über Ursprung und Evolution
 eines sozialen Systems, Göttingen 2002

Fuhrmann, Manfred: Rezension zu Hans Joachim Mette, Ius civile in artem redactum.
 Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1954. 73 S., SZ 72 (1955), 388–391

Fuhrmann, Manfred: Das systematische Lehrbuch – Ein Beitrag zur Geschichte der
 Wissenschaften in der Antike, Göttingen 1960

Fuhrmann, Manfred: Die zivilrechtlichen Beispiele in Ciceros ‚Topik‘, in: Schirren,
 Thomas/Ueding, Gert (Hrsg.), Topik und Rhetorik – Ein interdisziplinäres Sympo-
 sium, Berlin 2000, 51–66

- Giario*, Tomasz: Über methodologische Werkmittel der Romanistik, SZ 105 (1988), 180–262
- Gilardeau*, Éric: Cicéron, père de la codification du droit civil, Paris 2017
- Güntherich*, Rudolf: Rezension zu Benedetto Riposati: Studi sui Topica di Cicerone. Milano: „Vita e Pensiero“ 1947. XV, 338 S. 1100 L. (Edizione dell’Università Cattolica del S. Cuore. Ser. Pubbl. 22.), Gnomon 22 (1950), 150–154
- Guzmán Brito*, Alejandro: Dialectica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana, REHJ 5 (1980), 17–31
- Guzmán Brito*, Alejandro: Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano, Santiago de Chile 2000
- Guzmán Brito*, Alejandro: Dialéctica y Retórica en los „Topica“ de Cicerón, REHJ 32 (2010), 161–195
- Kaimio*, Jorma: Ciceros Topica – The preface and sources, Turku 1976
- Kytzler*, Bernhard (Hrsg.): M. Tullius Cicero, Brutus, Düsseldorf/Zürich 2000
- La Pira*, Giorgio: La genesi del sistema nella giurisprudenza Romana – L’arte sistematica, BIDR 42 (1934), 336–355
- La Pira*, Giorgio: La genesi del sistema nella giurisprudenza – Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica, BIDR 44 (1936/1937), 131–159
- Lauer*, Ilon: Rezension zu „Sara Rubinelli, Ars Topica: The Classical Technique of Constructing Arguments from Aristotle to Cicero. New York: Springer Argument Library vol. 15. Hardback, US\$139.00“, Controversia 8 (2012), 1, 83–86
- Leesen*, Tessa G.: Gaius meets Cicero – Law and Rhetoric in the School Controversies, Leiden/Boston 2010
- Mantovani*, Dario: Cicerone e il doppio ritratto di Tuberone il vecchio, SDHI 75 (2009), 113–130
- Marino*, Salvatore: I progetti di sistemazione del diritto privato nel I° sec. a.C. alla luce del modello ciceroniano di Ettore Lepore, in: Federico, Eduardo/Adamo, Sara/Lanzillo, Massimiliano (Hrsg.), Ettore Lepore, la storia antica. Eredità, attualità, prospettive – Atti del Convegno internazionale di studi, Napoli, 20–22 ottobre 2021, Bari, noch nicht erschienen, voraussichtlich 2023
- Mette*, Hans Joachim: Ius civile in artem redactum, Göttingen 1954
- Miglietta*, Massimo: „Servius respondit“ – Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I, Trient 2010
- Nörr*, Dieter: Cicero-Zitate bei den klassischen Juristen – Zur Bedeutung literarischer Zitate bei den Juristen und zur Wirkungsgeschichte Ciceros, in: Mariotti, Scevola (Hrsg.), Ciceroniana – Rivista di studi Ciceroniani. Atti del III Colloquium Tullianum, Rom 1978, 111–150
- Nörr*, Dieter: Cicero, Topica 4.22. Zur Anwendung der cautio damni infecti bei einer Kommunmauer und zum rhetorisch-philosophischen Topos ἀπὸ τοῦ αἰτίου, in: Modrzejewski, Joseph/Liebs, Detlef (Hrsg.), Symposion 1977. Gesellschaft für Grie-

- chische und Hellenistische Rechtsgeschichte – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Chantilly, 1.–4. Juni 1977), Köln 1982, 269–305
- Nörr, Dieter: *exempla nihil per se valent* – Bemerkungen zu Paul. 15 quaest. D. 46,3,98,8; 72 ad ed. D. 45,1,83,5, SZ 126 (2009), 1–54
- Nüßlein, Theodor (Hrsg.): M. Tullius Cicero, *De oratore* – Über den Redner, Düsseldorf 2007
- Paricio, Javier: Los proyectos codificadores de Pompeyo y César en san Isidoro de Sevilla, *Labeo* 50 (2004), 31–43
- Petersen, Jens: *Vicos Kulturgeschichte des Rechts*, Berlin/Boston 2022
- Platschek, Johannes: Rezension zu Leesen, *Gaius meets Cicero*, SZ 132 (2015), 581–587
- Pólay, Elemér: Der Kodifizierungsplan des Julius Caesar, *Iura* 16 (1965), 27–51
- Reinhardt, Tobias (Hrsg.): M. Tullius Cicero, *Topica* – Edited with a translation, introduction, and commentary, Oxford 2006
- Riposati, Benedetto: Studi sui „Topica“ di Cicerone, Mailand 1947
- Rubinelli, Sara: *Ars Topica – The Classical Technique of Constructing Arguments from Aristotle to Cicero*, New York 2009
- Sacchi, Osvaldo: *L'ars hermenēumatis* dei giuristi romani tra propensione analogista e anomalista nel diritto, in: Piro, Isabella (Hrsg.), *Scritti per Alessandro Corbino*, Bd. 6, Tricase 2016, 381–426
- Scarano Ussani, Vincenzo: Tra *scientia* e *ars* – Il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudizi di Cicerone e di Pomponio, in: Mantovani, Dario (Hrsg.), *Per la storia del pensiero giuridico romano – dall'età dei pontefici alla scuola del Servio*. Atti del seminario di S. Marino, 7–9 gennaio 1993, Turin 1996, 229–262
- Talamanca, Mario: Lo schema ‚genus-species‘ nelle sistematiche dei giuristi Romani, in: Accademia nazionale dei Lincei (Hrsg.), *La filosofia greca e il diritto Romano – colloquio italo-francese* (Roma, 14–17 aprile 1973), Bd. 2, Rom 1977
- Thomas, Philip: A Barzunesque View of Cicero: From Giant to Dwarf and Back, in: Du Plessis, Paul J. (Hrsg.), *Ciceros Law – Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh/Berlin 2016, 11–25
- Thomas, Philip: Definitions in Ciceros *Topica*, AÜHFD 69 (2020), 1249–1264
- Viehweg, Theodor: *Topik und Jurisprudenz – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München 1974
- Waldstein, Wolfgang: Topik und Intuition in der römischen Rechtswissenschaft – Zur Frage des Einflusses der griechischen Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft, in: Horak, Franz (Hrsg.), *Festgabe für Arnold Herdlitzka – zu seinem 75. Geburtstag* dargebracht von seinen Schülern und Freunden, München u. a. 1972, 237–263
- Waldstein, Wolfgang: Cicero, Servius und die ‚Neue Jurisprudenz‘, *Iura* 44 (1993), 85–147

Wieacker, Franz: Griechische Wurzeln des Institutionensystems, SZ 70 (1953), 93–126

Wieacker, Franz: Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie, Iura 20 (1969), 448–477

Wieacker, Franz: Römische Rechtsgeschichte – Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur – Erster Abschnitt: Einleitung, Quellenkunde. Frühzeit und Republik (= HAW, X.3.1.1), München 1988

Ciceros *Topica*: Philosophische Beispiele und forensische Praxis

Von Thomas Baier

A. Einleitung	37
B. Ciceros Anliegen in den <i>Topica</i>	42
C. Was ist überhaupt ein Topos?	44
I. Wie funktioniert der Topos <i>ex definitione</i> und woher hat Cicero ihn?	46
II. Was wird durch die Bestimmung des Rechts als Vollzug von <i>aequitas</i> aus- gesagt?	48
III. Welche Bedeutung hat <i>formula</i> ?	50
D. Ausblick	55

A. Einleitung

Ciceros *Topica* erwecken den Eindruck, als seien sie die Frucht eines Zufalls-
fundes: Der Jurist C. Trebatius Testa soll in Ciceros Bibliothek im *Tusculanum*
ein Exemplar von Aristoteles *Topiká* gefunden haben und von der Unklarheit des
griechischen Buches irritiert gewesen sein. Daher legte Cicero eine lateinische
Übersetzung vor – offenbar mit dem pädagogischen Anspruch der Vereinfachung.
Sein Buch unterscheidet sich, soweit wir das beurteilen können, deutlich
von den Quellen, die er benutzt haben will. Dass Cicero nicht eine Übersetzung
nach heutigem Verständnis anfertigte, ist schon auf den ersten Blick erkennbar,
denn seine vergleichsweise schmale Schrift ist viel kürzer als die acht – nimmt
man die *Sophistici Elenchi* dazu, sogar neun – Bücher des Aristoteles. Auch die
Stoßrichtung beider Schriften ist eine jeweils andere: Aristoteles nennt als Ziel
seines Vorhabens „eine Methode aufzufinden, nach der es uns möglich sein wird,
zu jedem zur Debatte stehenden Problem zu Lösungen zu kommen, indem wir
von landläufigen Annahmen ausgehen, ohne uns in Widersprüche zu verstricken,
wenn wir selbst Rede und Antwort stehen“ (Top. 100a1–4).¹ Er denkt dabei an
den philosophischen Streit, weniger an die forensische Praxis. Genau diese hat
aber Cicero vor allem im Blick, und sie interessiert auch den Adressaten der

¹ „... μέθοδον εὑρεῖν ἃφ’ ἧς δυνησόμεθα συλλογίζεσθαι περὶ παντὸς τοῦ προ-
τεθέντος προβλήματος ἐξ ἐνδόξων, καὶ αὐτοὶ λόγον ὑπέχοντες μὴθὲν ἐροῦμεν
ὑπεναντίον.“

Schrift, C. Trebatius Testa. Aristoteles habe, so fasst Cicero den Inhalt der *Topiká* zusammen, „eine Disziplin entwickelt, nach der Argumente irrtumsfrei und planmäßig gefunden werden können“.² Beide Themenangaben sind ähnlich, aber nicht gleich. Der Unterschied zu Aristoteles besteht darin, dass es dem Stagiriten auf die irrtumsfreie Methode des Schließens ankam, und zwar auf der Grundlage vorhandener Ansichten. Der römische Redner will dagegen erst einmal die „Orte“ finden, wo brauchbare Argumente liegen. Es geht ihm weniger um die logische als vielmehr um die heuristische Seite und natürlich um die Überführung in die anwaltliche Praxis – oder andersherum ausgedrückt: Er möchte das rednerische Alltagsgeschäft mit einem philosophischen Anspruch verbinden.³

Der Beginn der Ciceronischen *Topica* ist sozusagen topisch. Einerseits haben wir als Szenerie das Tusculanum und das geistig anregende Zusammensein zweier Persönlichkeiten, eines Juristen und eines Redners, in einer Bibliothek. Das ist der typische Beginn eines antiken Dialogs, also der Erörterung einer bestimmten Frage. Meist finden solche Seminare in anregend-heiterem Ambiente statt. Andererseits trägt der Beginn aber auch Züge einer Recusatio, also der Zurückweisung eines in Auftrag gegebenen Themas. Cicero begründet das damit, dass er eigentlich Wichtigeres – *digniores libri* – zu schreiben habe und gerade im Begriff stehe, *maiores res scribere* (top. 1). Das klingt selbstgewiss und auch ein wenig schroff, wird Trebatius doch bedeutet, dass die *Topik*, für die er sich so interessiere, eher unwürdig oder unwichtig sei. Cicero hat wohl zunächst versucht, Trebatius abzuwimmeln: Er solle sich den Aristoteles bitteschön selbst durchlesen oder einen Redelehrer fragen, der es ihm erkläre. Darauf jedoch habe Trebatius geantwortet, er habe beides versucht und sei nicht weitergekommen. Die Aristoteles-Lektüre sei an der *obscuritas* des Textes gescheitert, und der zu Rate gezogene Redner, *rhetor ille magnus*, habe rundheraus zugegeben, Aristoteles nicht zu kennen (top. 3). Da sei Cicero nichts anderes übriggeblieben, als eben doch zur Feder zu greifen.

Ist es denkbar, dass ein Redner in Rom tatsächlich nichts von Aristoteles wusste? Ausschließen kann man es nicht. Das liegt zum einen an der Aristoteles-

² Cic. top. 2: „disciplinam inveniendorum argumentorum, ut sine ullo errore ad ea ratione et via perveniremus“.

³ Den Konflikt zwischen schnöder Gerichtspraxis und hehrer Philosophie thematisiert bereits Isokrates (436–338 v. Chr.), will er sich doch „vor allem von den gewöhnlichen Redenschreibern unterscheiden, die ihre Schüler für die gerichtliche Praxis schulen“ (*Jäger*, *Paideia* II, 201). D. H. Isoc. 18 berichtet, Aphareus, der Adoptivsohn des Isokrates, habe die Reden seines Vaters von gewöhnlichen Gerichtsreden abgegrenzt: „διορίζεται μηδεμίαν ὑπὸ τοῦ πατρὸς ὑπόθεσιν εἰς δικαστήριον γεγράφθαι.“ Aristoteles habe dagegegenghalten, es lägen doch ganze Bündel von Gerichtsreden des Isokrates bei den Buchhändlern: „ὅτι δέσμας πάνυ πολλὰς δικανικῶν λόγων Ἰσοκράτειον περιφέρεισθαι φησιν ὑπὸ τῶν βιβλιοπωλῶν Ἀριστοτέλης.“

Überlieferung: Seine Werke kamen wohl erst nach 86 v. Chr. mit Sulla⁴ nach Rom. Natürlich waren sie demnach zum Zeitpunkt der Abfassung der *Topica* seit gut 40 Jahren greifbar, aber vielleicht nicht alle und vielleicht nicht für jeden.⁵ Der gegenüber Aristoteles sehr eigenständige Charakter von Ciceros Schrift hat auch manche heutigen Philologen zu der Vermutung geführt, selbst Cicero habe die *Topiká* gar nicht gekannt, sondern in Wahrheit aus zweiter Hand zitiert.⁶ Soweit kann man aber nur gehen, wenn man Cicero einen sehr engherzigen Übersetzungsbegriff unterstellt. Gleichwohl verwundert es, dass der glänzende Stilist den *Topiká* bescheinigt, sie seien von einer „dicendi incredibilis quaedam cum copia tum etiam suavitas“ (top. 3). Das sind die vermutlich aus Vorlesungsmitschriften entstandenen aristotelischen Schulschriften⁷ nämlich gerade nicht. Sie zeichnen sich, und das gilt besonders für die *Topiká*, vielmehr durch eben jene *obscuritas* aus, die Trebatius an der Lektüre scheitern ließ.

Hinzu kommt, dass die *Topik* zwar als eine Art Grundwissenschaft für das Auffinden und Anordnen von Argumenten gilt, dass ein geübter Redner das aber

⁴ STRABO 13, 1, 54 (608f.) schildert, wie Sulla sich nach der Einnahme Athens der Bibliothek des Apellicon von Teos, die „das meiste von Aristoteles und Theophrast“ enthalten habe, bemächtigte und sie nach Cumae brachte. PLUT. Sulla 26 berichtet von der Verbreitung der Bücher in Rom durch den Grammatiker Tyrannio sowie den Kopisten Andronicus von Rhodos. Beide Gewährsmänner könnten voneinander abhängig sein oder auf eine gemeinsame Quelle zurückgehen, vgl. *Barnes*, „Roman Aristotle“, in: *Philosophia Togata* II, 1, 3. Der Bericht bei ATHENAIOS (3a–b), wonach zu Augustus’ Zeit eine Aristoteles-Ausgabe in Alexandria gewesen sei, wird als unplausibel zurückgewiesen, ebd., 7. Die *Topiká* scheinen dem späteren Peripatetiker Straton bekannt gewesen zu sein, haben also möglicherweise einen anderen Überlieferungsweg genommen, ebd., 14; 54–57. Bibliotheken hatten mitunter den Charakter von Trophäen, und ihr Prestige stieg mit einem berühmten Vorbesitzer, vgl. *Kunst*, Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte 2005, 48, 57.

⁵ Denkbar ist auch – sofern die Anekdote überhaupt einen wahren Kern hat –, dass der zu Rate gezogene römische Redner einfach zu erkennen geben wollte, dass ein guter Anwalt auch ohne griechische Theorie auskomme. Allzu tiefes Eintauchen in die griechische Kultur galt lange als anrüchig oder dekadent; in der Anklage gegen Verres (Cic. Verr. II 4, 4) diskreditiert Cicero dessen Leidenschaft für griechische Kunstwerke mit dem Hinweis, ihm selbst seien griechische Künstlernamen wie derjenige des Praxiteles (eines Bildhauers immerhin, den nach Varro jeder einigermaßen Gebildete kannte, vgl. GELL. 13, 17, 3) erstmals im Laufe der Ermittlungen untergekommen.

⁶ Vgl. *Bailey*, *Epistulae*, 474f.: „Cicero’s *Topica* [...] has in fact nothing to do with Aristotle’s work of the same name, which he had probably never seen. He seems to have followed Antiochus of Ascalon, who probably claimed to be following Aristotle“; vgl. auch *Barnes*, *Roman Aristotle*, in: *Philosophia Togata* II, 56. *Immisch*, *RhM* 78 (1929), 113, 117 unterstellt, dass Cicero „allerlei ὑπομνήματα aus seinem Besitz [auf die Schiffsreise] mitnahm. Darunter war dann wohl ein ‚Heft‘ oder ‚Vorlesungsleitfaden‘ über *Topik*, die der Lehrer, auf dessen Vorträgen die Aufzeichnungen beruhten, seinerzeit als ‚aristotelische‘ *Topik* vorgetragen hatte. Hierbei bleibt das nächstliegende immer der Gedanke an Antiochos [von Askalon]“.

⁷ *Kullmann*, *Kommunikation und Rhetorik bei Aristoteles*, in: *Aristotelische Rhetoriktradition*, referiert 21 f. die Forschungsdiskussion, geht aber 22 f. davon aus, dass die *Rhetorik* „aus der Gruppe der Vorlesungen“ ausscheidet.

vermutlich auch ohne theoretische Grundlage beherrschte, schlicht aus der alltäglichen Praxis.⁸ Cicero gibt Trebatius' Erlebnis mit dem Redelehrer wie folgt wieder, top. 3: „rhetor autem ille magnus haec, ut opinor, Aristotelia se ignorare respondit.“ – „Jener große Redner aber gab zu Protokoll, wie ich meine, dass er jene Aristoteles-Schrift nicht kenne.“ Das ist natürlich Ironie! Das erste untrügliche Ironiesignal ist die kommentierende Parenthese, *ut opinor*, die vorgibt, das Gehörte sei so ungeheuerlich, dass man es nur abgeschwächt, gleichsam ohne Gewähr, referieren könne. Derartige Einschübe mit *ut* beteuern einen Sachverhalt scheinbar, rücken ihn aber in Wahrheit ins Zwielficht.⁹ *Magnus* statt des ebenso inflationär gebrauchten wie im höflichen Umgang üblichen Superlativs *maximus* ist ebenfalls eine Herabwürdigung des Genannten. Die auffälligste Schmähung aus dem Munde eines Cicero ist aber das griechische Wort *rhetor*, statt des lateinischen *orator*. *Rhetores* sind die Theoretiker, *oratores* die Redner. An der Wende vom zweiten zum ersten Jahrhundert vor Christus hatte sich in Rom eine Bewegung etabliert, die Redeunterricht in lateinischer Sprache anbot; sie nannte sich *rhetores Latini*. Der Gründer oder wenigstens eine herausragende Figur war der Redner L. Plotius Gallus.¹⁰ Der Unterricht machte die professionelle Beredsamkeit von der Kenntnis des Griechischen unabhängig. Ein Edikt des Jahres 92 v. Chr., erlassen von den Zensoren L. Licinius Crassus und Cn. Domitius Ahenobarbus, missbilligte oder verbot diese Bewegung (SUET. rhet. 25, 2) – möglicherweise, weil dadurch ein Privileg der Nobilität aufgeweicht wurde und Aufsteiger leichter einen Weg ins Forum und in die Ämterlaufbahn fanden.¹¹ In seiner um 81 v. Chr. entstandenen Jugendschrift *De inventione* scheint Cicero noch unter einem gewissen Einfluss dieser Bewegung gestanden zu haben, später lehnte er sie ab. Sein Sohn jedenfalls lernte die rhetorische Theorie noch bzw. wieder in Griechenland auf Griechisch (part. 2).¹² Das Problem war aber vermutlich nicht so sehr Griechisch oder Latein, sondern die Art des Unterrichtens. In *De oratore* findet sich eine signifikante Stelle, an der deutlich wird, worum es geht: Im dritten Buch lässt Cicero den Hauptredner Crassus unter anderem die vier Redetugenden abhandeln: *Latinitas* (Sprachrichtigkeit), *perspicuitas* (Klarheit), *aptum* (Angemessenheit) und *ornatus* (Schmuck). Wer das alles beherrsche,

⁸ Entsprechend wird man davon auszugehen haben, dass es in Rom schon, bevor sich die aufstrebende Stadt *Poenico bello secundo* griechischer Kultur öffnete, Rhetorik ohne griechische Lehrer gab, vgl. Fuhrmann, Rhetorik, 44.

⁹ Vgl. Kühner/Stegmann, Grammatik I, 711,9: „besonders in ironischem Sinne“.

¹⁰ Vgl. Suerbaum, Die Archaische Literatur, in: HLL I, 549–552.

¹¹ Ein Hinweis auf diese Deutung findet sich in Cic. de orat. 1, 186: „quia veteres illi, qui huic scientiae praefuerunt, obtinendae atque augendae potentiae suae causa per vulgari artem suam noluerunt.“

¹² Vgl. Stroh, Declamatio, in: FS Dingel, 5, 33 Anm. 110. Fuhrmann, Rhetorik, 47f. unterstellt, dass *De inventione* und die ihr nahestehende Schrift *Auctor ad Herennium* eines unbekannten Autors bereits eine lateinische Quelle hatten.

sei ein guter Redner, so Crassus. Nun zitiert er aber einen Einwand seines Gegenparts Antonius, der im ersten Buch behauptet hatte, eigentlich gebe es gar niemanden, der diesen hohen Ansprüchen umfänglich genüge. Und da setzt Crassus noch eins obenauf, indem er seine These noch einmal zuspitzt und erklärt, dass selbst die Beachtung der vier genannten Redetugenden noch keinen guten Redner ausmache. Sie beträfen nämlich nur den technischen Teil, und Technik allein reiche nicht aus. Worauf es wirklich ankomme, sei etwas anderes, *de orat.* 3, 54:

Qua re omnis istos me auctore deridete atque contemnente, qui se horum, qui nunc ita appellantur, rhetorum praeceptis omnem oratoriam vim complexos esse arbitrantur neque adhuc quam personam teneant aut quid profiteantur intellegere poterunt. Vero¹³ enim oratori, quae sunt in hominum vita, quandoquidem in ea versatur orator atque ea est ei subiecta materies, omnia quaesita, audita, lecta, disputata, tractata, agitata esse debent.

Verspottet und verachtet dann meinetwegen alle die, die sich einbilden, durch die Regeln unserer Rhetoren, wie sie heute heißen, den ganzen rednerischen Wirkungskreis umfaßt zu haben, und die noch nicht begreifen konnten, welche Rolle sie zu spielen haben oder welchen Anspruch sie erheben können. Der wahre Redner sollte nämlich alles, was es im Menschenleben gibt, erkundet und gehört, gelesen und erörtert, behandelt und betrieben haben, da er sich ja mit ihm beschäftigt und in ihm sein Stoff besteht.¹⁴

Damit jemand zu Recht den Namen *orator* trage, bedürfe es noch weiterer Fähigkeiten. Man beachte in dieser Replik den pointierten Gegensatz zwischen *rhetorum praecepta* und *omnis oratorum vis*. Die *rhetores*, die Redelehrer, sind diejenigen, die Handbuchwissen an ihre Schüler weitergeben. Der römische *verus orator*, der Redner, der sich in der Praxis bewährt, ist aber ein umfassend gebildeter Mann.¹⁵ Nun kommt, was den wirklichen Redner ausmacht: Um es kurz zu sagen: Er braucht Lebenserfahrung. Er muss *ea quae sunt in hominum vita* kennen und selbst erprobt haben. Crassus fordert von ihm: *omnia quaesita, audita, lecta, disputata, tractata, agitata esse debent*. Die scheinbar endlose asyndetische Reihung zeigt, wieviel zu einem Redner gehört: Man muss vom Leben geformt sein. Man muss alles erkundet, gehört, gelesen, erörtert, behan-

¹³ An dieser Stelle ist der Text nicht sicher überliefert. Statt *vero* findet sich auch die Überlieferung *verum*, was im Vortrag übrigens keinen Unterschied macht, da die Akkusativendung ebenso wie die Dativendung vor dem folgenden Vokal nasaliert wurde. Wenn der Text also in einem Scriptorium diktiert wurde, so hatten die Schreiber überhaupt keine Möglichkeit, den Unterschied zwischen *verum* und *vero* zu hören. *Verum* bedeutet „aber“, *vero* wäre ein Attribut zu *oratori*. Da es nun um den „wahren Redner“ geht, lässt sich *vero* gut rechtfertigen. Andererseits kann man aber auch argumentieren, dass *orator* im Gegensatz zum griechischen *rhetor* bereits den wirklichen, den eigentlichen Redner charakterisiert, so dass die Hinzufügung eines Attributs überflüssig wäre.

¹⁴ Übersetzung *Merklin*, Über den Redner, 479 f.

¹⁵ Die hier aufgezählten „Kompetenzen“ sind nicht das, was man heute unter philosophischer Bildung verstehen würde, sondern einfach eine Art von Lebenskunst; ähnlich Cic. *de orat.* 1, 67; Hor. *epist.* 1, 1, 41 f.

delt und betrieben haben. Die *variatio* des Ausdrucks ist zugleich Abbild der Vielfältigkeit des Lebens.

Das mag nun recht viel heuristischer Aufwand zur Erklärung einer kleinen polemischen Spitze sein. Es zeigt aber, was Ciceros Anliegen auch in den *Topica* ist: Er ist, wie er gleich in den ersten drei Wörtern der *Topica* sagt, im Begriff *maiores res scribere*, wichtigere Dinge zu schreiben. Damit könnte *De officiis*, der drei Bücher umfassende Dialog über die Pflichtenlehre, gemeint sein,¹⁶ oder Cicero spielt ganz allgemein darauf an, dass er sich in seinem Alterswerk insgesamt der Übertragung der griechischen Philosophie ins Römische zugewandt habe.¹⁷ Was Trebatius wollte, waren nur ein paar technische Ratschläge, was Cicero dagegen anbietet, ist der *orator perfectus*, der umfassend philosophisch gebildete Redner.¹⁸ Das humanistische Bildungsideal, das Cicero verfißt, geht davon aus, dass Bildung etwas Ganzheitliches sein muss, dass sich Verstand und Herz nicht trennen lassen. Denk-, Urteils- und Ausdrucksfähigkeit gehören nach Cicero zusammen. Deshalb legt Crassus im 3. Buch von *De oratore* auch dar, dass es beim wirklichen Redner kein *discidium linguae atque cordis* (de orat. 3, 61) geben dürfe, also kein Zerwürfnis zwischen Zunge und Verstand. Gemeint ist der – laut Cicero¹⁹ – seit Sokrates bestehende Antagonismus zwischen Rhetorik und Philosophie. Während die eine nach sophistischer Lesart im Rufe stehe, eine *πειθοῦς δημιουργός* (*peithous demiourgos*) zu sein, eine „Handwerkerin der Überredungskunst“, die die „schwächere Sache zur stärkeren mache“, nehme die andere für sich in Anspruch, die reine Wahrheit zu verkünden. Cicero möchte aber beides zusammenführen.

B. Ciceros Anliegen in den *Topica*

In dieses humanistische Programm sind wohl auch die *Topica* einzuordnen. Wenn wir der gemütvollen Einleitung der Schrift glauben dürfen,²⁰ dann standen

¹⁶ Reinhardt, *Topica*, 181 zur Stelle.

¹⁷ Dyck, *Commentary*, 8f. Fn. 20 vermutet, Cicero spiele nicht auf ein bestimmtes Werk an, sondern es handle sich um „merely a literary topos“.

¹⁸ Das ist gleichsam Ciceros Lebensthema. Dennoch ist die Vorstellung vom Redner-Philosophen nicht neu. Schon Isokrates unterscheidet in der Rede *Gegen die Sophisten* 20 diejenigen, die ἀρετή und σωφροσύνη versprechen, von denen, die πολυπραγμοσύνη und πλεονεξία lehren.

¹⁹ Vgl. Wilkins, *De Oratore*, 32 zur Stelle: „Cicero has been unjustly censured for ascribing to Socrates the division between rhetoric and philosophy.“ Im *Euthydemos* (305c5–e2) lässt Platon sich Sokrates kritisch über diejenigen ‚Zwitter‘ äußern, die glauben, in Philosophie und Staatskunst, die sich ihrerseits mit der Rhetorik überschneidet, gleichermaßen beschlagen zu sein. In *Phaidros* und *Gorgias* grenzt schließlich Platon die Philosophie von der Rhetorik deutlich ab.

²⁰ Immisch, *RhM* 78 (1929), 113, 116f. hält die Wiedergabe aus dem Gedächtnis, wie Cicero behauptet (top. 5: „memoria conscripsi in ipsa navigatione“) für eine Fiktion bzw. einen literarischen Topos.

Aristoteles' *Topiká* in Ciceros Bibliothek, und er hatte sie auch gelesen (was, wie Seneca²¹ einmal feststellte, bei Büchern in Privatbibliotheken häufig nicht der Fall ist) und was, wie schon erwähnt, so mancher moderne Philologe bezweifelt. Vergleicht man seine *Topica* mit der griechischen Vorlage, so ist es evident, dass keine Übersetzung vorliegt. Das wäre allerdings von Cicero auch nicht zu erwarten gewesen, denn alle seine philosophischen Schriften entfernen sich mitunter weit von ihren Vorlagen und sind jeweils auf die römische Situation zugeschnitten. Einen wenigstens undeutlichen Hinweis liefert Cicero in einem Brief an Trebatius vom 28. Juli 44 v. Chr. Dort heißt es (Cic. fam. 7, 19):

Vide quanti apud me sis (etsi iure id quidem, non enim te amore vinco, verum tamen): quod praesenti tibi prope subnegaram, non tribueram certe, id absenti debere non potui. itaque ut primum Velia navigare coepi, institui Topica Aristotelea *conscribere* ab ipsa urbe commonitus amantissima tui.²² eum librum tibi misi Regio, scriptum quam *planissime* res illa scribi potuit. sin tibi quaedam videbuntur obscuriora, cogitare debebis nullam artem litteris sine interprete et sine aliqua exercitatione percipi posse. non longe abieris: num ius civile vestrum ex libris cognosci potest? qui quamquam plurimi sunt, doctorem tamen usumque desiderant. quamquam tu, si attente leges, si saepius, per te omnia consequere ut recte intellegas; ut vero etiam ipsi tibi loci proposita quaestione occurrant exercitatione consequere.

Sieh, wie hoch ich dich schätze (und wenn das auch seine Berechtigung hat, so ist deine Wertschätzung noch viel höher, aber wie auch immer): Was ich in deiner Anwesenheit abgelehnt, jedenfalls nicht zugestanden hatte, das konnte ich dir, als du weg warst, nicht mehr schuldig bleiben. Sobald ich also von Elea aufbrach, begann ich die aristotelischen *Topiká* zusammenzufassen, dazu bewogen durch eben jene Stadt, die du so magst. Dieses Buch habe ich dir von Rhegium geschickt, wobei jener Gegenstand so klar dargestellt ist wie eben möglich. Sollte dir aber manches allzu dunkel erscheinen, musst du dir vor Augen halten, dass man keine Fertigkeit nur aus der Beschreibung ohne Erklärer und ohne ein gewisses Maß an Übung erlangen kann. Allzu weit wirst du nicht gehen müssen: Kann man etwa dein Zivilrecht aus Büchern lernen? Obwohl es davon sehr viele gibt, brauchen sie dennoch einen Gelehrten und die Praxis. Indes, wenn du es aufmerksam liest, wenn du es öfter liest, wirst du auf eigene Faust so weit kommen, dass du alles richtig verstehst. Dass dir aber automatisch die *loci* / *topoi* in den Sinn kommen, sobald eine Frage auftaucht, das kannst du durch Übung erreichen.

Den Anfang kann man als verklausulierte Entschuldigung dafür lesen, dass Cicero Trebatius zunächst abgewiesen und zu einem Redelehrer geschickt hatte. Auf der Überfahrt von Elea nach Rhegium habe er dann mit der Niederschrift der *Topica* begonnen. *Conscribere*, welches „aufschreiben, aufzeichnen“ heißt, über-

²¹ SEN. dial. 9, 9, 4f.: „Quo innumerabiles libros et bybliothecas, quarum dominus vix tota vita indices perlegt? [...] studiosa luxuria, immo ne studiosa quidem, quoniam non in studium, sed in spectaculum comparaverant.“ Selbst Cicero schien seine Bibliotheken zumindest nicht nur unter inhaltlichen Gesichtspunkten zusammenzukaufen, vgl. Cic. Att. 1, 10, 4; Fehrlé, Bibliothekswesen, 24–26.

²² Vgl. Cic. top. 5: „memoria repetita in ipsa navigatione conscripsi.“

setzt Kasten²³ mit „bearbeiten“, was die Sache einigermaßen trifft. Weiter unten erinnert Cicero daran, dass jede *ars*, die man verschriftliche, eines *interpretes*, d.h. eines Erklärers, bedürfe. Und schließlich brauche jede *ars* Übung. Nach eigenem Bekunden kam es Cicero darauf an, die Sache so klar darzustellen wie nur eben möglich (*quam planissime*). *Plane dicere* ist eine Umschreibung von *perspicuitas*, von Klarheit, einer der Aufgaben des Redners. Shackleton Bailey bestreitet, dass Cicero das gelungen sei, und nennt die Schrift die unklarste in Ciceros Werk.²⁴ Der Brief liest sich wie das Vorwort zu einem Lehrbuch, das vereinfacht, erklärt und zum Selbststudium anleitet. Cicero hat also Aristoteles nicht übersetzt; auch hat er nicht eine Kurzfassung der neun Bücher auf 100 Paragraphen vorgenommen,²⁵ sondern er hat Aristoteles' Darstellung der *Topoi* weitgehend, nicht vollständig, übernommen, die Reihenfolge für seine Zwecke verändert und römische Beispiele aus dem Zivilrecht hinzugefügt. Außerdem greift er, was Schlussverfahren angeht, auf die *Analytica posteriora* des Aristoteles zurück, wo diese umfassend behandelt sind.

C. Was ist überhaupt ein Topos?

Mit dieser Frage beginnen die Probleme. Ciceros Topos-Begriff unterscheidet sich nämlich durchaus von demjenigen des Aristoteles. Aristoteles definiert den Begriff in den *Topiká*, wo man es erwarten würde, nicht.²⁶ In der Rhetorik (1358a9) findet sich eine Art Beschreibung, allerdings auch keine regelrechte Definition. Man wird Ophuijsen recht geben müssen in seiner Kritik: „The task of defining the topic was notoriously neglected by Aristotle.“²⁷ Dem lasse „sich entnehmen, dass Aristoteles die Vertrautheit seiner Hörer und Leser mit dem Ausdruck ‚Topos‘ voraussetzen konnte“,²⁸ unterstellt Rapp in seinem Rhetorik-Kommentar. Wahrscheinlicher ist aber, dass der Begriff gänzlich unscharf war und erst von Aristoteles im Sinne von „Auffindungsort für Argumente“ gebraucht wurde. Dafür spricht zum Beispiel der Umstand, dass Aristoteles den Begriff variiert und verschiedentlich auch von *στοιχείον* (*stoicheion*, Rh. 1369b20; 1403a16f.) spricht. Die Variation der Bezeichnung ist gewissermaßen ein Komplement zu einer Eigenart der aristotelischen Philosophie, nämlich „darauf zu achten, dass ein und dasselbe Wort in verschiedenen Kontexten ver-

²³ Kasten, An seine Freunde, 407.

²⁴ Bailey, *Epistulae*, 475 zur Stelle: „The examples in the *Topica* being taken from Roman law, it is the least perspicuous of Cicero's works.“

²⁵ Bayer, *Topica*, 91.

²⁶ Vgl. Schramm, Prinzipien, 84: Im ersten Buch der *Topiká* finde sich „nur eine knappe, erklärungsbedürftige Definition“; vgl. ebd., 89–95, wo der Begriff „Topos“ aus den Funktionen, die Aristoteles ihm zuschreibt, erklärt wird.

²⁷ Ophuijsen, Where have the Topics Gone?, in: *Peripatetic Rhetoric*, 131, 134.

²⁸ Rapp, *Rhetorik*, 270.

schiedene Bedeutung haben kann“.²⁹ Aristoteles leitet daraus das zweite seiner vier Organa ab (Top. 105a23 f.): „δεύτερον δὲ τὸ ποσαχῶς ἕκαστον λέγεται δύνασθαι διελεῖν“, „als zweites: in der Lage sein zu unterscheiden, wie vielfältig ein jedes gesagt werden kann“, d.h. wie viele Bedeutungsnuancen es hat. Die Unbestimmtheit im Ausdruck ist eher ein Hinweis, dass Aristoteles auf keine festgefügte Terminologie zurückgreift.

Dass sich in der Rhetorik die Bezeichnung *topos/locus*, „Ort“ durchgesetzt hat und auch in die Fachsprache eingedrungen ist – man spricht ja auch von literarischen Topoi – hängt sicher damit zusammen, dass die Ortsmetapher dem antiken Redner sehr geläufig ist. Sie spielt in der Mnemotechnik eine wesentliche Rolle: Der Redner legt bestimmte Argumente vor seinem inneren Auge beispielsweise in einem Haus ab und stellt sich dann während der Rede vor, wie er durch das Haus läuft und einen Punkt nach dem anderen an den imaginierten Orten aufruft. Insofern entspräche die Rede von „Orten“ bei der *inventio*, der Stoffauffindung, gewissermaßen dem entsprechenden Verfahren während der *actio*. Wilfried Stroh hat allerdings ansprechend vermutet, dass Aristoteles bei „Topos“ eher an den Angriffspunkt im Ringkampf gedacht hat, also den „Ort“, von dem aus man den Gegner am besten „packen“ kann.³⁰ Der Topos ist gleichsam der archimedische Punkt der Rede.

Cicero liefert uns in den *Topica* (top. 8) eine mustergültige Definition, wie er *locus* versteht, nämlich als Fundort für Argumente oder besser, wie Lausberg in seinem Handbuch erklärend übersetzt, als „Such-Formel“.³¹

Itaque licet definire locum esse argumenti sedem, argumentum autem rationem quae rei dubiae faciat fidem. Sed ex his locis in quibus argumenta inclusa sunt, alii in eo ipso de quo agitur haerent, alii assumuntur extrinsecus.

Deshalb ist es erlaubt, locus als Fundstelle eines Arguments zu definieren, Argument aber als ein Mittel, das einer strittigen Sache Glaubwürdigkeit verschafft. Von den *loci*, in denen die Argumente eingeschlossen sind, stecken die einen in der Sache selbst, um die es geht, die anderen werden von außen herangezogen.

Cicero teilt, wie schon in de orat. 2, 163, die *loci* in zwei Arten der Beweismittel ein, die technischen und die untechnischen (*entechnoi/atechnoi*). Letzteres sind Beweismittel, die ohne die Kunst des Anwalts auskommen, also etwa Zeugenaussagen, die man nicht künstlich herstellen, sondern lediglich geschickt verwenden muss. Durch eine bestimmte Fragetechnik soll aus dem Gegenstand

²⁹ Flashar, Aristoteles, 196.

³⁰ Mit dieser Erklärung rückt die Topik in die Nähe der ihr verwandten Stasis-Lehre, der Redesachverhaltsfeststellung. Stasis, *status* und *constitutio* können ebenfalls den „Standpunkt“ bezeichnen, von dem aus man einen Prozess führt. Allerdings ist die Herkunft des Begriffs schon in der Antike umstritten, vgl. QUINT. inst. 3, 6, 1–5; Stroh, Macht, 177.

³¹ Lausberg, Handbuch, 146. Vgl. Brunschwig, Aristote, xxxix: „Le lieu est donc une machine à faire des prémisses à partir d’une conclusion donnée.“

herausgeschält werden, was in ihn „eingewickelt ist“. Der erste behandelte Topos ist die Definition: „*definitio adhibetur, quae quasi involutum evolvit id de quo quaeritur*“ (top. 9). Für diesen Topos nennt Cicero ein Beispiel, das signifikant für seine Vorgehensweise ist:

eius argumenti talis est formula: Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia.

Dieses Argument hat folgende Musterformel: Das bürgerliche Recht lässt sich definieren als die Ausübung der Gerechtigkeit nach dem Grundsatz der Billigkeit zum Schutz der Interessen der Angehörigen eines Staates. Die Kenntnis der Billigkeit ist nützlich. Folglich ist auch die Kenntnis des Zivilrechts nützlich.

Ich möchte dieses erste Beispiel für einen Syllogismus bzw. für ein Enthymem unter drei Gesichtspunkten untersuchen:

1. Wie funktioniert der Topos *ex definitione* und woher hat Cicero ihn?
2. Was wird durch die Bestimmung des bürgerlichen Rechts als Vollzug von *aequitas* ausgesagt?
3. Welche Bedeutung hat *formula*?

I. Wie funktioniert der Topos *ex definitione* und woher hat Cicero ihn?

Bei dem Topos *ex definitione* wird im ersten Satz eine Definition gegeben, wobei *definiens* und *definiendum* auf den ersten Blick identisch sind. Das wiederum hat zur Folge, dass der zweite Satz als ein Argument für den dritten verwendet werden kann, denn was für das *definiens* gilt, gilt logischerweise auch für das *definiendum*. Der Topos funktioniert nach dem *modus ponens* bzw. im Negativen nach dem *modus tollens*. Aristoteles stellt in den *Topiká* gewisse Anforderungen an die Formulierung von logischen Sätzen. In den *Kategorien* legt er dar, auf welche Weise sich Wörter zu Aussagen verbinden. Er entwickelt (cap. 4) eine Tafel mit zehn Kategorien, die in den *Topiká* ein zweites Mal ausführlich besprochen wird mit dem Anspruch, dadurch alle Aussagemöglichkeiten für logische Sätze aufzuzeigen (ARIST. Top. 103b20–29).³² Ciceros erster Satz lässt sich nicht unbedingt einer dieser Prädikabilien zuordnen. Er ist auf den ersten Blick eher tautologisch, denn er stellt fest, *ius* ist *aequitas*, wobei die *aequitas* ihrerseits mit *constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas* näher erläutert wird. Tatsächlich werden in der juristischen Literatur mitunter die Begriffe *ius* und *aequus* als Hendiadyoin gebraucht – wie im Deutschen „recht und billig“. Reinhardt hat deshalb in seinem Kommentar festgestellt, dass Cicero mit seinem

³² Substanz, Quantität, Qualität, Relation, Ort, Zeit, Position, Haben, Wirken, Erleiden. Vgl. Flashar, Aristoteles, 187.

locus ex definitione weniger dem dialektischen Syllogismus der aristotelischen Logik als vielmehr dem eher assoziativen Verfahren der aristotelischen *Rhetorik* folgt (ARIST. Rh. 1398a32–b19). Zunächst erweckt Ciceros Satz vom *ius civile* den Eindruck einer Definition, bei der *aequitas* der übergeordnete, *ius civile* der untergeordnete Begriff ist, der durch ein Partizip näher eingegrenzt wird. *Aequitas* erschiene somit als übergeordnete Gerechtigkeit, *ius civile* als deren rechtliche Umsetzung innerhalb des Gemeinwesens zur Wahrung der Interessen seiner Bürger. Doch hätte man in diesem Fall vielleicht eher *iustitia* als Oberbegriff erwartet. Wenn Cicero stattdessen von *aequitas* spricht, scheint ihm eher der Begriff der Billigkeit im Sinn von Gerechtigkeit im Einzelfall vorzuschweben.³³

Eine ähnlich umschreibende Bestimmung des bürgerlichen Rechts findet sich in Cic. de orat. 1, 188:

Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio.

Im Zivilrecht gelte also folgender leitende Gesichtspunkt: die Bewahrung dessen, was bei der Wahrnehmung der Interessen und Angelegenheiten der Bürger Gesetzmäßigkeit und Gewohnheit entspricht und recht und billig ist.

Um allerdings herauszufinden, was man unter *conservatio aequabilitatis* zu verstehen habe – eine solche Forderung ist ja nicht auf Anhieb operationalisierbar – habe man sich einer gewissen Kunst von außen, aus einem anderen Genre bedient, so Cicero in demselben Absatz, eines „aliud genus quoddam, quod sibi totum philosophi adsumunt“ (de orat. 1, 188). Die Philosophen hätten nämlich ein Verfahren entwickelt, das die vielgestaltige Wirklichkeit³⁴ in die ihr inhärenten Teile zergliedert, oder, wie Cicero formuliert: „rem dissolutam divulsamque conglutinet et ratione quadam constringeret“ (de orat. 1, 188).³⁵ Im folgenden Absatz wird dann das Dihäresis-Verfahren der Zerlegung in *genera* und *partes* bzw. *formae* oder *species* skizziert.³⁶ Hier rekurriert Cicero auf die aristotelische Topik, und zwar auf deren spezifische Eigenart, mit dialektischen Syllogismen zu operieren. Was ist damit gemeint?

Den Syllogismus hatte Aristoteles gleich zu Beginn folgendermaßen definiert: „Ein Syllogismus ist ein Satz, bei dem aus gesetzten Annahmen etwas anderes als das Vorgegebene, aber aufgrund des Vorgegebenen notwendig folgt“ (ARIST.

³³ Auch Billigkeit ist eine Ausprägung der Gerechtigkeit – insofern fällt der Unterschied nicht zu sehr ins Gewicht. *Iustitia* ist das übergeordnete Prinzip, *aequitas* seine konkrete Anwendung. Die Belege bei Cicero zeigen, dass die beiden Begriffe sich inhaltlich überschneiden, mitunter auch den Bereich von *fides*, *prudentia* oder *bonitas* berühren, vgl. *Merguet*, Lexikon I, 100 s.v. ‚aequitas‘.

³⁴ Crassus zählt in Cic. de orat. 1, 158 f. die Bereiche auf, die diese umfasst. Es geht also darum, die völlig disparaten Wissensgebiete mit einer Methode zu umgreifen.

³⁵ *Wilkins*, De Oratore, 175 zur Stelle verweist zu dieser Stelle auf Cic. top. 9 als Parallele.

³⁶ Ausführlich behandelt Cicero den *locus ex definitione* in top. 26–34.

Top. 100a25–27).³⁷ Daran schließt er eine Unterscheidung an, die sich weniger auf die Methode des Schlüsseziehens als auf dessen Anwendungsbereich oder Kontext bezieht. In den *Topiká* behandelt er nur den von ihm so genannten dialektischen Syllogismus. Darunter versteht er ein Schlussverfahren, das von Vordersätzen ἐξ ἐνδοξῶν (*ex endoxon*) ausgeht, also Sätzen, die auf landläufigen Meinungen beruhen. Zwei weitere Syllogismus-Typen, die in den *Topiká* aber gar nicht zur Sprache kommen, sind die ἀποδείξεις (*apodeixeis*), der sozusagen philosophische Beweis, der deduktiv von axiomatischen Vordersätzen ausgeht – er wird in den *Analytica posteriora* behandelt –, und der eristische Syllogismus, der auf scheinbar wahrscheinlichen oder plausiblen Annahmen fußt. Ihn handelt Aristoteles in der Schrift *Sophistici elenchi* ab. Den dialektischen Syllogismus, um den es in den *Topiká* geht, leitet Aristoteles vom διαλέγεσθαι (*dialegesthai*), also dem Führen eines Gesprächs ab. Er kommt demnach in der Kunst der Gesprächsführung, und zwar über beliebige Themen, zur Anwendung. Bei Platon ist die Dialektik ein philosophisches Verfahren um zur höchsten Wahrheit vorzudringen, Aristoteles hat den Begriff, wohl in polemischer Absicht, wieder auf den Boden bzw. in den Alltag zurückgeholt.³⁸ Brunschwig vermutet, die Nobilitierung der Rhetorik als eine Art Schwester der Dialektik sei „likely to have shattered the walls of Plato’s Academy“.³⁹ Entsprechend sind bei ihm τὰ ἐνδοξα (*ta endoxa*), das, was der landläufigen Meinung entspricht, „etwas grundsätzlich Positives“⁴⁰; bei Platon waren die δόξαι (*doxai*) dagegen irrige oder zweifelhafte Auffassungen der Menge, die es durch Prüfen und Nachfragen zu korrigieren gilt. Aristoteles’ Herangehensweise ist weniger esoterisch und weniger elitär als diejenige Platons. Diese Orientierung an alltäglichen Sätzen kam Cicero entgegen. Warum, wird sich weiter unten (S. 51) zeigen. Kurzum: Ciceros etwas mäandernde Umschreibung des Zivilrechts als *aequitas*, *usitatum*, *legitimum* kommt der aristotelischen Definition ἐξ ἐνδοξῶν (*ex endoxon*), fußend auf landläufigen Auffassungen, sehr nahe.

II. Was wird durch die Bestimmung des Rechts als Vollzug von *aequitas* ausgesagt?

Es hat wahrscheinlich seinen guten Grund, dass Cicero dem Juristen Trebatius Testa gleich als erstes Beispiel eine Definition des Zivilrechts vorlegt, die derjenigen aus der früheren Schrift *De oratore* ähnlich ist und in der dieses als Auslegung im Sinne der Billigkeit interpretiert wird. Den Gedanken der *aequitas* hat Cicero nämlich immer wieder und vor allem, seit die Republik in der Krise ist, verfolgt. In welchem spezifischen Sinne gebraucht Cicero *aequitas*?

³⁷ „Ἔστι δὴ συλλογισμὸς λόγος ἐν ᾧ τεθέντων τινῶν ἕτερόν τι τῶν κειμένων ἐξ ἀνάγκης συμβαίνει διὰ τῶν κειμένων.“

³⁸ Vgl. Flashar, Aristoteles, 194.

³⁹ Brunschwig, Aristotle’s Rhetoric, in: Essays on Aristotle’s Rhetoric, 34.

⁴⁰ Flashar, Aristoteles, 194.

Aequitas ist Billigkeit oder Gerechtigkeit im Einzelfall. Billigkeit (ἐπιείκεια, *epieikeia*) ist notwendig, um das Gesetz (νόμος, *nomos*) zu korrigieren. Aristoteles bestimmt das Verhältnis von δίκαιον (*dikaion*) und ἐπιεικὲς (*epieikes*) folgendermaßen (Rh. 1374a26):

τὸ γὰρ ἐπιεικὲς δοκεῖ δίκαιον εἶναι, ἔστιν δὲ ἐπιεικὲς τὸ παρὰ τὸν γεγραμμένον νόμον δίκαιον.

Die Billigkeit erscheint als Gerechtigkeit; sie ist das, was ohne gesetzliche Grundlage gerecht ist.

An anderer Stelle führt er aus (ARIST. eth. Nic. 1137b26–29):

καὶ ἔστιν αὕτη ἡ φύσις ἡ τοῦ ἐπιεικοῦς, ἐπανόρθωμα νόμου, ἢ ἐλλείπει διὰ τὸ καθόλου. τοῦτο γὰρ αἴτιον καὶ τοῦ μὴ πάντα κατὰ νόμον εἶναι, ὅτι περὶ ἐνὶ ὄν ἄδύνατον θέσθαι νόμον, ὥστε ψηφίσματος δεῖ.

Das aber ist die Natur der Billigkeit, dass sie eine Begradigung des Gesetzes darstellt, wo dieses zu kurz greift aufgrund seiner Allgemeingültigkeit. Daran liegt es auch, dass nicht alles gesetzmäßig ist, weil man über manche Dinge kein Gesetz erlassen kann und es der Abwägung bedarf.

In der Rhetorik ist dieser Fall als *controversia ex scripto et sententia* bekannt.⁴¹ Cicero erklärt: „Eine Kontroverse zwischen Buchstaben und Geist des Gesetzes entsteht dann, wenn der eine sich an den Wortlaut klammert, der andere aber dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers folgt.“⁴² Das setzt keineswegs einen radikalen Zweifel an der Sinnhaftigkeit des positiven Rechts voraus. Im Gegenteil: *aequitas* ist als Teil der *iustitia* die Weiterführung des Rechts und seine Anpassung an den speziellen Fall.⁴³ Die extensive Auslegung einer Rechtsvorschrift hat jedoch stets einen inhärenten Hang zur Willkür. Sie kommt dem nahe, was Pringsheim als ‚außer-‘ oder ‚vorjuristische‘ *aequitas* definiert: „Diese Billigkeit ist Ausdruck einer unausgebildeten, rein gefühlsmäßigen Justiz. In ihr kann ebenso gut menschliche Güte und individuelles Gerechtigkeitsgefühl wie Willkür und Tyrannei regieren. [...] Nichts ist dem römischen Wesen der klassischen Zeit so fremd, wie diese Art der *aequitas*, die man eine außerjuristische oder eine vorjuristische nennen kann.“⁴⁴ *Aequitas* ist somit ein ambivalenter Begriff, der im positiven Sinne die Auslegung einer Vorschrift nach ihrem Geist, im negativen deren Beugung bedeutet.

⁴¹ Der Begriff begegnet in CIC. inv. 2, 136: „quod semper is, qui contra scriptum dicit, aequitatis aliquid afferat oportet“. Vgl. Büchner, Historische Jahrbücher 1957, 87–89; Fuhrmann, Philologische Bemerkungen, in: St. Volterra II, 70.

⁴² CIC. inv. 2, 121: „Ex scripto et sententia controversia consistit, cum alter verbis ipsis quae scripta sunt utitur, alter ad id quod scriptorem sensisse dicit omnem adiungit dictionem.“

⁴³ Vgl. Fuhrmann, Philologische Bemerkungen, in: St. Volterra II, 53, 75 f.

⁴⁴ Pringsheim, Abhandlungen, 162. Hier wird die *aequitas* vielleicht etwas zu scharf kritisiert, der ihr inhärente Makel aber zutreffend beschrieben.

Die *aequitas*-Forderung, wie der Rhetor Cicero sie erhebt, ist zunächst an den Gesetzgeber gerichtet und hatte für die Gesetze selbst zu gelten. Im nächsten Schritt bezieht sie sich aber auch auf deren Auslegung vor Gericht. Entsprechend hat Pringsheim ihr zwei Funktionen zugewiesen: Auf der Ebene des Gesetzgebers bringe sie „neue Rechtsgrundsätze hervor oder beziehe ethische, religiöse und politische Normen in die Rechtsordnung“ mit ein. Das ist im Grunde genau das, was Cicero in *De oratore* als Gegenstand der Philosophie bezeichnet hat; auf der Ebene der Rechtsauslegung vermittele sie zwischen der abstrakten Regel und dem besonderen Fall.⁴⁵ Kaser deutet sie als „abwägende, Gleiches mit Gleichem vergeltende Gerechtigkeit“.⁴⁶

Die Auslegungslehre im Sinne Ciceros weist der Billigkeit die Aufgabe zu, notfalls gegen den Wortlaut des Gesetzes durch Berücksichtigung des Sachverhaltes eine gerechte Entscheidung herbeizuführen. *Aequitas* ist als Teil der *iustitia* die Weiterführung des Rechts und seine Anpassung an den speziellen Fall.⁴⁷ Wenn Cicero in dem Brief an Trebatius sagt, jede *ars* bedürfe eines *interpretis*, so gilt das besonders für die Jurisprudenz.

III. Welche Bedeutung hat *formula*?

Cicero bezeichnet dieses Argumentationsverfahren als *formula*: Nach Reinhardt handelt es sich um einen „legal term, used figuratively“.⁴⁸ Die vom ThLL (6, 1116, 21 ff.) vorgenommene Trennung des juristischen vom übertragenen Formel-Begriff ist aber so strikt nicht durchzuhalten. Wenn Cicero gegenüber dem Juristen Trebatius in einem juristischen Text von *formula* spricht, so wird zumindest eine Assoziation an den Formularprozess mitschwingen. Doch geht es in den *Topica* im Wesentlichen trotz der Beispiele, die vornehmlich aus dem zivilrechtlichen Bereich stammen, um den dialektischen Syllogismus. In *De officiis* versucht Cicero, ethische Fragen mit einer juristischen Fragetechnik zu lösen und wendet dabei den *locus ex definitione* an, „ut sine ullo errore diiudicare possimus, si quando cum illo, quod honestum intellegimus, pugnare id videbitur, quod appellamus utile, formula quaedam constituenda est“, „damit wir irrtumsfrei entscheiden können, wenn einmal das, was wir als ehrenhaft erkannt haben, mit

⁴⁵ Pringsheim, Abhandlungen, 160–162, zitiert nach Fuhrmann, Philologische Bemerkungen, in: St. Volterra II, 53, 71.

⁴⁶ Kaser, RPR I, 194. Wieacker, RRG I, 507, dessen Urteil in der Perspektive der hellenistischen Philosophie steht, sieht in ihr zunächst „quantitative Gleichheit, also Tauschgerechtigkeit (iustitia commutativa), sodann Verhältnismäßigkeit von Tat und Vergeltung [...], allgemeiner von Grund und Folge rechtlicher Verhältnisse, also iustitia distributiva, und endlich ganz allgemein Billigkeit schlechthin. Mit alldem ist *aequitas* ebenso Anforderung an das Verhalten der Rechtsgenossen wie an Gesetzgebung, Jurisdiktion und Urteiltätigkeit.“

⁴⁷ Vgl. Fuhrmann, Philologische Bemerkungen, in: St. Volterra II, 53, 75 f.

⁴⁸ Reinhardt, *Topica*, 202.

dem, was wir nützlich nennen, in Konflikt steht, bedarf es einer Norm (*formula*)“ (off. 3, 19). Die zentrale Frage von *De officiis*, diejenige nach dem Verhältnis von *honestum* und *utile*, wird mit Hilfe einer *formula*, in Angriff genommen. *Topica* und *De officiis* sind beide im Jahr 44 v. Chr. geschrieben. Im einen Fall findet eine Annäherung des Rechts an die Philosophie, im anderen der Philosophie an das Recht statt.⁴⁹

Was ist mit diesen Bestrebungen, Philosophie und Recht einander anzunähern, gewonnen? Dazu bemerkt Reinhardt: „Cicero’s suggestions are motivated by two different considerations. On the one hand he wants to make the law more accessible for the orator, on the other he wants to improve legal science for its own sake. [...] Cicero wants to drive the analysis and the systematization of legal material much further than contemporary jurists.“⁵⁰ Zu diesem Behuf kommt ihm Aristoteles’ Methode des dialektischen Syllogismus gerade recht, weil sie auf δόξαι (*doxai*, Meinungen) beruht und damit Ciceros eher volkstümlichem Philosophieverständnis entgegenkommt. Wir haben gesehen, dass der *locus ex definitione* keinem strengen Schlussmodell entspricht, sondern dazu dient, den Begriff des *ius civile* zu erweitern und im Sinne der *aequitas* neu zu definieren. Cicero hebt die Aufgabe des Anwalts als *interpres* hervor. Es mag zutreffen, dass Ciceros *Topica* von den aristotelischen *Topiká* auf den ersten Blick weit entfernt sind. Aber die Grundzüge der dialektischen Disputation hat er durchaus übernommen. In dem vielbeachteten ersten Satz der Rhetorik hat Aristoteles die Beredsamkeit als ἀντίστροφος (*antistrophos*) der Dialektik bezeichnet. *Antistrophos* ist ein Begriff aus dem Drama, wo in den Chorliedern Strophe und Gegenstrophe korrespondieren. Es ist ein bildlicher, metaphorischer Ausdruck, der dem Interpreten ebensoviel Auslegungsspielraum lässt wie der Begriff „Topos“. Als Übersetzung wurden angeboten: „Gegenstück“,⁵¹ „counterpart“⁵² und anderes. Umgekehrt ist die Dialektik nach Aristoteles eine Art Ableger (παράφρῆς τι (*paraphrē ti*, ARIST. Rh. 1356a25)⁵³ der Rhetorik.⁵⁴ Was Aristoteles meint, erhellt aus dem 4. Kapitel des ersten Buches. Dieses beginnt mit den spezifischen Erfordernissen

⁴⁹ Vgl. den ähnlichen Gedanken in Cic. Brut. 145, wonach Crassus als Rechtskundigster unter den Rednern und Scaevola als Eloquentester unter den Juristen das bürgerliche Recht verteidigt habe.

⁵⁰ Reinhardt, *Topica*, 61.

⁵¹ Rapp, *Rhetorik*, IV,1, 19.

⁵² Brunschwig, *Aristotle’s Rhetoric*, in: *Essays on Aristotle’s Rhetoric*, 34.

⁵³ „ὥστε συμβαίνει τὴν ῥητορικὴν οἷον παραφρῆς τι τῆς διαλεκτικῆς εἶναι.“

⁵⁴ Brunschwig, *Aristotle’s Rhetoric*, in: *Essays on Aristotle’s Rhetoric*, 34, 35 f. sieht in beiden Beschreibungen keinen Gegensatz: „Dialectic and rhetoric are antistrophic in the precise sense that what dialectic is to the private and conversational use of language (between two people alternatively speaking and hearing, asking questions and answering them), rhetoric is to the public use of language (political, in a broad sense), addressed by a single speaker to a collective audience.“

der Beratungsrede.⁵⁵ Sie handelt von Dingen, die eintreten können oder auch nicht („ὅσα ἐνδέχεται καὶ γενέσθαι καὶ μὴ“, 1359a32) und auf die die Menschen Einfluss haben bzw. die sie ändern können („ὅσα πέφυκεν ἀνάγεσθαι εἰς ἡμᾶς, καὶ ὧν ἡ ἀρχὴ τῆς γενέσεως ἐφ’ ἡμῖν ἐστίν“, 1359a38). Alles andere zu erörtern, also etwa Zufälliges oder Zwangsläufiges, das man ohnehin nicht ändern kann, wäre sinnlos. Welcher Kenntnisse bedarf es dazu? Diese Frage beantwortet Aristoteles nicht, weil sie nicht Sache der Rhetorik, sondern einer „verständigeren und wahreren“ Disziplin zuzurechnen sei („μήτε τῆς ῥητορικῆς εἶναι τέχνης, ἀλλ’ ἐμφοροεστέρας καὶ μᾶλλον ἀληθινῆς“, 1359b6). Die wahrere Wissenschaft ist die Philosophie bzw. deren fachliche Verzweigungen wie Politik, Ethik, Ökonomie.⁵⁶ Aristoteles bringt damit etwas weniger salbungsvoll zum Ausdruck, was Cicero später in *De oratore* als Anforderungsprofil an den *orator perfectus* entwerfen wird. Rhetorik handelt von menschlichen Dingen und will Menschen beeinflussen, also braucht sie Lebensklugheit. Die Frage, die sich Aristoteles nun stellt, ist, wie die Rhetorik mit diesem Faktenwissen umzugehen hat, „denn irgendein Umgang mit irgendwelchen Gegenständen ist auch für die Rhetorik unvermeidlich, sobald sie sich über die rein formale Beschreibung des Überzeugungsprozesses hinauswagt.“⁵⁷ Aristoteles begegnet damit indirekt dem Vorwurf, den Platon gegen die Rhetorik erhoben hatte und den man vereinfacht so zusammenfassen könnte: Sie sei eine Wissenschaft ohne Gegenstand bzw. eine Technik ohne Inhalt. In der Tat beruht die Rhetorik nicht auf bewiesenen oder wahren Sätzen, sondern auf anerkannten, eben auf ἔνδοξα (*endoxa*). Der vergleichsweise niederschwellige wissenschaftliche Anspruch an die *endoxa* rechtfertigt sich dadurch, dass es Aristoteles um normale Kommunikation geht, „encounters‘ with ‚ordinary people‘“,⁵⁸ wie Brunschwig es ausdrückt. Nicht Wahrheit, sondern Plausibilität ist das Kriterium. In Parenthese sei angefügt: Das ist eine Anforderung, die Cicero sogar für die Geschichtswissenschaft gelten lässt, die er als ein *oratorium genus* bezeichnet und von der er verlangt, „ne quid falsi dicat“.⁵⁹ Damit ist aber nicht Faktentreue, sondern Kohärenz gemeint. Obwohl Aristoteles gerade in Rhetorik 1, 4 mit „epistemisch signifikanten Begriffen“⁶⁰ operiert, hat der vorgeschlagene Umgang mit den Fakten doch etwas Sophistisches. Und so bekennt er auch unverblümt, „dass die Rhetorik einerseits aus der analytischen Wissenschaft [was hier eine Umschreibung von

⁵⁵ Die Beratungsrede wird I, 4–8 abgehandelt, vgl. *Rapp*, Rhetorik IV,1, 29 ff.

⁵⁶ Vgl. ARIST. Rh. 1359b19–23: Finanzen, Krieg, Frieden, Landesverteidigung, Einfuhr, Ausfuhr, Gesetzgebung.

⁵⁷ *Rapp*, Rhetorik, IV,2, 310.

⁵⁸ *Brunschwig*, Aristotle’s Rhetoric, in: *Essays on Aristotle’s Rhetoric*, 34, 35. Vgl. ARIST. Top. 101a26 f.

⁵⁹ CIC. de orat. 2, 62.

⁶⁰ *Rapp*, Rhetorik IV,2, 312 nennt: *eidénai* (1359b24; 33 f.; 38; 1360a8), *empeiria* und *Derivate* (1359b30 f.; 1360a9), *theorein* und *Derivate* (1360a4; 18; 32).

Dialektik ist] und der politischen Wissenschaft, die sich mit den menschlichen Charakteren befasst, zusammengesetzt ist, dass sie andererseits in Teilen der Dialektik, in Teilen aber auch sophistischer Argumentationsweise ähnlich ist.“⁶¹

Diese Eigentümlichkeit der aristotelischen Topik schlägt bei Cicero verschiedentlich, besonders in der Behandlung des *locus e similitudine* durch, und in dieser methodischen Nähe der beiden Schriften liegt vielleicht ihre größte Verwandtschaft. Der *locus e similitudine* wird in den Abschnitten 41 bis 45 der *Topica* behandelt und u. a. durch das Beispiel der *Causa Curiana*⁶² erläutert.

Worin bestehen die Gemeinsamkeiten? Sicher nicht im Wörtlichen, aber wohl in der Herangehensweise. Blicken wir noch einmal auf Aristoteles: Die Topik hat nach seinen Angaben folgenden Zweck: Sie dient der Übung (γυμνασία), dem Austausch im Gespräch (ἐντευξίς) sowie dem wissenschaftlichen Philosophieren („αἱ κατὰ φιλοσοφίαν ἐπιστήμαι“, ARIST. Top. 101a26–28). Der Ort des dialektischen Syllogismus, das hat Primavesi gezeigt, ist das Übungsgespräch; „im Rahmen der verschiedenen Formen des Frage- und Antwort-Logos ist die Bindung an das *Endoxon* die differentia specifica des Übungsgesprächs.“⁶³ Die *gymnasia* beginnt üblicherweise mit einer Entscheidungsfrage als Prämisse vom Typus: „Muss man den Eltern mehr gehorchen als den Gesetzen“ (ARIST. Top. 105b22). Aristoteles nennt solche Fragen προβλήματα (*problemata*, Top. 104b1). Der Fragende nimmt dabei die offensive, der Antwortende die defensive Rolle ein, d. h. der Fragende will den Antworter dazu bringen, seine Prämissen einzuräumen. Eine solche Frage könnte z. B. lauten: „Muss man den Wortlaut eines Testaments genau nehmen oder gilt der erkennbare Wille des Erblassers?“ Je nachdem, welchen Standpunkt der Frager vertritt, wird er den Antworter, der die gegenteilige Meinung hat, versuchen, ihn in die Enge zu treiben, indem er ihn zwingt, bestimmte Sätze als wahr anzuerkennen, mit denen er dann seine Auffassung durchsetzen kann. Das geht schrittweise, indem der Frager immer wieder eine kleine Prämisse ‚hinstreckt‘ (προτείνειν) und versucht, die

⁶¹ ARIST. Rh. 1359b9–12: „ὅτι ἡ ῥητορικὴ σύγκειται μὲν ἔκ τε τῆς ἀναλυτικῆς ἐπιστήμης καὶ τῆς περὶ τὰ ἥθη πολιτικῆς, ὁμοία δ’ ἐστὶν τὰ μὲν τῇ διαλεκτικῇ τὰ δὲ τοῖς σοφιστικοῖς λόγοις.“

⁶² In ihr stand der unmittelbar einsichtige Wille des Erblassers im Gegensatz zum Wortlaut eines in Unkenntnis wesentlicher Umstände ungeschickt formulierten Testaments: M’. Curius wurde von einem Erblasser, der kinderlos, aber im Glauben, seine Frau habe empfangen, verstorben war, zum Erben eingesetzt, falls das erwartete Kind vor Erreichen der Mündigkeit stürbe (Pupillarsubstitution). Es wurde jedoch gar kein Kind geboren. M’. Curius verlangte also nach 10 Monaten die Erbschaft. Ihm trat M. Coponius entgegen, der bei Fehlen eines Testamentes an erster Stelle der Erbfolge stand. Letzteren vertrat Q. Mucius Scaevola, ersteren L. Licinius Crassus, der den Prozess gewann. Das Gericht befand, nicht der Buchstabe des Testamentes, sondern der erkennbare Wille des Erblassers sei entscheidend. Das Beispiel zeigt, daß Billigkeit und Gerechtigkeit sich nicht widersprechen, sondern einander ergänzen – *aequitas* ist eine konkrete Ausprägung der Gerechtigkeit.

⁶³ Primavesi, Topik, 47.

Zustimmung des Gegners zu gewinnen. Hat er genügend Prämissen zusammen, zieht er die *conclusio* (τὸ συμπέρασμα), mit dem er die Frage zu seinen Gunsten zu Ende bringt.⁶⁴ Das funktioniert dann besonders gut, wenn der Befragte nicht merkt, dass er mit jeder Prämisse Zugeständnisse macht, die die Schlinge um seinen Hals immer fester zuziehen. Aristoteles nennt den dialektischen Syllogismos auch ἐπιχείρημα (*epicheirema*, Angriff), das dialektische συλλογίζεσθαι (*syllogizesthai*) heißt mitunter auch ἐπιχειρεῖν (*epicheirein*, angreifen). Der Gesprächspartner ist in Wahrheit der Angegriffene; seine Aufgabe ist das λόγον ὑπέχειν (*logon hypechein*, der Rede standhalten).⁶⁵ Da die Sätze, auf denen das ganze Frage-Antwort-Spiel fußt, nicht absolut wahr sind, sondern nur allgemein als plausibel gelten, gewinnt derjenige die Oberhand, der für seine Prämissen höhere Plausibilität geltend machen kann, sozusagen ἐνδοξότερα (*endoxotera*) zu präsentieren vermag.⁶⁶ Die unterschiedlichen Konstellationen, die in einem solchen Streitgespräch denkbar sind, erörtert Aristoteles im 8. Buch, Kap. 5. Auch wenn es an dieser Stelle nicht ausdrücklich gesagt wird, ergibt sich doch aus dem Zusammenhang, dass es sich hier um ein induktives Verfahren handelt, bei dem man über mehrere Stufen zu einem Schluss gelangt.⁶⁷

In den *Topica* wendet Cicero bei der Erläuterung des *locus e similitudine* (top. 41–45) das gleiche Verfahren an. Es handelt sich auch hier um ein induktives Vorgehen, bei dem vergleichbare Fälle als Argument herangezogen werden,⁶⁸ und Cicero sagt ausdrücklich, dass man von *inductio*, griechisch: ἐπαγωγή (*epagoge*) zu sprechen habe. Bisher hatte Cicero das Auffinden von *loci communes* mehr oder weniger ausschließlich mit der *ratiocinatio*, dem deduktiven Verfahren, verknüpft. Das hier propagierte Analogieverfahren sei dagegen weithin nutzbar (*late patet*, Cic. top. 41), aber eher für Redner und Philosophen als für Juristen geeignet. Die Beispiele, die dann angeführt werden, sind aber durch und durch zivilrechtlich: Es geht um Vormundschaft, um Schiedsangelegenheiten bei Grenzstreitigkeiten, um die berühmte *Causa Curiana*, und schließlich um Vertragsrecht. Was die Exempla betrifft, ist diese Stelle eine der juristischsten und dichtesten des ganzen Werks. Und gerade hier erläutert Cicero einen *locus*, der im Grunde eher Redner als Juristen anspricht. In der *Causa Curiana* hatte sich der seinerzeit berühmteste Redner L. Licinius Crassus gegen den berühmtesten Juristen Q. Mucius Scaevola durchgesetzt mit seiner Auffassung, es komme nicht auf den strengen Wortlaut, sondern auf den zu erschließenden Willen des Erb-

⁶⁴ Vgl. *Primavesi*, Topik, 39.

⁶⁵ Vgl. *Primavesi*, Topik, 37 f.

⁶⁶ Vgl. *Primavesi*, Topik, 46.

⁶⁷ Am Beginn der *Topica* (105a11 f.) unterscheidet Aristoteles Induktion (*epagoge*) vom deduktiven Syllogismos. Allerdings wird diese Trennung nicht ganz strikt durchgehalten.

⁶⁸ Vgl. Cic. inv. 1, 51.

lassers an.⁶⁹ Crassus habe, so Cicero, seinen Erfolg bei Gericht dadurch erzielt, dass er zahlreiche vergleichbare Beispiele angeführt habe.⁷⁰ Nun wissen wir leider nicht, welche das waren – es müssten demnach ähnliche Fälle schon vorher aufgetreten sein. Maßgeblich für den Triumph des Crassus über Scaevola waren aber vermutlich eher sein Humor und sein Scharfsinn. Cicero lässt ihn in de orat. 2, 24 eine kurze Pointe aus seiner Rede zitieren, und zwar in einer Passage, in der es ebenfalls um Analogiebeweise geht. Danach habe er Scaevolass je nach Ansicht konsequente oder starrsinnige juristische Position dadurch ausgehebelt, dass er sie zugespitzt und schließlich ad absurdum geführt habe: „Scaevola, wenn nur ein Testament, das du verfasst hast, richtig aufgesetzt sein soll, werden wir Bürger allesamt mit unseren Tafeln zu dir kommen, und du wirst allein die Testamente aller aufzusetzen haben. Wie nun? [...] Wann wirst du dich um öffentliche Angelegenheiten kümmern, wann um die Angelegenheiten deiner Freunde, wann um deine eigenen? Wann schließlich wirst du gar nichts tun? [...] Ich halte nämlich einen nicht für frei, der nicht auch einmal gar nichts tut.“⁷¹ Nichtstun, Muße, Otium ist das Privileg des freien Mannes und vor allem des Gebildeten. Der implizite Vorwurf, den der Redner Crassus dem Juristen Scaevola damit machte, dürfte gesessen haben. Und Cicero wird die Episode nicht ohne Grund in einem Buch über den *orator perfectus* zitiert haben.⁷²

D. Ausblick

„Die Interpretation einer Norm ist [...] weniger Nachsprechen von Vorgesprochenem, sondern Nachdenken von Vorgedachtem“, formuliert Paul Kirchhof in einer Abhandlung zum Verhältnis von Recht und Sprache.⁷³ Damit dürfte er im Sinne Ciceros gesprochen haben, und wahrscheinlich war ihm das auch bewusst. Aber der Satz hat noch einen zweiten geistigen Vater: Der Klassische Philologe und Goethezeitgenosse August Boeckh nannte als eine Aufgabe der Philologie die „Erkenntnis des Erkannten“.⁷⁴ Damit meinte er, dass jede Zeit die alten Texte und Normen von neuem verstehen und deuten müsse, weil sie sonst ihren Sinn verlören oder zu starren Denkmälern erstürben. Das dürfte wohl auch Paul Kirchhof mit dem „Nachdenken von Vorgedachten“ im Sinn gehabt haben. Und mit ebendieser Haltung besiegte vor 2000 Jahren Crassus Scaevola. Was

⁶⁹ Vgl. Kaser/Knütel/Lohsse, RPR, § 8 Rn. 7: „Die Entwicklung schreitet von der ‚objektiven‘ Auslegung der verba fort zur Deutung nach der individuellen voluntas. Diese Entwicklung wird begünstigt [...] durch das Vorbild der *formfreien* Geschäfte, zum anderen durch Einflüsse aus der hellenistischen Rhetorik.“

⁷⁰ Cic. top. 44: „exemplis plurimis usus est.“

⁷¹ Übersetzung Merklin, Über den Redner, 221.

⁷² Vgl. auch das dazu passende Lob des Ser. Sulpicius Rufus in Cic. Brut. 151 ff. S. a. Rawson, Roman Culture, 341.

⁷³ Kirchhof, Recht lebt in Sprache, in: Hist. Rechtssprache, 13, 14.

⁷⁴ Boeckh, Enzyklopädie, 11.

könnte die Verbindung von Philologie und Jurisprudenz schöner zum Ausdruck bringen!

Literaturverzeichnis

- Bailey, D.R. Shackleton* (Hrsg.): *Cicero: Epistulae ad familiares*, vol. II. 47–43 B.C., Cambridge 1977
- Barnes, Jonathan*: *Roman Aristotle*, in: Barnes, Jonathan/Griffin, Miriam (Hrsg.), *Philosophia Togata II. Plato and Aristotle in Rome*, Oxford 1997, 1–69
- Bayer, Karl* (Hrsg.): *M. Tullius Cicero, Topica. Die Kunst, richtig zu argumentieren, lateinisch und deutsch*, hrsg., übers. und komm., Darmstadt 1993
- Boeckh, August*: *Enzyklopädie und Methodenlehre der philologischen Wissenschaften*, hg. v. E. Bratuscheck, Nachdruck der 2., v. R. Klussmann besorgten Aufl., Leipzig 1886, 1. Hauptteil: *Formale Theorie der philologischen Wissenschaft*, Darmstadt 1966
- Brunschwig, Jacques* (Hrsg.): *Aristote, Topiques, I. Livres I–IV, Texte établi et traduit*, Paris 1967
- Brunschwig, Jacques*: *Aristotle's Rhetoric as a „Counterpart“ to Dialectic*, in: Oksenberg Rorty, Amélie (Hrsg.), *Essays on Aristotle's Rhetoric*, Berkeley/Los Angeles/London 1996, 34–55
- Büchner, Karl*: „Summum ius summa iniuria“, *Historische Jahrbücher* 73 (1954), 11 ff. und in: *Humanitas Romana*, Heidelberg 1957, 80–105
- Dyck, Andrew*: *A Commentary on Cicero, De Officiis*, Ann Arbor 1999
- Fehrle, Rudolf*: *Das Bibliothekswesen im alten Rom. Voraussetzungen, Bedingungen, Anfänge* (Schriften der Universitätsbibliothek Freiburg im Breisgau, 10), Wiesbaden 1986
- Flashar, Hellmut*: *Aristoteles: Lehrer des Abendlandes*, München 2013
- Fuhrmann, Manfred*: *Philologische Bemerkungen zur Sentenz ‚summum ius summa iniuria‘*, in: *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Bd. 2, Mailand 1971, 53–81
- Fuhrmann, Manfred*: *Die antike Rhetorik: eine Einführung*, München u. a. 1984
- Immisch, Otto*: „Wirklichkeit und Literaturform“, *RhM* 78 (1929), 113–123
- Jäger, Werner*: *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, Drittes Buch. *Das Zeitalter der grossen Bildner und Bildungssysteme*, Zweiter Teil, Berlin 1947
- Kaser, Max*: *Das Römische Privatrecht – Erster Abschnitt. Das Altrömische, das vor-klassische und klassische Recht (= HAW, X.3.3.1)*, 2. Aufl., München 1971
- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian*: *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 21. Aufl., München 2016
- Kasten, Helmut* (Hrsg.): *M. Tullius Cicero, An seine Freunde: lateinisch–deutsch*, 6. Aufl., Düsseldorf 2004; 1. Aufl., München 1964
- Kirchhof, Paul*: „Zum Geleit: Recht lebt in Sprache“, in: Deutsch, Andreas (Hrsg.), *Historische Rechtssprache des Deutschen*, Heidelberg 2013, 13–20

- Kühner, Raphael/Stegmann, Carl*: Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache. Zweiter Teil: Satzlehre, 2 Bde., 5. Aufl. 1976, Neudruck Darmstadt 1988
- Kullmann, Wolfgang*: Kommunikation und Rhetorik bei Aristoteles, in: Knappe, Joachim/Schirren, Thomas (Hrsg.), *Aristotelische Rhetoriktradition*, Stuttgart 2005, 21–37
- Kunst, Christiane*: Römische Privatbibliotheken. Zur Selbstinszenierung der römischen Aristokratie, *Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte* 57 (2005), 48–59
- Lausberg, Heinrich*: Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft, 4. Aufl., Stuttgart 2008
- Merguet, Hugo*: Lexikon zu den Philosophischen Schriften Cicero's. Mit Angabe sämtlicher Stellen, 3 Bde., Jena 1887, Neudruck Darmstadt 1987
- Merklin, Harald* (Hrsg.): M. Tullius Cicero, De Oratore / Über den Redner. Lateinisch / deutsch, herausgegeben und übersetzt, 2. Aufl., Stuttgart 1976
- Ophuijsen, Johannes van*: Where have the Topics Gone?, in: Fortenbaugh, William W./Mirhady, David C. (Hrsg.), *Peripatetic Rhetoric after Aristotle*, New Brunswick/London 1994, 131–173
- Primavesi, Oliver*: Die Aristotelische Topik (Zetemata 94), München 1996
- Pringsheim, Fritz*: Gesammelte Abhandlungen, Heidelberg 1961
- Rapp, Christof*: Aristoteles, Rhetorik, übersetzt und erläutert, zweiter Halbband (Aristoteles, Werke in deutscher Übersetzung, begr. v. Ernst Grumach, hrsg. v. Hellmut Flashar, Bd. 4: Rhetorik, zweiter Halbband), Darmstadt 2002
- Rawson, Elizabeth*: Roman Culture and Society, Oxford 1991
- Reinhardt, Tobias*: Cicero's Topica, Oxford/New York 2003
- Schramm, Michael*: Die Prinzipien der Aristotelischen Topik, München (BzA 192), Leipzig 2004
- Stroh, Wilfried*: Declamatio, in: Schröder, Bianca-Jeannette/Schröder, Jens-Peter (Hrsg.), *Studium declamatorium. Untersuchungen zu Schulübungen und Prunkreden von der Antike bis zur Neuzeit*. Joachim Dingel zum 65. Geburtstag (Beiträge zur Altertumskunde Bd. 176), München/Leipzig 2003, 5–34
- Stroh, Wilfried*: Die Macht der Rede. Eine kleine Geschichte der Rhetorik im alten Griechenland und Rom, Berlin 2009
- Suerbaum, Werner* (Hrsg.): Die Archaische Literatur von den Anfängen bis Sullas Tod. Die vorliterarische Periode und die Zeit von 240 bis 78 v. Chr., in: Herzog, Reinhart/Schmidt, Peter Lebrecht (Hrsg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, Bd. 1, München 2002
- Wieacker, Franz*: Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur, Erster Abschnitt. Einleitung, Quellenkunde. Frühzeit und Republik (= HAW X.3.1.1), München 1988
- Wilkins, Augustus* (Hrsg.): M. Tulli Ciceronis De oratore libri tres, with introduction and notes, Liber III, Oxford 1892, Neudruck Hildesheim 1982

Die Bedeutung der juristischen Beispiele in Cic. top. 9 bis 71

Von Ralph Backhaus

A. Die Struktur der <i>Topica</i>	59
B. Die Topoi in <i>eo ipso de quo agitur</i>	61
I. <i>ex toto de quo agitur</i>	61
II. <i>ex partibus (rei de qua agitur) = partium enumeratio</i>	66
III. <i>ex nota (notatio)</i>	67
IV. <i>ex rebus, quae quodam modo adfectae sunt ad id, de quo quaeritur</i>	68
C. Topoi qui <i>adsumuntur extrinsecus</i>	102
D. Fazit	103
I. Zweck der <i>Topica</i>	103
II. Adressaten der <i>Topica</i>	105
III. Auswahl und Behandlung der Beispiele	106
IV. Heterogenität und Überlappungen der Topoi	107
V. Eignung der Beispielfälle	109

Gegenstand der folgenden Untersuchung sind die juristischen Fallbeispiele, die Cicero im Hauptteil seiner *Topica* (top. 9 bis 71) zur Illustration der von ihm empfohlenen Argumentationsmuster (Topoi) benennt. Dabei soll insbesondere gefragt werden, welche Zielgruppe Cicero mit seinem Werk erreichen will, welchen Zweck er damit verfolgt und welche Bedeutung den Fallbeispielen für die Erreichung dieses Zwecks zukommt. Zudem soll auch geklärt werden, inwieweit die ausgewählten Beispiele zur Erreichung dieses Zwecks geeignet waren; hierzu wird zu prüfen sein, wie eng der Bezug der Beispiele Ciceros zum rechtswissenschaftlichen Schrifttum seiner Zeit war. Hiervon strikt zu trennen ist indes die weitere Frage nach Spuren der *Topica* in den Juristenschriften des frühen Prinzipats und deren Aufrufen auf den *Topica*; dies kann im vorliegenden Rahmen nicht geleistet werden. Ebenso wenig kann der Frage nachgegangen werden, auf welchem Weg und in welchem Gewand die schon Aristoteles und den Stoikern geläufigen Topoi zu Cicero gelangt sind.

A. Die Struktur der *Topica*

Das Werk beginnt mit einem knappen Grußwort Ciceros an den Juristen Gaius Trebatius Testa, dem er die *Topica* gewidmet hat.¹ Dann werden zunächst die beiden Elemente einer seriösen Problembehandlung (*ratio diligens*) unterschieden: Es geht einmal um das Auffinden von Argumenten (*pars inveniendi*) und danach um deren Bewertung (*pars iudicandi*); Cicero will sich in den *Topica* vorrangig der *pars inveniendi* zuwenden, weil die Stoiker aus seiner Sicht das zweite Element, das sie Dialektik nennen, ausführlich bearbeitet, die *inventio* aber vernachlässigt haben.² Diese besteht darin, die Techniken (*sedes, loci, τόποι*) aufzuzeigen (*invenire*), aus denen sich Argumente ergeben, die eine zweifelhafte (Rechts-)Frage klären.³

Bei den *Topoi* lassen sich zwei Typen unterscheiden, die sich bereits bei Aristoteles finden:⁴ Die einen weisen einen sachlichen Zusammenhang mit der (Rechts-)Sache auf, um die es geht (*argumenta in eo ipso, de quo agitur*), die anderen nicht, sie werden gewissermaßen „von außen“ gewonnen (*adsumuntur extrinsecus*), haben also mit dem Streitgegenstand nichts zu tun (*artis experts*).⁵ Die erste Gruppe bildet den Schwerpunkt der Schrift,⁶ die zweite Gruppe wird – so Cicero selbst – nur der Vollständigkeit halber angefügt, obwohl sie eigentlich keinen Bezug zum juristischen Argumentieren aufweist.⁷ Die Argumentations-

¹ Cic. top. 1–5. Zu Trebatius und seinem Verhältnis zu Cicero Sáenz, Cicerón, 375–388; ders., Individualidad metodológica, in: Atti Montepulciano, 25, 33–40; Lehne-Gstreintaler, Iurisperiti, 264–289.

² Cic. top. 6f.: „Cum omnis ratio diligens duas habeat partis, unam inveniendi alteram iudicandi, utriusque princeps, ut mihi quidem videtur, Aristoteles fuit. Stoici autem in altera elaboraverunt; iudicandi enim vias diligenter persecuti sunt. Nos autem ... ab ea quae prior est ordiemur.“ Ähnlich Cic. fin. 4, 10. Zu *inventio* und *iudicatio* als Diagnose und Therapie Reinhardt, *Topica*, 189–194. Zum Verhältnis beider Begriffe zueinander eingehend Ehmer, in diesem Band, 129–136. Nach Bayer, *Topica*, 152 könnte Cicero ursprünglich den Plan gehabt haben, auch die *ars iudicandi* in den *Topica* umfassend darzustellen (zweifelhaft).

³ Cic. top. 7f.: „... cum pervestigare argumentum aliquod volumus, locos nosse debemus; sic enim appellatae ab Aristotele sunt eae quasi sedes, e quibus argumenta promuntur. Itaque licet definire locum esse argumenti sedem, argumentum autem rationem quae rei dubiae faciat fidem.“ Zum Verhältnis von *locus* und *argumentum* und zu den Unterschieden zwischen Aristoteles und Cicero BOETH. in top. Cic. 1, 7f.; Riposati, *Topica*, 15–30.

⁴ So schon Riposati, *Topica*, 7–14; 40–42; ferner Carcaterra, Definizioni, 78–82; Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 161, 174 (bei Fn. 58). Sie heißen bei Aristoteles πίστεις ἔντεχνοι und πίστεις ἄτεχνοι, s. dazu auch QUINT. inst. 5, 1, 1. Allerdings ist der Funktionsbereich der πίστεις ἔντεχνοι bei Aristoteles weiter als der der *argumenta in eo ipso, de quo agitur* bei Cicero; hierzu ARIST. Rh. 1356a1–5 und 1375a2 ff. sowie Cossa, SDHI 83 (2017), 299, 303 ff.; Reinhardt, *Topica*, 252.

⁵ Cic. top. 8; zu den τοποὶ ἄτεχνοι bzw. zu *artis experts* Cic. top. 24; 73.

⁶ Cic. top. 9–71.

⁷ Cic. top. 72–78: „alios (sc. locos) assumi extrinsecus, de eis pauca dicamus, etsi ea nihil omnino ad vestras disputationes pertinent.“

formen mit Fachbezug (erste Gruppe) bestehen aus insgesamt 16 verschiedenen Topoi, die im Hauptteil der Schrift erörtert werden. Dabei verfährt Cicero so, dass in einem „ersten Durchgang“ alle Topoi vorgestellt werden, indem für jeden ein Beispiel aus der Rechtspraxis oder dem Rechtsunterricht gegeben wird.⁸ Da Cicero aber diese Topoi besonders sorgfältig (*subtilissime*⁹) erörtern will, werden sie von ihm in einem „zweiten Durchgang“ einer vertieften Betrachtung unterzogen;¹⁰ diese beiden Abschnitte der Schrift bilden den Schwerpunkt der nachfolgenden Überlegungen. Auf die Topoi *artis expertes* wird dagegen nur insoweit eingegangen, als das zum Verständnis der übrigen Topoi erforderlich ist.

Im letzten Teil der Schrift wird schließlich erörtert, welche der zuvor dargestellten Topoi – und auch welche weiteren Topoi – sich für welche Fragestellungen (*quaestiones*) mehr oder weniger gut eignen;¹¹ auch hierauf gehe ich nur insoweit ein, als dies für das Verständnis der 16 „fachtypischen“ Topoi und ihre Anwendung im Recht erforderlich ist. Ein Schlusswort an Trebaz beschließt das Werk.¹²

B. Topoi in eo ipso de quo agitur

I. ex toto de quo agitur

1. definitio

Die Durchmusterung der Argumentationstypen, die Cicero dem Juristen empfiehlt, und der dazu gehörigen Fallbeispiele beginnt mit dem Topos *in eo ipso ex toto de quo agitur*. Im „ersten Durchgang“ benennt Cicero hier folgendes Beispiel:

Sed ad id totum de quo disseritur tum definitio adhibetur, quae quasi involutum evoluit id de quo quaeritur; eius argumenti talis est formula: Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia.¹³

Zu Beginn des Textes wird erläutert, worum es bei diesem Topos geht, nämlich um Definitionen, bei denen es gilt, den verschlossenen Sinn des zu definierenden Begriffs sichtbar zu machen („quasi involutum evoluit“).¹⁴ Dass Cicero diesen

⁸ Cic. top. 9–25.

⁹ Cic. top. 26.

¹⁰ Cic. top. 26–71. Kritisch zu Divergenzen zwischen dem ersten und dem zweiten „Durchgang“ *Talamanca*, Genus-species, in: *La filosofia II*, 133 ff.

¹¹ Cic. top. 79–96.

¹² Cic. top. 100.

¹³ Cic. top. 9.

¹⁴ Zur zentralen Bedeutung dieses Topos für Cicero eindringlich *La Pira*, BIDR 44 (1936/37), 131, 141: „definire e dividere sono le due grandi della costruzione scientifica.“

Topos an den Anfang seiner Erörterungen stellt, vermag nicht zu verwundern; ohne eine exakte Klärung, worum es in der jeweiligen Streitsache geht („in eo ipso ex toto de quo agitur“), kann es keine *ratio diligens disserendi* geben.¹⁵

Dann folgt ein Beispiel für eine solche *definitio*: Das *ius civile* ist danach (1.) eine auf der *aequitas* aufruhende, (2.) vom Staat gesetzte (*constituta*) und für dessen Bürger geltende Rechtsordnung („eis qui eiusdem civitatis sunt“), die (3.) bezweckt, jedem Staatsbürger das zu gewährleisten, was ihm gebührt („ad res suas obtinendas“). Die Elemente (1.) und (2.) unterscheiden das *ius civile* als gesetztes Recht (*aequitas constituta*) von der *aequitas* als Rechtsprinzip und damit als Bestandteil des *ius naturale* bzw. des *ius gentium*;¹⁶ das Element (3.) weist darauf hin, dass das *ius civile* den Zweck hat, den Rechtsgenossen die *aequitas* im Sinn von Rechtsgleichheit zu gewährleisten¹⁷ – ein Prinzip, das Cicero in Anlehnung an Vorbilder aus der griechischen Philosophie (Platon, Aristoteles¹⁸) als wesentliches Element von Gerechtigkeit bezeichnet.¹⁹ Später wird die *aequitas* allerdings in den *Topica* als Rechtsschicht des *ius civile* bezeichnet.²⁰

¹⁵ Cic. top. 6; s. auch top. 26 und dazu Buchwitz, in diesem Band, 231 f.

¹⁶ Wie im Text *Carcattera*, Definizioni, 92–96; *Raggi*, Metodo, 94, 112 f.; *Giario*, SZ 111 (1994), 66, 77; *Harries*, Cicero, 127; *Behrends*, SZ 125 (2008), 25, 55 Fn. 62; prägnant *Fiori*, La nozione, in: Scr. Corbino III, 109, 129; *Thomas*, AÜHFD 62 (2020), 1249, 1256–1258; mit anderem Akzent *Baier*, in diesem Band, 46–50, der die *aequitas* hier durchgängig im Sinn von *ἐπιτεκνία* verstehen will. – Zum *ius civile* einerseits und *ius gentium* bzw. *ius naturale* andererseits (vgl. GAL. 1 inst. D. 1, 1, 9; PAUL. 14 Sab. D. 1, 1, 11) *Schmidlin*, Rechtsregeln, 182; *Behrends*, Index 19 (1991), 169, 191; *Kaser*, *Ius gentium*, 14–16 (unter Hinweis auf Cic. off. 3, 69 f.), 20–22 (unter Hinweis auf GAL. 1 inst. D. 1, 1, 9); *Honoré*, TR 78 (2010), 199, 199 f. – Zum Verhältnis des *ius naturale* zum *ius gentium* und zur Qualifikation dieser Rechtsschichten als *quod semper aequum est* in Cic. off. 3, 23 („natura, id est iure gentium“), *Schmidlin*, Rechtsregeln, 182; *Santalucia*, Labeo 20 (1974), 259, 270; *Gallo*, Index 5 (1974/75), 1, 12; *Maschi*, SDHI 48 (1982), 257, 262; *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983), 91, 95 m.w.N. 91 Fn. 3; *Gallo*, SDHI 54 (1988), 1, 36 Fn. 121; *Wacke*, SZ 106 (1989), 469, 474; *Waldstein*, SZ 111 (1994), 7, 29; ebenso *ders.*, AUPA 52 (2007), 429, 436–445, zusammenfassend 457–460; *Lambertini*, SDHI 61 (1995), 271, 273, 276; *Honoré*, TR 78 (2010), 199, 200; *Fiori*, La nozione, in: Scr. Corbino III, 109, 113–118. Zur möglichen Divergenz von *ius naturale* und *ius gentium* im Einzelfall *Solidoro Maruotti*, TSDP 12 (2019), 1, 20–22. Zu unterschiedlichen Konzeptionen des *ius naturale* *Winkel*, RHD 93 (2015), 341–350.

¹⁷ Zur Finalität dieser Definition *Raggi*, Metodo, 91 f. Zur Zufügung auch von rechtlichen Nachteilen als Konsequenz der Gleichbehandlung *Falcone*, AUPA 52 (2007/2008), 133–176.

¹⁸ PLATON *Politikos* 295a; ARIST. *Virt.* 1250b: „ἐκάστο προοήκον ἀποδιδόναι“; dazu etwa *Backhaus*, Das Problem, in: FG Graßhof, 27, 33, 36.

¹⁹ Cic. top. 90: „Natura partes habet duas, tributionem sui cuique et ulciscendi ius“; ferner Cic. off. 1, 15 (*tribuendo suum cuique*); dazu *Corbino*, *Ius suum cuique tribuere*, in: Homenaje Torrent, 155–165 (*cuique* nicht als Person, sondern als Sache); *Thomas*, AÜHFD 62 (2020), 1249, 1258. Ulpian hat das in 1 reg. D. 1, 1, 10 pr. aufgegriffen, s. dazu *Brouwer*, TR 83 (2015), 60, 62.

²⁰ Cic. top. 28.

Das ist aber kein Widerspruch, sondern weist darauf hin, dass die *aequitas* als Element des *ius naturale* auch Bestandteil des *ius civile* ist oder doch sein sollte.²¹ Dass sie hierbei mit dem *ius (strictum)* in Konflikt geraten kann,²² steht dem nicht entgegen; die Auflösung dieses Konflikts ist gerade ihre Aufgabe.

Die nachfolgende Passage, die zusammen mit der soeben erörterten Definition²³ als Obersatz einen typischen Syllogismus stoischer Prägung formuliert,²⁴ („*eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia*“) hat dann mit dem Topos *definitio*, um den es hier geht, nichts mehr zu tun;²⁵ Cicero sieht derartige Syllogismen als eigenständige Topoi an.²⁶

Dass Cicero dieses Beispiel und damit das Verhältnis von *ius civile*, *aequitas* und *iustitia* an den Anfang seiner Erörterungen stellt, ist gewiss kein Zufall. Es geht um Grundfragen des Rechts, die ihn dauerhaft beschäftigt haben und darum auch in seinen anderen Werken behandelt werden.²⁷ In gleicher Weise hat das Thema auch die Rechtswissenschaft beschäftigt; dies belegt schlagend die berühmte Definition des *ius* als *ars boni et aequi* bei Celsus/Ulpian, die sich bei der Lektüre des vorliegenden Textes geradezu aufdrängt.²⁸

In methodischer Hinsicht wird schon hier erkennbar, dass eine Argumentation den Gebrauch mehrerer Topoi erforderlich machen kann (hier: *definitio* und Syllogismus). Nicht eindeutig zu klären ist die Frage, ob Cicero hier auf Juristenschriften zurückgreift oder eigenes Material verwendet hat, das später die Juristen von ihm adaptiert haben. Für die zweite Möglichkeit spricht vielleicht, dass

²¹ So auch Crifò, Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113, 139 f.: „una portata diversa nei due testi“; d’Orta, SDHI 78 (2012), 103, 123 („debba, non possa restare coinvolto nella sfera del *ius civile*“); Fiori, La nozione, in: Scr. Corbino III, 109, 110–118. Zur nur teilweisen Realisierung dieses Postulats im *ius civile* des 1. Jhs. v. Chr. Cic. off. 3, 69–71.

²² S. dazu Cic. de orat. 1, 240 (*pro aequitate, contra ius*); Cic. off. 3, 67 („*ius Crassus urgebat ... aequitatem Antonius*“); s. ferner die berühmte Passage zur *causa Curiiana* in Cic. de orat. 1, 180.

²³ Wieacker, Iura 18 (1967), 200, 204 (*divisio* nach den Vorschriften des hellenistischen Lehrbuchs).

²⁴ Mette, *ius civile*, 46 f.: „Anwendung der stoischen Methode des ὁμοῦς“; Martini, Definizioni, 37; Nörr, Divisio, 35; Bayer, Topica, 113.

²⁵ So auch Talamanca, Genus-species, in: La filosofia II, 134 Fn. 408; Ehmer, in diesem Band, 139.

²⁶ Dies belegt die gesonderte Behandlung dieser Schlussformen in Cic. top. 53–57.

²⁷ S. dazu nur Cic. off. 1, 64: „... servare aequitatem, quae est iustitiae maxime propria“; off. 3, 71, wo die Gewährleistungspflicht des Verkäufers nach dem ädilizischen Edikt wegen ihres Gerechtigkeitsgehalts als *ius civile ductum a natura* bezeichnet wird.

²⁸ ULP. 1 inst. D. 1, 1, 1 pr. und dazu Cerami, AUPA 62 (2019), 35–83 mit zahlreichen Literaturnachweisen; zu Parallelen und Unterschieden zwischen der celsinischen Definition und dem *semper aequum ac bonum* des Paulus in Sab. D. 1, 1, 11 Giaro, BIDR 90 (1987), 1, 23; Gallo, SDHI 75 (2009), 15, 31–34; a. a. O. 21–27 auch zu GAI. 1 inst. D. 1, 1, 9.

Cicero sich zu diesem Thema vielfach geäußert hat und dass die überlieferten juristischen Quellen hierzu jünger sind.²⁹

2. *partitio* und *divisio*

Im „zweiten Durchgang“ dieses Topos erörtert Cicero schwerpunktmäßig die *partitio* und die *divisio* als Sonderformen der *definitio*.³⁰ Beide Begriffe sind bereits Aristoteles und den Stoikern geläufig,³¹ werden aber dort nicht als Sonderformen der *definitio* verstanden.³² Mit der Zuordnung von *divisio* und *partitio* zur *definitio*³³ geht Cicero also eigene Wege: Zunächst wird ausgeführt, dass eine Abgrenzung von *divisio* und *partitio* unerlässlich sei.³⁴ Denn bei der auflistenden Definition (*partitio*) geht es um die Aufzählung von Bestandteilen (*membra*), wie etwa Kopf, Schultern, Hände als Teile des Körpers,³⁵ bei der analysierenden Definition (*divisio*) um die Festlegung von Gattungen (*genera*) und den dazu gehörenden Arten (*species*).³⁶ Was damit gemeint ist, hat wohl schon vor mehr als 1.500 Jahren Boethius zutreffend erkannt: *Divisio* und *partitio* unterscheiden sich im Grundsatz dadurch, dass bei der *divisio* sämtliche *species* für sich genommen, also *alternativ*, die Merkmale des *genus* aufweisen. Dagegen wird bei der *partitio* das Wesen des *genus* erst durch das Zusammenwirken der Bestandteile (*membra*), also *kumulativ*, bewirkt.³⁷

Neben dieser strukturellen Divergenz sieht Cicero noch einen eher praktischen Unterschied zwischen *divisio* und *partitio*; dieser besteht darin, dass man bei

²⁹ Strikt gegen ein Einwirken Ciceros auf die klassischen Juristen allerdings Lübtow, Cicero, in: FS Wenger, 224, 232.

³⁰ Zur *partitio* und *divisio* bei Cicero und Gaius Buchwitz, in diesem Band, 233–236 (keine Verwendung des Begriffs *partitio* durch Gaius). Eine weitere Differenzierung Ciceros hinsichtlich der einer *definitio* zugänglichen Objekte in top. 27 („res quae sunt, res quae intelleguntur“) hat damit nichts zu tun; dazu eingehend Mette, ius civile, 21, 56; Reinhardt, Topica, 259 f. („stoic in origin“).

³¹ Der Schwerpunkt des Interesses – vor allem an der *partitio* – liegt freilich bei der Stoa, dazu Nörr, Divisio, 20–27. Zu den stoischen Quellen eingehend Mette, ius civile, 47.

³² So Nörr, Divisio, 28–39; auch nach Talamanca, Genus-species, in: La filosofia II, 144, hat Ciceros *partitio* im Sinn von top. 28 und 33 f. mit der herkömmlichen *divisio in partes* nichts zu tun.

³³ Dabei ist er wohl von eher pragmatischen Interessen geleitet, Nörr, Divisio, 35.

³⁴ Cic. top. 34: „... quia res differebant.“ Cicero sagt hierzu sogar explizit, dass er seine eigene Ansicht kundtut: „... velimus inter partitionem et divisionem interesse.“

³⁵ Cic. top. 28: „res ... quasi in membra discernitur.“

³⁶ Cic. top. 28: „Divisionum autem definitio formas omnis complectitur quae sub eo genere sunt quod definitur ...“.

³⁷ BOETH. in top. Cic. 1, 10; zustimmend Nörr, Divisio, 39. Ähnlich QUINT. inst. 5, 10, 63: „Divisione autem adiuvari finitionem docet, eamque differre a partitione quod haec sit totius in partibus, illa generis in formas.“

einer *partitio* – allerdings nur bei einer unüberschaubaren Anzahl von *partes*³⁸ – einzelne Elemente auslassen darf („non est vitiosum in re infinita praetermittere aliquid“).³⁹ Bei der *divisio* ist das dagegen nie statthaft („quod quidem in divisione vitiosum est“), weil es – so Cicero – hier nur eine begrenzte Anzahl von *species* gibt, die der Gattung (*genus*) angehören.⁴⁰ Als Belege für diese Differenzierung führt Cicero nun in top. 28 zwei Fälle an.⁴¹ Sein Beispiel für die *partitio* ist die Rechtsquellenlehre:

Partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat.⁴²

Das *ius civile* steht hier für die römische Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit,⁴³ und zwar unter Einschluss des *ius publicum*.⁴⁴ Die einzelnen von Cicero benannten Rechtsquellen sind dagegen nur Teile dieser Rechtsordnung; erst in ihrer Summe kann man sie als *ius civile* bezeichnen. Darum liegt hier eine *partitio* vor.⁴⁵ Ähnlich klar ist Ciceros Beispiel für die *divisio*:

Abalienatio est eius rei quae Mancipi est aut traditio alteri nexu aut in iure cessione inter quos ea iure civili fieri possunt.⁴⁶

Der Text wird verständlich, wenn man berücksichtigt, dass Cicero die Wendung *nexu tradere* hier als Synonym für die *mancipatio* verwendet.⁴⁷ Danach ist die Deutung klar: Es handelt sich bei der *mancipatio* (*nexum*) und der *in iure cessione* um die beiden Tatbestände, die zu Ciceros Zeit das (quiritische) Eigentum

³⁸ Etwa: *stipulationes, iudicia*, s. dazu Cic. top. 33.

³⁹ Nach Nörr, *Divisio*, 42, ist das ein ergänzendes Kriterium, das lediglich praktischen Zielen dient (*ders.* a. a. O. 40 und Fn. 172). Nach *Talamanca*, *Genus-species*, in: *La filosofia* II, 154, 156 handelt es sich bei dem in Cic. top. 33 f. entwickelten Konzept der *partitio* um eine Eigenschöpfung Ciceros, die mit der philosophischen Tradition bricht und nur schwer mit dem Verständnis der *partitio* in top. 28 in Einklang zu bringen ist.

⁴⁰ Cic. top. 33 f. und dazu *Mette*, *ius civile* 61.

⁴¹ Zu diesen Beispielen *Ehmer*, in diesem Band, 139–142 mit Fällen ähnlicher Methodik aus der Jurisprudenz.

⁴² Cic. top. 28. Zu Unterschieden gegenüber dem hochklassischen Rechtsquellenkatalog s. *GAI.* 1, 2 und dazu *Buchwitz*, in diesem Band, 233 f. Zu *edictis magistratum* und *more* sowie ihrem Verhältnis zueinander *Zarro*, *TSDP* 9 (2016), 1–43.

⁴³ So auch *Talamanca*, *Genus-species*, in: *La filosofia* II, 151 („l’ordinamento positivo vigente a Roma“).

⁴⁴ *Forschner/Haubner*, *SZ* 136 (2019), 322, 327 Fn. 29.

⁴⁵ So auch *Nörr*, *Divisio*, 52; *Zarro*, *TSDP* 9 (2016), 1, 6. Zu *membrum* als Indiz für eine *partitio* *Nörr*, *SZ* 125 (2008) 108, 138 Fn. 145; *Giglio*, *SZ* 135 (2018), 76, 90 f.

⁴⁶ Cic. top. 28.

⁴⁷ Das tut er auch sonst, s. Cic. fam. 7, 30, 2; Mur. 3; de orat. 3, 159. Ebenso *GAI.* 2, 27: „... aliter enim veteri lingua actus vocatur, et quod illis nexu, idem nobis est mancipatio.“ So auch das Verständnis bei *Watson*, *Law of Property*, 20; anders *Thormann*, *Ursprung*, 248–255, der hier Bedeutungsunterschiede sieht.

an einer *res quae Mancipi est* auf den Erwerber zu übertragen vermochten.⁴⁸ Danach liegt hier eine *divisio* vor, weil sowohl die *Mancipatio* als auch die *in iure cessio* Geschäfte zur Übertragung des Eigentums an *res Mancipi* sind und weil beide Geschäftstypen für sich genommen in vollem Umfang die Strukturmerkmale einer *Abalienatio* aufweisen.⁴⁹

In methodischer Hinsicht wird hier erkennbar, dass Cicero bemüht ist, Fälle mit möglichst einfachen Sachverhalten als Beispiele zu benennen; dies verrät didaktisches Geschick: Die Leser sollen die Topoi möglichst leicht im Gedächtnis behalten können. Außerdem sind die Fälle aus top. 28 darum gut ausgewählt, weil sie die von Cicero postulierten strukturellen Unterschiede zwischen *partitio* und *divisio* klar erkennen lassen. Das ist nicht durchgängig so. Zwei weitere Beispiele, auf die Cicero im Rahmen seiner Ausführungen zur *definitio* zu sprechen kommt, nämlich eine weitere Definition des *ius*⁵⁰ und das *postliminium*⁵¹, belegen, dass seine Abgrenzungskriterien nicht stets so eindeutige Ergebnisse liefern wie die Beispiele in top. 28. Und schließlich wird hier sichtbar, dass sich Ciceros Topoi überlappen: Der Topos *definitio* in Gestalt der *divisio* steht dem Topos *ex genere* nahe (dazu näher unten S. 68–70).

II. *ex partibus (rei de qua agitur) = partium enumeratio*

Dieser Topos weist enge Parallelen zum vorigen auf;⁵² das von Cicero hierfür gegebene Beispiel belegt dies anschaulich:

... partium enumeratio, quae tractatur hoc modo: Si neque censu nec vindicta nec testamento liber factus est, non est liber; neque ulla est earum rerum; non est igitur liber.⁵³

⁴⁸ Sturm, *Abalienatio*, 43, 169 f.; Kaser, SZ 75 (1958), 410; Watson, *Law of Property*, 20. Ob das auch für die spätere Zeit galt, kann hier dahinstehen; ablehnend insoweit, Wesel, *Statuslehre*, 115. – Entgegen Kaser, a. a. O. 410 f. sehe ich auch nicht, warum diese *definitio* wegen des Fehlens der Eigentumsübertragung durch *traditio ex iusta causa* unvollständig sein sollte: Im Text ist explizit nur von der Veräußerung von einer *res quae Mancipi est* die Rede. Etwas anders in der Begründung Sturm, *Abalienatio*, 43, 209–213: Fehlen der *traditio*, weil diese aus Ciceros Sicht das Eigentum nicht allein übertragen kann und eher ein faktischer als ein rechtlicher Vorgang ist.

⁴⁹ Mette, *ius civile*, 24, 26; Masuelli, *Abalienatio*, Riv. Dir. Rom. 16/17 (2016/2017), 1, 18.

⁵⁰ Cic. top. 31: „Formae sunt igitur eae in quas genus sine ullius praetermissione dividitur; ut si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat“; zur Problematik hier Nörr, *Divisio* 41, 45.

⁵¹ Cic. top. 36: „... quae sint postlimini; nam id caderet in divisionem, quae talis est: Postliminio redeunt haec: homo, navis, mulus, clitellarius, equus, equa quae frenos recipere solet.“ Teilweise wird *divisio* im überlieferten Text durch *partitio* ersetzt, weil der Katalog in top. 36 nicht abschließend sei, so etwa Bayer, *Topica*, 137. Für eine Zuordnung zur *divisio* dagegen Mette, *ius civile*, 56 f.

⁵² Anders Reinhardt, *Topica*, 257: kein Supplement zu top. 28.

⁵³ Cic. top. 10.

Cicero formuliert hier folgende These: Wer weder *censu* noch *vindicta* noch *testamento* freigelassen worden ist, ist Sklave, weil es andere Tatbestände der *manumissio* nicht gibt; dabei ist freilich stillschweigend vorausgesetzt, dass die in Rede stehende Person auch nicht frei geboren war.⁵⁴ Diese Regel ist noch in der Hochklassik Bestandteil des Rechtsunterrichts und damit zweifellos allgemeine Juristenmeinung.⁵⁵ Die Ausnahme der *Lex Iuliana*, wonach Sklaven auch bei Nichtvorliegen der von Gaius genannten Voraussetzungen Freigelassene eingeschränkten Rechts werden konnten,⁵⁶ gab es zur Zeit Ciceros noch nicht. Ob Cicero den Fall und seine Lösung aus einem Werk des Trebaz entnommen hat,⁵⁷ muss Spekulation bleiben.

Ebenso wie in den vorausgegangenen Beispielfällen handelt es sich hier der Sache nach um eine *definitio*, und zwar ebenso wie im Fall der *abalienatio* (oben S. 64–66) in Gestalt der *divisio*,⁵⁸ weil jeder der genannten Tatbestände für sich genommen zur Erlangung der Freiheit führt.⁵⁹ Die Besonderheit gegenüber den zuvor besprochenen Definitionen besteht darin, dass der Ansatzpunkt der Argumentation hier von den *species* (*censu*, *vindicta*, *testamento*) gebildet wird.⁶⁰ Dies belegt – nicht überraschend – die prozessuale Sichtweise Ciceros; maßgeblich ist danach, von wo aus die Argumentation des Anwalts ihren Ausgang nehmen soll.⁶¹ Wer etwa im Rechtsstreit *pro libertate* plädieren will, wird eher *ex toto* argumentieren, weil es dort ausreicht, einen der drei anerkannten Tatbestände (*censu*, *vindicta*, *testamento*) dazulegen. Dagegen bietet sich für das hier angesprochene Plädoyer *contra libertatem* der Rekurs auf *ex partibus* an, weil hier ohnehin alle drei Fälle der Erlangung der Freiheit ausgeschlossen werden müssen. Der Syllogismus am Ende des Textes⁶² gehört auch hier methodisch nicht mehr zur Definition.

III. *ex nota* (*notatio*)

Dieser Topos betrifft die Argumente, die aus der Bedeutung eines Wortes gewonnen werden; es handelt sich also um Etymologien. Cicero veranschaulicht

⁵⁴ So auch BOETH. in top. Cic. 1, 10. Deswegen und wegen fehlender Ausformulierung des *genus* hält Reinhardt, Topica, 207 das Beispiel nicht für gut gewählt.

⁵⁵ GAI. 1, 17: „iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento.“

⁵⁶ Sie wurde im Jahr 19 n. Chr. erlassen, s. dazu Kaser, RPR I, 282.

⁵⁷ So Crifò, Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113, 141 f.

⁵⁸ So auch Mette, ius civile, 48 und Fn. 1, 56; Talamanca, Genus-species, in: La filosofia II, 137 f., 165.

⁵⁹ Zu dieser Deutung bereits BOETH. in top. Cic. 1, 10.

⁶⁰ Ein Gegenfall (Ansatz beim Ganzen, also *ex toto*), findet sich in Cic. top. 40, dazu Bayer, Topica, 140.

⁶¹ Dazu Riposati, Topica, 82: „la ricerca del locus risale alla conoscenza del totum“; Bayer, Topica, 113: *partium enumeratio* bildet den Obersatz.

⁶² Nach Mette, ius civile, 43 Fn. 6 ein δεύτερος ἀναπόδεικτος des Chrysipp.

dies in zwei Beispielen durch die Begriffe *assiduus* und *postliminium*. Auf diese Beispiele soll hier nicht näher eingegangen werden, weil sie im Beitrag von Constantin Willems eingehend untersucht werden.⁶³

IV. *ex rebus, quae quodam modo adfectae sunt ad id, de quo quaeritur*

Gemeinsam ist den insgesamt 13 Topoi, die Cicero unter dieser Bezeichnung zusammenfasst, dass sie alle mit der Streitsache zusammenhängen, um die es im konkreten Fall geht. Allerdings ist dieser Zusammenhang weniger eng als bei den bereits erörterten Topoi.

1. *ex coniugatione (coniugata)*

Coniugatio bedeutet etymologische Verwandtschaft von Begriffen.⁶⁴ Schon dies legt nahe, dass zwischen diesem Topos und den Etymologien ein enger Zusammenhang besteht; Cicero hebt das auch selbst hervor.⁶⁵ Darum ist es sachgerecht, dass Constantin Willems auch den Beispielsfall zu diesem Topos untersucht hat;⁶⁶ hierauf wird verwiesen.⁶⁷

2. *ex genere*

Auch bei diesem Topos wird mit Begrifflichkeiten argumentiert, und zwar in ähnlicher Weise wie bei der *definitio* in ihrer Ausprägung als *divisio*:⁶⁸

Quoniam argentum omne mulieri legatum est, non potest ea pecunia quae numerata domi relicta est non esse legata; forma enim a genere, quoad suum nomen retinet, numquam seiungitur, numerata autem pecunia nomen argenti retinet; legata igitur videtur.⁶⁹

⁶³ Willems, in diesem Band, 183–185 (zu *assiduus*), 185–194 (zum *postliminium* und der *causa Mancini*).

⁶⁴ Cic. top. 12: „Coniugata dicuntur, quae sunt ex verbis generis eiusdem ... ut sapiens, sapienter, sapientia.“ Zur Herkunft des Begriffs s. Bayer, Topica, 138; Reinhardt, Topica, 215.

⁶⁵ Cic. top. 38: „locus ex coniugatione ... finitimus notationi.“ Diese Nähe, die freilich nicht Identität, sondern Ähnlichkeit (*similitudo*) bedeutet, betont Riposati, Topica, 92; so auch Bayer, Topica, 116, 138 (keine Etymologie, sondern Phänomen der Wortbildungslehre).

⁶⁶ Cic. top. 38 f. mit dem Beispiel zur *actio aquae pluviae arcendae*.

⁶⁷ Willems, in diesem Band, 194–199.

⁶⁸ Ein weiteres Beispiel hierzu findet sich in Cic. top. 39: „genus est aqua pluvia nocens: eius generis formae loci vitio et manu nocens, quarum altera iubetur ab arbitro coerceri altera non iubetur“; dazu Sargenti, *actio aquae pluviae*, 41, 46 f. Zu Parallelen und Unterschieden zwischen Cicero und Gaius beim Topos *ex genere* Buchwitz, in diesem Band, 236 f.

⁶⁹ Cic. top. 13.

Wenn einer Frau durch Legat alles Silber (*omne argentum*) vermacht ist, ist auch das im Haus befindliche Silbergeld (*pecunia numerata*) vermacht, weil eine Art (hier: *forma*) von der Gattung, der sie angehört (*genus*), nicht getrennt werden kann (*numquam seiungitur*) und weil darum Silbergeld als der Gattung „Silber“ zugehörig anzusehen ist.⁷⁰ Unter den Juristen war die Lösung dieses Falles allerdings umstritten:

ULP. 44 Sab. D. 34, 2, 27 pr.–1: Quintus Mucius libro secundo iuris civilis ita definit argentum factum vas argenteum videri esse. An cui argentum omne legatum est, ei nummi quoque legati esse videantur, quaeritur. Et ego puto non contineri: non facile enim quisquam argenti numero nummos computat. Item argento facto legato puto, nisi evidenter contra sensisse testatorem appareat, nummos non contineri.⁷¹

Für Ulpian (und schon für Sabinus?⁷²) gehört zum *argentum omne legatum* zwar auch das bearbeitete Silber (*argentum factum*), also Schmuckstücke, Silbergeschirr etc., nicht aber das Silbergeld (*nummi*). Die *ratio decidendi* dieser Lösung ist deutlich erkennbar: Es ist der mutmaßliche Erblasserwille („non facile enim quisquam argenti numero nummos computat“).⁷³ Denn Schmuck und Geschirr werden der Ehefrau häufig vermacht, weil sie diese Gegenstände nach dem Tod ihres Mannes weiterhin benutzen können soll⁷⁴; auf Silbergeld trifft das nicht in gleichem Maß zu.⁷⁵ Hinzu könnte kommen, dass dem Silbergeld im Zuge der ökonomischen Fortentwicklung des römischen Reiches ein Nennwert zuerkannt wurde, der vom Materialwert des Silbers unabhängig war.⁷⁶ Allerdings lässt der Text auch erkennen, dass die Frage streitig war („placet, et ego puto“).⁷⁷ Die vielleicht von Q. Mucius vertretene Gegenansicht⁷⁸ hat wohl ebenso wie Cicero mit der Zugehörigkeit der *species* „Silbermünzen“ zum *genus* „Silber“ und damit stärker begrifflich argumentiert. Das könnte damit zusammenhängen, dass

⁷⁰ In Cic. top. 53 wird Cicero diesen Fall im Zusammenhang mit der Wirkungsweise verschiedener Syllogismen erneut aufgreifen, s. dazu *Spina*, RGDR 27 (2016), 1, 7f.

⁷¹ Ebenso ULP. 20 Sab. D. 34, 2, 19 pr.: „Cum aurum vel argentum legatum est, quidquid auri argentique relictum sit, legato continetur sive factum sive infectum: pecuniam autem signatam placet eo legato non contineri.“ Zu weiteren einschlägigen Quellen *Voci*, DER II, 290 und Fn. 95.

⁷² So auch *Spina*, RGDR 27 (2016), 1, 13; *Rüfner*, in diesem Band, 255.

⁷³ So auch *Wieling*, Testamentsauslegung, 43 f. (mit Kritik an der begrifflichen Argumentation Ciceros); *Bund*, SZ 91 (1974), 466, 469 f.; *Astolfi*, Oggetto, 206; *Spina*, RGDR 27 (2016), 1, 14; *Rüfner*, in diesem Band, 255.

⁷⁴ Paradigmatisch ist insoweit die Klausel „argentum quod uxori paratum est/erit“, s. dazu die Nachweise bei *Voci*, DER II, 290 f.

⁷⁵ Anders die Begründung bei *Reinhardt*, Topica, 218 f.: Schutz des Erben.

⁷⁶ Der Wert ergibt sich bei Geld „non tam ex substantia ... quam ex quantitate“, so PAUL. 33 ed. D. 18, 1, 1 pr.; dazu *Rüfner*, in diesem Band, 255, 258. In diesem Sinn auch *Spina*, RGDR 27 (2016), 1, 18 f.

⁷⁷ So auch *Astolfi*, Oggetto, 205.

⁷⁸ So *Behrends*, SZ 112 (1995), 195, 211 und Fn. 26 (auch zu Sabinus).

die Auslegung von Testamenten nach dem Willen des Erblassers zu Ciceros Zeit noch im Fluss war.⁷⁹

Cicero hat somit auch hier einen Fall ausgewählt, der in der zeitgenössischen Praxis häufig vorkam und darum dem von ihm angesprochenen Leserkreis geläufig sein musste. Dass er selbst Erfinder der von ihm befürworteten Lösung war, ist angesichts der Diskussion unter den Fachjuristen kaum anzunehmen.⁸⁰ Er war sich auch darüber im Klaren, dass die Behandlung des Falles zu seiner Zeit umstritten war; dafür spricht seine zurückhaltende Diktion in top. 53 („cum hoc sumpseris“). Methodisch steht der Topos *ex genere* den zuvor dargestellten Topoi insoweit nahe, als es hier wie dort zunächst um das Verständnis von Begriffen geht.⁸¹ Das *genus* „Silber“ besteht aus den *species* „bearbeitetes“, „unbearbeitetes“ und „geprägtes“ Silber, also Silbergeld. Das ist nichts anderes als eine *definitio* in ihrer Ausprägung als *divisio*.⁸² Unterschiedlich ist aber die Funktion dieser *divisio*:⁸³ sie bildet hier auch die Grundlage für einen Syllogismus: Weil Silber vermacht wurde und weil Silbergeld ebenfalls Silber ist, ist das Geld vom Vermächtnis erfasst.⁸⁴

3. *ex forma generis*

Für diesen Topos gibt Cicero folgendes Beispiel:

Si ita Fabiae pecunia legata est a viro, si ei viro materfamilias esset; si ea in manum non convenerat, nihil debetur. Genus enim est uxor; eius duae formae: una matrumfamilias, eae sunt, quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantum modo uxores habentur. Qua in parte cum fuerit Fabia, legatum ei non videtur.⁸⁵

Cicero fasst sich hier sehr kurz; das bereitet Schwierigkeiten. Klar ist allerdings, dass der Fabia *per damnationem (debetur)* ein Geldvermächtnis unter der Bedingung ausgesetzt wurde, dass sie ihrem Ehemann eine *materfamilias* sein würde. Der Begriff *materfamilias* in den Quellen ist schillernd; im Schrifttum wurden unterschiedliche Bedeutungen herausgearbeitet.⁸⁶ Dies bedarf aber hier

⁷⁹ Ein Meilenstein war dabei die berühmte *causa Curiana*, auf die Cicero in anderem Zusammenhang (top. 44) selbst hinweist.

⁸⁰ So auch *Platschek*, SZ 132 (2015), 581, 586; anders *Leesen*, Gaius meets Cicero, 68.

⁸¹ Dazu treffend *Waldstein*, SZ 92 (1975), 26, 38 f.; s. auch *Carcattera*, Definizioni, 101.

⁸² Zutreffend *Talamanca*, Genus-species, in: La filosofia II, 167.

⁸³ Ähnlich *Riposati*, Topica, 94 f. („diverso atteggiamento di pensiero“).

⁸⁴ Dazu auch *Dänzer*, in diesem Band, 218 f.

⁸⁵ Cic. top. 14.

⁸⁶ *Materfamilias* ist (1.) die Ehefrau, die durch *conventio in manum* in die Familie des Mannes eingetreten ist (Cic. top. 14), (2.) die Ehefrau *in manu*, die bereits eheliche Kinder hat (Fest. s. v. *materfamilias*), (3.) die Ehefrau, die *sui iuris* ist (UE 4, 1), (4.) die Ehefrau, die ein Leben in Übereinstimmung mit den *boni mores* führt (ULP 59 ed. D. 50, 16, 46, 1). Dazu *Wolodkiewicz*, Attorno, in: St. Sanfilippo, 733–756; *Monaco*,

keiner Vertiefung. Denn Cicero stellt eindeutig klar, dass Fabia das Legat darum nicht erhält (*nihil debetur*), weil sie eine gewaltfreie Ehe eingegangen ist (*in manum non convenerat*).⁸⁷ Dies zeigt, dass die *conventio in manum* jedenfalls für ihn das entscheidende Kriterium für eine Qualifikation der Fabia als *materfamilias* war;⁸⁸ Frauen in gewaltfreier Ehe wurden dagegen als (*tantum modo*) *uxor* bezeichnet.⁸⁹ Da dieser Befund retrospektiv durch Gellius bestätigt wird,⁹⁰ liegt es nahe, dass Ciceros Sicht dem damals geltenden Rechtszustand entsprach.⁹¹

Unklar ist dagegen zunächst, ob das Vermächtnis zugunsten der Fabia von deren Ehemann oder von einem Dritten ausgesetzt wurde, der den (künftigen?) Ehemann der Fabia zum Erben berufen hat.⁹² Gegen die zweite Lesart spricht allerdings, dass das Legat in diesem Fall der Fabia nicht zugute kommen könnte. Denn sie stünde in dieser Konstellation nach Erfüllung der Bedingung durch *conventio in manum* beim Tod des Erblassers in der ehelichen Gewalt ihres Mannes, so dass das Legat wegen Konfusion unwirksam wäre, weil ihr Mann sowohl Schuldner als auch Gläubiger des Vermächtnisanspruchs wäre. Darum ist wohl von der ersten Variante, also von einem Vermächtnis des Ehemanns zugunsten der Fabia, auszugehen.

Unklar ist weiter, ob das Testament vor oder nach der Heirat verfasst wurde. Wahrscheinlicher ist Ersteres: Der künftige Ehemann hat das Legat ausgesetzt, um der Fabia einen Anreiz zur Eingehung einer *conventio in manum* zu geben. Deren Vorteil für den Bräutigam hätte darin bestanden, dass er anstelle des *paterfamilias* der Fabia oder ihrer agnatischen Tutoren die Kontrolle über das Vermögen der Fabia erlangt hätte.⁹³ Nach einer Heirat ohne *conventio in manum* war aber klar, dass dieses Ziel voraussichtlich nicht erreicht werden würde.

Hereditas, 133 f.; eingehend *Astolfi*, Matrimonio, 389–401; *Fayer*, Familia, 285–301; *Lopez Huguet*, RGDR 7 (2006) 1, 17–27 mit zwei weiteren Bedeutungsvarianten; *Marra*, Coemptions, in: Scr. Corbino IV, 571, 576.

⁸⁷ Die Möglichkeit einer solchen Eheschließung im 1. Jh. v.Chr. bestätigt Cicero damit selbst. S. ferner *Kaser*, RPR I, 78; *Astolfi*, Matrimonio, 389. Zur *conventio in manum* *Volterra*, BIDR 69 (1966), 108, 131–134.

⁸⁸ So auch *Gardner*, Family, 209 und Fn. 2; *Fayer*, Familia, 190 f., 291. Dass Ciceros Standpunkt der allgemeinen Meinung unter den Juristen entsprach, bezweifelt *Watson*, Law of Succession, 105.

⁸⁹ *Kaser*, RPR I, 59 und Fn. 10.

⁹⁰ GELL. 18, 6, 7–9; dazu und zu weiteren Quellen *Camacho de los Ríos*, RGDR 27 (2016), 1, 19 f.

⁹¹ Wohl erst nach dem Absterben der *manus*-Ehe im 1. bzw. 2. Jh. n.Chr. wird auch die gewaltfreie Ehefrau, jedenfalls wenn sie Kinder hat, *materfamilias* genannt, *Kaser*, RPR I, 59; etwas anders *Fiori*, BIDR 96/97 (1994), 455, 484: allmähliche Erstreckung des Begriffs *materfamilias* auf die *manus*-freie Ehe in der Republik; noch anders *Peppe*, *Civis romana*, 143 („infatti al tempo di Cicerone una rarità“).

⁹² Für die zweite Deutung unter Hinweis auf *ei viro Reinhardt*, Topica, 220 f.; anders *BOETH.* in top. Cic. 2, 14.

⁹³ Zu diesem ökonomischen Hintergrund knapp und treffend *Kaser*, RPR I, 79.

Ein voreheliches Legat aber war auch nach der Heirat ohne *conventio in manum* nicht sinnlos geworden. Denn es konnte nunmehr den Zweck haben, die Fabia zu einem nachträglichen Eintritt in die *manus* ihres Mannes zu bewegen. Dies war möglich, weil sie auch im Fall einer gewaltfreien Ehe in die *manus* des Mannes kam, wenn sie ein Jahr mit dem Mann zusammen lebte und von der Möglichkeit des Verbringens von drei Nächten außer Haus (*trinoctium*) keinen Gebrauch machte.⁹⁴ Da dies aber hier nicht geschehen war, erhält Fabia das Legat nicht (*nihil debetur*).

Methodisch handelt es sich hier ebenso wie im Fall des Vermächtnisses von Silbergeld um das Verhältnis von *genus* und *species (forma)*: Es gibt ein *genus* „*uxor*“, das zwei *species (formae)* hat, nämlich (1.) die *matresfamilias (uxores in manu)* und (2.) die anderen Ehefrauen (*tantum modo uxores*).⁹⁵ Ein substantieller Unterschied zwischen den Topoi *ex genere* und *ex forma generis* existiert danach nicht. Verschieden ist lediglich der Ansatzpunkt für die Suche nach dem passenden Argument: Hier ist das die *forma (materfamilias)*, im vorausgegangenen Fall war es das *genus (argentum)*. Das Verhältnis von *ex genere* zu *ex forma generis* entspricht also der Differenzierung zwischen *ex toto* und *ex partibus*.⁹⁶

4. *ex similitudine*

Die Bedeutung dieses Topos für die Juristen wird schon daraus erkennbar, dass Cicero hier nicht weniger als fünf verschiedene Beispiele benennt; das ist nicht verwunderlich, weil es sich hierbei um Schlussformen handelt, die wir heute als Analogie bezeichnen und die für Juristen – insbesondere in einem *case law* – von besonderer Bedeutung sind.⁹⁷

a) Das erste Beispiel hierfür stammt aus dem Sachenrecht:

Si aedes eae corruerunt vitiumve faciunt quarum usus fructus legatus est, heres restituere non debet nec reficere, non magis quam servum restituere, si is cuius usus fructus legatus esset deperisset.⁹⁸

E hat N den Nießbrauch an einem Haus durch Legat vermacht; das Haus stürzt nach seinem Tod ein oder wird beschädigt. In diesem Fall ist der Erbe des E nach Cicero nicht gehalten, das Haus wieder aufzubauen oder zu renovieren. Diese Lösung entspricht im Ergebnis der ganz herrschenden Juristenmeinung in der Klassik. So heißt es etwa in PS 3, 6, 31:

⁹⁴ Zu dieser Möglichkeit auch Reinhardt, Topica, 220; Astolfi, Matrimonio, 389. Zum Ursprung der Regel im Zwölf-Tafel-Gesetz Albanese, AUPA 48 (2003), 24–30; López Huguet, RGDR 13 (2009), 1, 9 f. und Fn. 32, 33 mit Literaturnachweisen.

⁹⁵ So Riposati, Topica, 94 f.; Mette, ius civile, 59; Schmidlin, Rechtsregeln, 199.

⁹⁶ Dazu oben S. 66 f.

⁹⁷ Zur *similitudo* bei Cicero und ihrem Verhältnis zur griechischen ἀναλογία Arnesse, Similitudo, 29–39.

⁹⁸ Cic. top. 15.

Rei mutatione amittitur ususfructus, si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restitatur.⁹⁹

Diese Lösung beruht darauf, dass das Objekt, das Gegenstand des *ususfructus* war, nun ebenso wie im Fall des verstorbenen Sklaven nicht mehr genutzt, der Zweck des Nießbrauchs also nicht mehr erreicht werden kann.¹⁰⁰ Der Nießbrauch ist also erloschen, und selbst dann, wenn der Erbe das abgebrannte Gebäude wieder errichtet, bleibt es bei diesem Ergebnis;¹⁰¹ auch eine Pflicht des Erben zur Wiederherstellung des Gebäudes besteht also nicht.

Im Schrifttum ist allerdings auf Unterschiede zwischen Cicero und den Juristen bezüglich der Begründung der Entscheidungen hingewiesen worden: Bei Cicero stehe der Wegfall des jeweiligen Objekts des Nießbrauchs im Vordergrund („crollo del edificio, morte dello schiavo“), in den Juristenschriften dagegen in Anknüpfung an die Fälle der Verbindung und Verarbeitung¹⁰² dessen Veränderung („mutamento“).¹⁰³ Das trifft insoweit zu, als in den juristischen Schriften im Zusammenhang mit den eingestürzten Häusern mehrfach von *mutatio* die Rede ist, während der Sklavenfall dort nicht angesprochen wird.¹⁰⁴ Gleichwohl hat mich diese allzu feinsinnige Argumentation nicht überzeugt. Zum einen liegt es nicht fern, dass zur Mitte des 1. Jhs. v. Chr. die Differenzierung zwischen „demolizione“ und „mutamento“ noch nicht voll ausgebildet war und die Juristen dieser Zeit darum ebenso „induktiv“ argumentiert haben wie Cicero. Im Übrigen halte ich die Erwägung, dass ein eingestürztes Haus für einen Nießbraucher ebenso nutzlos ist wie ein toter Sklave, für überzeugend: In beiden Fällen ist nämlich das Substrat des Nießbrauchs entfallen.¹⁰⁵ Dabei war der Fall des verstorbenen Sklaven wahrscheinlich der eindeutigere Fall; in dieser Situation musste sich eine Analogie in besonderem Maß anbieten. Danach haben wir hier

⁹⁹ Im selben Sinn auch ULP. 17 Sab. D. 7, 4, 5, 2: „Rei mutatione interire usum fructum placet: veluti usus fructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt: sine dubio extinguitur ... et ita et Iulianus.“ Zu *placet* als Hinweis auf eine ausgeprägte Kontroverse *Giario*, SZ 111 (1994), 66, 75–77.

¹⁰⁰ So zutreffend schon *Grosso*, *Usufrutto*, 381–384; *Giario*, *Labeo* 36 (1990), 177, 195. Entsprechende Regeln galten nach – allerdings umstrittener – Juristenmeinung auch für den Fall, dass ein Schiff vollständig in seine Einzelteile zerlegt und dann wieder zusammengesetzt wurde, s. dazu *Plescia*, *Iura* 24 (1973), 214, 221.

¹⁰¹ ULP. 17 Sab. D. 7, 4, 10, 1: „Non tantum si aedes ad aream redactae sint, usus fructus extinguitur, verum etiam si demolitis aedibus testator alias novas restituerit.“

¹⁰² S. dazu nur *Kaser*, RPR I, 452 f. und Fn. 55.

¹⁰³ So *Kacprczak*, *Logica*, 293–314.

¹⁰⁴ So in PS 3, 6, 31 und in ULP. 17 Sab. D. 7, 4, 5, 2: *rei mutatione*. Allerdings gibt es juristische Quellen zur gleich gelagerten Problematik des Nießbrauchs von Sachgesamtheiten (etwa: Herde). Bei Wegfall eines erheblichen Teils der Herde erlischt auch hier der Nießbrauch insgesamt, s. dazu *Daubermann*, *Sachgesamtheit*, 75–82.

¹⁰⁵ Zum Fall und zur Methodik auch *Mette*, *ius civile*, 60; *Reinhardt*, *Topica*, 223; *Gilardeau*, *Cicéron*, 118–120; *Leesen*, *Gaius meets Cicero*, 184 f.

einen lupenreinen Analogieschluss vor uns („non magis quam servum restituere, si is cuius usus fructus legatus esset deperisset“).

b) Im Rahmen seiner Vertiefung¹⁰⁶ bildet Cicero Untergruppen von *ex similitudine*,¹⁰⁷ nämlich die Schlussfolgerung aus mehreren Vergleichsobjekten (*ex pluribus conlationibus, inductio, επαγωγή*)¹⁰⁸, aus einem Vergleichsobjekt (*conlatio, παραβολή*)¹⁰⁹ und das Argumentieren mit Beispielen (*exempla*).¹¹⁰

Zu Beginn seiner Ausführungen vertritt Cicero die Auffassung, dass der Topos *ex similitudine* für die Redner und Philosophen eine größere Bedeutung habe als für die Juristen.¹¹¹ Da er an anderer Stelle aber davon spricht, dass die Juristen von der Argumentation *ex similitudine* häufig Gebrauch machten,¹¹² und da er zahlreiche Beispiele aus der Jurisprudenz für diesen Topos benennt, könnte das nicht ganz ernst gemeint sein.¹¹³ Möglich erscheint aber auch, dass Cicero damit in erster Linie die fiktiven *exempla* gemeint hat, die nach seinem eigenen Bekunden Domäne der Philosophie und Rhetorik sind,¹¹⁴ oder dass er damit nur auf eine herausragende Bedeutung von *ex similitudine* in Rhetorik und Philosophie hinweisen wollte, ohne dabei die juristische Relevanz zu schmälern.¹¹⁵ Weitere Deutungsversuche bestehen in der Einschätzung, dass der gewachsenen Rechtsordnung ein hoher Stellenwert zukommt, der nicht ohne Weiteres durch Analogien unterlaufen werden darf,¹¹⁶ oder im Unbehagen darüber, dass mit Analogien nur Wahrscheinlichkeiten aufgezeigt werden können.¹¹⁷

¹⁰⁶ Cic. top. 41–45.

¹⁰⁷ Zu diesen Untergruppen und insbesondere zu ihrem Aufrufen auf Aristoteles, aber auch zu den Abweichungen bei Cicero eingehend Kacprczak, Logica, 21–237 mit Rezension Babusiaux, SZ 131 (2014), 483, 484–492; Mantello, L'analogia, in: St. Martini II, 605, 631–642. Zu den Besonderheiten der einzelnen Untergruppen und ihrem Verhältnis zueinander Ehmer; in diesem Band, 148–153.

¹⁰⁸ Cic. top. 42.

¹⁰⁹ Cic. top. 42 f.; dazu Raggi, Metodo, 71.

¹¹⁰ Cic. top. 44. – Zur Systematik von top. 41–45 Reinhardt, Topica, 285; anders Rippasati, Topica, 101–104, der unter Hinweis auf Cic. de orat. 3, 205 einen Gegensatz von *similitudo* und *exemplum* vermutet; auf die *Topica* trifft das aber nicht zu, s. Cic. top. 44: „ex eodem similitudinis loco etiam exempla sumuntur...“.

¹¹¹ Cic. top. 41: „Similitudo sequitur, quae late patet, sed oratoribus et philosophis magis quam vobis.“ Zu funktionalen Ähnlichkeiten und struktureller Verschiedenheit von Analogie und *exemplum* Nörr, SZ 126 (2009), 1, 51.

¹¹² Cic. top. 44: „... vos in respondendo uti multum soletis.“

¹¹³ Ähnlich wie hier Raggi, Metodo, 73. S. ferner das Bekenntnis in Cic. top. 45: „Eiusdem tamen ex locis, ut ante dixi, et in maximis et in minimis quaestionibus argumenta ducuntur“; mit den *quaestiones* dürften – wie auch sonst oft – juristische Fälle gemeint sein.

¹¹⁴ Cic. top. 45: „... ficta enim exempla similitudinis habent vim; sed ea oratoria magis sunt quam vestra.“

¹¹⁵ So wohl Harries, Cicero, 129.

¹¹⁶ So Wieacker, RRG I, 628.

¹¹⁷ So Horak, Rationes, 242 ff.

aa) Das erste dieser Beispiele unterscheidet sich vom Nießbrauchsfall (oben S. 72–74) dadurch, dass die Grundlage der Analogie von mehreren Vergleichsfällen gebildet wird (*inductio* oder ἐπαγωγή¹¹⁸):

Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.¹¹⁹

Wenn der Vormund (*tutor*), der Gesellschafter, dem man etwas anvertraut hat (*socius*), der Beauftragte (*cui mandaris*) und der Treuhänder im Rahmen einer *fiducia* („si qui fiduciam acceperit“) nach Treu und Glauben (*fides*) handeln müssen,¹²⁰ dann müssen auch der Geschäftsführer ohne Auftrag¹²¹ und der durch *iussum* berufene Vermögensverwalter¹²² – auch bei Prozesshandlungen – ihr Verhalten am Maßstab der *fides* messen lassen.¹²³ Konkret bedeutet das, dass der Geschäftsführer – jedenfalls im klassischen Recht – meist für *dolus* und *culpa*, mitunter aber auch nur für *dolus* oder weitergehend für Zufall einzustehen hat.¹²⁴ Auch dies ist ein typischer Analogieschluss¹²⁵; das *tertium comparationis* bildet die Fremdnützigkeit des Handelns dieser Personen, die sie an den Maßstab der *fides* bindet.¹²⁶

bb) Im zweiten „Vertiefungsfall“ geht es darum, dass zwei Phänomene einander ähnlich sind (*par pari*).¹²⁷ Die gesonderte Behandlung dieser Fallgruppe dürfte von dem Bestreben geleitet sein, diese Fälle klar von der zuvor behandelten *inductio* bzw. ἐπαγωγή abzugrenzen:

Quemadmodum si in urbe de finibus controversia est, quia fines magis agrorum videntur esse quam urbis, finibus regendis adigere arbitrum non possis, sic, si aqua

¹¹⁸ Zur Verortung bei der ἐπαγωγή treffend *Mette*, *ius civile*, 60 f.

¹¹⁹ Cíc. top. 42.

¹²⁰ S. dazu POMP. 16 Q. Muc. D. 27, 5, 4 (*tutor*), Cíc. off. 3, 70 (*tutela, societas, mandatum, fiducia*).

¹²¹ Zum Bezug des *procurator* auf die *negotiorum gestio* s. *Kaser*, RPR I, 486 und Fn. 18.

¹²² Auch ihre Stellung gegenüber dem Geschäftsherrn bestimmt sich zu Ciceros Zeit mangels vertraglicher Begründung des Schuldverhältnisses durch *consensus* nach den Grundsätzen über die *negotiorum gestio*, s. *Kaser*, RPR I, 587 und Fn. 9; *Rüfner*, in diesem Band, 252.

¹²³ Zum Zeitpunkt der Entstehung der *actio negotiorum gestorum bonae fidei* *Kacprczak*, *Logica*, 242–260, zusammenfassend 355 (zwischen 76 und 44 v. Chr.); *Spina*, *Tutela*, 188.

¹²⁴ POMP. 21 Q. Muc. D. 3, 5, 10; ULP. 29 Sab. D. 50, 17, 23 und dazu *Sánchez Colado*, *RIDA* 64 (2017), 263, 266–271.

¹²⁵ So auch *Behrends*, *Überlegungen*, in: *Institut und Prinzip II*, 839, 869.

¹²⁶ Zur Ähnlichkeit der von Cicero benannten Tätigkeiten *Klinck*, *SZ* 124 (2007), 25, 35; *Kacprczak*, *Logica*, 254; *Ehmer*, in diesem Band, 149 f.; *Rüfner*, in diesem Band, 252 f.

¹²⁷ Cíc. top. 43: „cum una res uni, par pari comparatur.“

pluvia in urbe nocet, quoniam res tota magis agrorum est, aquae pluviae arcendae adigere arbitrum non possis.¹²⁸

Die *actio finium regundorum*, durch die über Grenzstreitigkeiten zwischen Nachbarn entschieden werden kann (*de finibus controversia*, *finibus regendis*), fällt in die Zuständigkeit des *arbiter*.¹²⁹ Sie ist aber grundsätzlich¹³⁰ nur einschlägig, wenn der Streit die Grenzen zwischen ländlichen Grundstücken betrifft (*praedia rustica*), nicht aber bei städtischen Grundstücken (*praedia urbana*);¹³¹ hier gelten die Regeln über den *paries communis*.¹³² Darum ist auch ein Verfahren vor dem *arbiter* hier nicht eröffnet. Auch die *actio pluviae arcendae* betrifft Nachbarschaftsstreitigkeiten, zu deren Entscheidung ein *arbiter* berufen ist;¹³³ sie ist aber nur einschlägig, wenn es um Regenwasser geht, das durch ein bestimmtes Verhalten des Nachbarn oder durch eine auf seinem Grundstück errichtete Anlage auf das benachbarte Grundstück eingedrungen ist¹³⁴ und wenn es ebenfalls um einen Streit zwischen den Eigentümern ländlicher Grundstücke geht („quoniam res tota magis agrorum est“); wird dagegen ein Haus in der Stadt durch Regenwasser geschädigt („si aqua pluvia in urbe nocet“), kommt nur eine *actio negatoria* in Betracht.¹³⁵ Wegen dieser Parallele zwischen beiden Klagen (Belegenheit *in urbe*) kommt auch im Fall der *actio aquae pluviae arcendae* nach

¹²⁸ CIC. top. 43.

¹²⁹ CIC. leg. 1, 55 und dazu *Broggini*, iudex arbiterve, 165 ff.

¹³⁰ Es gab aber in der Klassik Ausnahmen von diesem Prinzip: So konnte die *actio finium regundorum* bei weitläufigen Gartengrundstücken im städtischen Bereich (*latitudo hortorum in urbe*) Anwendung finden; umgekehrt konnte die Klage bei Grundstücken auf dem Land ausgeschlossen sein, wenn dort ausnahmsweise zwei Häuser von Nachbarn aneinander gebaut waren („si in agris aedificia iuncta sint“), PAUL. 23 ed. D. 10, 1, 4, 10; dazu *Mentxaka*, RIDA 33 (1986), 149, 155 f., 158, 164, 169.

¹³¹ *Watson*, Law of Property, 114 ff. (auch zu möglichen Gründen dieser Restriktion, dazu kritisch *Grosso*, Iura 20 (1969), 630, 633; ferner *Palma*, Iura vicinitatis, 23, 205; *Benke*, TR 57 (1989), 275, 290 und Fn. 130.

¹³² PAUL. 23 ed. D. 10, 1, 4, 10: „Hoc iudicium locum habet in confinio praediorum rusticorum: nam in confinio praediorum urbanorum displicuit, neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur et ea communibus parietibus plerumque disterminantur“; ebenso ULP. 19 ed. D. 10, 1, 2 pr.

¹³³ *Schönbauer*, SZ 54 (1934), 233, 235; *Broggini*, iudex arbiterve, 168 f. Explizite Hinweise auf die Zuständigkeit des *arbiter* finden sich auch in den Quellen, so etwa in LAB. Pith. D. 22, 3, 28; PAUL. 16 Sab. D. 39, 3, 23, 2; ALF. 4 dig. D. 39, 3, 24 pr.–2.

¹³⁴ So Cicero selbst in top. 39: „genus est aqua pluvia nocens: eius generis formae loci vitio et manu nocens, quarum altera iubetur ab arbitro coerceri altera non iubetur“; naturbedingte Wasserschäden werden nicht berücksichtigt, ebenso PAUL. 49 ed. D. 39, 3, 14, 1 (*vitiae soli gegenüber manu factum*). Dazu *Sitzia*, Actio aquae pluviae, 6–9; *Möller*, Elemente, in: Wasser – Wege – Wissen, 9, 22–25.

¹³⁵ ULP. 53 ed. D. 39, 3, 1, 17: „Item sciendum est hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat: ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista, agi autem ita poterit ius non esse stillicidia flumina immittere.“ Ebenso h. fr. 20 unter Hinweis auf Labeo.

Ciceros Ansicht eine Entscheidung durch einen *arbiter* nicht in Betracht („adigere arbitrum non possis ...“).

Die Tragfähigkeit dieser Analogie ist bezweifelt worden, weil die Gründe für die Beschränkung beider Klagen auf *praedia rustica* verschiedenartig seien.¹³⁶ Doch hängt diese Tragfähigkeit hier weniger von den jeweiligen Normzwecken als davon ab, ob die Gründe für und gegen eine Fallentscheidung durch den *arbiter* in den beiden Fällen ähnlich sind. Dafür aber spricht Einiges. Der *arbiter* hat in besonderem Maß die Aufgabe, den Streit zwischen den Parteien zu schlichten oder doch auf eine solche Schlichtung hinzuwirken. Gerade diese Aufgaben fallen aber vorwiegend im ländlichen Bereich an, weil dort wegen fehlender Bebauung größere Freiräume für Grenzverschiebungen und für Veränderungen an Grund und Boden bestehen, die den Nachbarn beeinträchtigen. Dass diese Schwierigkeiten für einen mit ökonomischem, technischem und landwirtschaftlichem Sachverstand ausgestatteten *arbiter* besonders gut zu bewältigen sind, liegt auf der Hand.¹³⁷ In *urbe* entfallen diese Schwierigkeiten weitgehend;¹³⁸ es gibt dort in der Regel kein *confinium* und keinen *ager*, der von Anlagen auf dem Nachbargrundstück beeinträchtigt werden könnte. Die verglichenen Fälle ähneln sich also insofern, als sowohl bei der *actio finium regundorum* als auch bei der *actio aquae pluviae arcendae in urbe* ein geringeres Bedürfnis für einen *arbiter* besteht. Das rechtfertigt den Schluss *ex similitudine*, der hier vielleicht darum zur Anwendung kam, weil die Lage bei der *actio aquae pluviae arcendae* in der damaligen Jurisprudenz weniger eindeutig war als bei der *actio finium regundorum*.¹³⁹

cc) Ein weiteres Beispiel für den Topos *ex similitudine* bildet die berühmte *causa Curiana*;¹⁴⁰ dass der Rekurs Ciceros hierauf knapp gehalten ist,¹⁴¹ dürfte

¹³⁶ Watson, *Law of Property*, 172 ff.; Kacprczak, *Logica*, 288–292, die das Argument nur zur Überzeugung von Nicht-Juristen tauglich ansieht („ai non giuristi ... persuasivo“). Positiver der Befund bei Rodger, *Owners and Neighbours*, 147–151 („interpretation of the terms of the formula ... *actio finium regundorum* to be cited in support“).

¹³⁷ Zutreffend dazu *Sitzia*, *actio aquae pluviae*, 11–13, ferner Raggi, *Metodo*, 70–74. Zu einem Gleichlauf der *actiones finium regundorum* und *pluviae arcendae* auch PAUL. 9 Sab. D. 47, 7, 5, 2; s. dazu Ruffner, in diesem Band, 259–261.

¹³⁸ Zu den Ausnahmefällen (Gärten in der Stadt, Bebauung auf dem Land) PAUL. 23 ed. D. 10, 1, 4, 10.

¹³⁹ Darauf könnte es auch beruhen, dass Cicero im Parallellfall top. 23 nicht *ex similitudine*, sondern *a maiore ad minus* argumentiert, dazu unten S. 99–101.

¹⁴⁰ Hierzu etwa Stroux, *Summum Ius*, 29–31; Wieacker, *IJ* 2 (1967), 151–164; Watson, *Law of Succession*, 44, 94–96; Wieling, *Testamentsauslegung*, 9–15; Behrends, *Gesetz*, in: *Nomos*, 170–181; Manthe, *Sieg der Rhetorik*, in: *Große Prozesse*, 74–84; *Tellegen/Tellegen-Couperus*, *OIR* 6 (2000), 171–202; dies., *Law's Nature*, in: *Cicero's Law*, 26, 32, 35; Finazzi, *Sostituzione*, 82–95; Liebs, *Vor den Richtern*, 45–52; Kacprczak, *Logica*, 315–338; Babusiaux, *Erbrecht*, 298–300; Harries, *Law in Cicero*, in: *Cambridge Companion*, 107, 109; Schilling, *Die Auslegung*, in: *Acta diurna*, 159, 160 f.; Cortese, *Iura* 67 (2019), 49–77.

daran liegen, dass diese *cause célèbre* den Adressaten der *Topica* bestens vertraut war: Ein Erblasser hatte seinen ungeborenen Sohn zum Erben eingesetzt und für den Fall, dass dieser unmündig versterbe, den M. Curius zum Nacherben bestimmt; insoweit enthielt das Testament eine Pupillarsubstitution. Der *pupillus* wurde aber nicht geboren.¹⁴² Nach dem Wortlaut des Testaments war Curius für diesen Fall nicht zum Erben eingesetzt. Dem mutmaßlichen Willen¹⁴³ des Erblassers hätte dessen Berufung zum Ersatzerben aber sicher entsprochen.¹⁴⁴ Im Prozess setzte sich diese vom Redner Crassus verfochtene Lösung gegenüber der des Juristen Quintus Mucius durch.¹⁴⁵

Die *similitudo* dürfte von Cicero hier darin gesehen worden sein, dass der Erblasser den nicht geregelten Fall (Ersatzerbfolge) ebenso geregelt wissen wollte wie den im Testament benannten (Nacherbfolge); denn es handelt sich nach Ciceros eigenem Bekunden auch hier um einen Fall aus der Gruppe *par pari*, in der zwei ähnliche Sachverhalte verglichen werden.¹⁴⁶ Allerdings hebt Cicero auch hervor, dass Crassus hier zur Stärkung seines Standpunkts zahlreiche weitere Beispiele ins Feld geführt hat; die *causa Curiana* ist damit zugleich ein Beispiel für das Argumentieren mit *exempla*¹⁴⁷ – zu diesen *exempla* sogleich näher.

¹⁴¹ Cic. top. 44: „... qui testamento sic heredes instituisset, ut si filius natus esset in decem mensibus isque mortuus priusquam in suam tutelam venisset, (secundus heres) hereditatem obtinuisset.“

¹⁴² Die Alternative bestünde im Versterben des *pupillus* vor dem Erblasser, dazu *Kasser*, RPR I, 690. Mit Blick auf Cic. inv. 2, 122, wo Cicero einen identischen Fall schildert, dürfte die erste Variante (keine Geburt des *pupillus*) wahrscheinlicher sein, so etwa auch *Babusiaux*, *Erbrecht*, 299; *Schilling*, *Die Auslegung*, in: *Acta diurna*, 159, 160. Die Problematik stellt sich aber in beiden Varianten gleichermaßen, *Cortese*, *Iura* 67 (2019), 49, 60.

¹⁴³ *Tellegen/Tellegen-Couperus*, *Law's Nature*, in: *Cicero's Law*, 26, 35 differenzieren hier *subtiliter* zwischen „real, presumed intention“ einerseits und „probable, presumable intention“ andererseits; mit Letzteren habe Crassus – ganz im Sinn der *New Academy* – argumentiert.

¹⁴⁴ So Cicero selbst, s. de orat. 1, 242 (*voluntatis mortuorum*). S. dazu auch *Baier*, in diesem Band, 53–55.

¹⁴⁵ Zu den Hauptargumenten der Kontrahenten Cic. de orat. 1, 180. Einen wichtigen Beitrag zu einer Ethisierung des Rechts durch die Rhetorik erkennt hier *Triggiano*, *Index* 38 (2010), 373, 391–400; dort (a. a. O. 394 Fn. 109) auch reiche Literaturnachweise. Abweichende Deutung bei *Falchi*, *SDHI* 46 (1980), 383–430: weniger ein Gegensatz zwischen *verba* und *voluntas* als eine unterschiedliche, aber beiderseits spezifisch juristische Auslegung des Testaments; ähnlich *Babusiaux*, *Erbrecht*, 300: Wille, der von der einen Partei aus dem Wortlaut des Testaments, von der anderen aus anderen Indizien erschlossen wird; *Cortese*, *Iura* 67 (2019), 49, 74–77.

¹⁴⁶ Cic. top. 44 („ex eodem similitudinis loco“); Cicero nimmt damit auf die Fallgruppe *par-pari* Bezug.

¹⁴⁷ Cic. top. 44: „Crassus in causa curiana exemplis multis usus est“; ferner de. orat. 1, 180: „num destitit uterque nostrum in ea causa ... in exemplis ... versari.“ Noch deutlicher die Schilderung in *Brut.* 197f.: „... ita scribere plerosque et id valere et valuisse semper ... haec cum graviter tum ab exemplis copiose, tum varie, tum etiam ridicule et facete explicans eam admirationem adsensionemque commovit.“ Hier wird

dd) Als letztes Beispiel für den Topos *ex similitudine* nennt Cicero den Fall der (kaufweisen) Veräußerung einer *res nec Mancipi* im Wege der *mancipatio*.

Finge Mancipio aliquem dedisse id quod Mancipio dari non potest. Num idcirco id eius factum est qui accepit? aut num is qui Mancipio dedit ob eam rem se ulla re obligavit?¹⁴⁸

Nach Ciceros eigenen Äußerungen handelt es sich hier um einen eher theoretischen Fall (*finge!*).¹⁴⁹ Wahrscheinlich wurde dieser Fall aber jedenfalls im Rechtsunterricht diskutiert, und zwar wohl als Gegenfall zu der praktisch bedeutsamen Veräußerung einer *res Mancipi* durch bloße *traditio*, über die Gaius eingehend berichtet.¹⁵⁰ Der Text lässt darüber hinaus erkennen, worum sich die Diskussion gedreht hat, nämlich um den Übergang des Eigentums auf den Erwerber („num idcirco eius factum est, qui accepit?“) und die Wirksamkeit des Kaufvertrags („num is, qui Mancipio dedit, ob eam rem se ulla re obligavit?“).¹⁵¹

Der Text gibt aber auch Hinweise auf die Lösung des Falles, die hier – anders als in den anderen Beispielfällen – nicht explizit formuliert wird. Zunächst zeigt die Verwendung des Pronomens *num* durch Cicero, dass die Frage nach dem Eigentumsübergang als Folge der *mancipatio* wohl zu verneinen ist. In dieselbe Richtung weist die Verwendung von *idcirco*; dies deutet ebenfalls darauf hin, dass das Eigentum jedenfalls nicht kraft der *mancipatio* übergeht.¹⁵² Insoweit liegt auch der Gedanke an eine *reductio ad absurdum* in methodischer Hinsicht nicht fern.¹⁵³

Das ist aber vielleicht erst die „halbe Miete“. Denn der zweimalige, pointierte Hinweis auf *idcirco* legt nahe, dass das Eigentum hier zwar nicht aufgrund der

auch erkennbar, wie Crassus' Beispiele vielleicht geartet waren: Sie sollten belegen, dass die vom Erblasser gewählte Klausel in zahlreichen anderen Fällen Verwendung gefunden habe und dass derartige Testamente bisher als wirksam angesehen worden seien; s. dazu Wieacker, IJ 2 (1967), 151, 160 f.; Tellegen/Tellegen-Couperus, OIR 6 (2000), 172, 198; Kacprzak, Logica, 316–326. Zur Schlagfertigkeit des Crassus als Grund für seinen Sieg Baier, in diesem Band, 55 unter Hinweis auf Cic. de orat. 2, 24.

¹⁴⁸ Cic. top. 45.

¹⁴⁹ Darauf deutet zudem der Beginn von Cic. top. 45 hin: „Ficta etiam exempla similitudinis habent vim.“ Allerdings ist nicht auszuschließen, dass die Parteien im Einzelfall wegen der überlegenen Beweisfunktion der *mancipatio* diese bei Veräußerung hochwertiger *res nec Mancipi* einer formlosen *traditio* vorgezogen haben, s. dazu Kaser, SZ 75 (1958), 410, 412 Fn. 6 m.w.N.; ders., Zum Begriff, in: St. Betti II, 539, 570; anders noch ders., Eigentum und Besitz, 171 und Fn. 30.

¹⁵⁰ Gai. 2, 18–22 und 41. Watson, Law of Property, 19 erwägt einen Bezug auf *res nec Mancipi incorporales*.

¹⁵¹ Zu beiden Fragen Cic. top. 45.

¹⁵² Zur Erwartung einer verneinenden Antwort beim Gebrauch der Konjunktion *num* und zur Bedeutung von *idcirco* im Sinn von „deswegen“, „darum“ Langenscheid, Großwörterbuch Lateinisch s. h. v.

¹⁵³ So Kacprzak, Logica, 354; das *argumentum ad absurdum* steht ohnehin der Analogie nahe, s. dazu unten S. 84–87.

mancipatio übergeht, dass aber bei Vorliegen der Voraussetzungen (*consensus*, Besitzübertragung) ein Eigentumsübergang durch *traditio* in Betracht kommt.¹⁵⁴ Einen weiteren Anhaltspunkt hierfür gibt die Verortung der vorliegenden Problematik beim Topos *ex similitudine* durch Cicero.¹⁵⁵ Hierin könnte ein Hinweis auf eine *similitudo* zwischen *mancipatio* und *traditio* zu sehen sein; die Verortung des Falles bei *ex similitudine* durch Cicero bekäme so in gewisser Weise einen doppelten Sinn. Der für den Kaufvertrag erforderliche *consensus* wäre dabei in der Vornahme einer kaufweise erfolgten *mancipatio* zu sehen;¹⁵⁶ dabei könnte von Bedeutung sein, dass die Formel der *mancipatio* selbst Hinweise auf eine *emptio venditio* enthält.¹⁵⁷ Auf dieser Grundlage (*consensus*) könnte dann auch – jedenfalls bei beweglichen und darum präsenten Sachen wie etwa Pretiosen – ein Eigentumsübergang durch *traditio* zu bejahen sein.¹⁵⁸

5. *ex differentia*

a) Das Gegenstück zur Analogie ist der Umkehrschluss, darum behandelt Cicero den Topos *ex differentia* (ebenso wie den nachfolgenden Topos *ex contrario*) im Anschluss an *ex similitudine*.¹⁵⁹ Das erste Beispiel führt erneut ins Erbrecht und zu einer weiteren Facette des schon vom Topos *ex genere* her bekannten Vermächtnisses von Silber an die Ehefrau des Erblassers:

Non, si uxori vir legavit argentum omne quod suum esset, idcirco quae in nominibus fuerunt legata sunt. Multum enim differt, in arca positum sit argentum an in tabulis.¹⁶⁰

Ein Mann vermacht seiner Frau durch Legat „alles Silbergeld, das sein Eigentum war“. Dies schließt Forderungen des Erblassers gegen Dritte im Zeitpunkt des Erbfalls nicht ein, weil es (mit Blick auf das Eigentum) einen Unterschied

¹⁵⁴ Darüber herrscht Streit, s. etwa *Bonfante*, Corso II 2, 192; *Kaser*, Eigentum und Besitz, 170–174; *ders.*, RPR I, 414 und Fn. 12 m.w.N.; *Visky*, Iura 9 (1958), 370 („abstract“); *Watson*, Law of property, 18f.; *Daube*, Mancipatio, in: FS Seidl, 35, 35–38; *Romeo*, Appartenenza, 103f. und Fn. 33 (mit zahlreichen Nachweisen); *Kacprzak*, Logica, 339–354; *Laborenz*, Solutio, 147.

¹⁵⁵ CIC. top. 45: „Ficta enim exempla similitudinis habent vim.“

¹⁵⁶ Für Wirksamkeit auch des Kaufvertrags *Daube*, Mancipatio, in: FS Seidl, 35, 36f.; undeutlich insoweit *Watson*, Law of Property, 19.

¹⁵⁷ GAL. 1, 119: „... mihi emptus esto ... est autem Mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio.“ Zur *emptio venditio* als Grundlage und Element einer *mancipatio* – schon in alter Zeit – *Corbino*, Iura 64 (2016), 9, 85–95.

¹⁵⁸ GAL. 1, 119: „... rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ...“. In diesem Sinn bei Vorliegen der Voraussetzungen der *traditio* schon *Bonfante*, Corso II 2, 192; ferner *Watson*, Law of Property, 19; *Daube*, Mancipatio, in: FS Seidl, 35, 35f.; *Laborenz*, Solutio, 147; *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Recht, 156; anders noch *Kaser*, Eigentum und Besitz, 171 und Fn. 30 m.w.N. aus dem älteren Schrifttum.

¹⁵⁹ CIC. top. 46: „Sequitur similitudinem differentia rei maxime contraria superiori.“

¹⁶⁰ CIC. top. 16.

macht, ob das Geld schon in der Kasse liegt oder nur als Schuld ins Hausbuch eingetragen ist. Das entspricht einer zumindest herrschenden Juristenmeinung.¹⁶¹ Aufschlussreich ist ferner, dass die Wendung „quod suum esset“ in beiden Texten buchstabengleich vorkommt. Auch die Begründungen belegen, dass *ratio decidendi* sowohl bei Cicero als auch bei Sabinus-Ulpian das fehlende Eigentum des Erblassers war, mag das auch in unterschiedlichen Worten ausgedrückt sein.¹⁶²

Methodisch handelt es sich hier um einen typischen Umkehrschluss.¹⁶³ Aufschlussreich ist auch die Bewertung dieses Topos durch Cicero im Verhältnis zu *ex similitudine*. Inhaltlich sind beide Schlussformen zwar grundverschieden („differentia rei maxime contraria superiori“); was die Methodik anlangt, sind sie sich hingegen ähnlich („sed est ... simile invenire“),¹⁶⁴ weil es bei beiden Topoi um die Bejahung oder Verneinung einer *similitudo* geht. Ferner wird eine Nähe sichtbar von *ex differentia* und den Fällen, in denen ein Schluss *ex genere* wegen fehlender Zugehörigkeit einer *species* zum *genus* scheitert; auch hierbei handelt es sich der Sache nach ebenfalls um einen Umkehrschluss.

b) Im Rahmen seiner „Vertiefung“ stellt Cicero zu diesem Topos noch einen zweiten Fall vor, der aber methodisch mit dem soeben erörterten identisch ist:

Non, quem ad modum quod mulieri debeas, recte ipsi mulieri sine tutore auctore solvas, item, quod pupillo aut pupillae debeas, recte possis eodem modo solvere.¹⁶⁵

Auch dieser Fall und seine Behandlung durch Cicero stehen in Einklang mit der klassischen Jurisprudenz.¹⁶⁶ Beglich der Schuldner eines Minderjährigen ohne Beteiligung des Vormunds seine Schuld, wurde der Minderjährige zwar Eigentümer des Geldes, die Verbindlichkeit des Schuldners blieb aber bestehen. Das beruht darauf, dass dem Minderjährigen auch die Veräußerung einer ihm

¹⁶¹ ULP. 44 Sab. D. 34, 2, 27, 2: „Argento omni legato, quod suum esset, sine dubio non debetur id, quod in credito esset: hoc ideo, quia non videtur suum esse, quod vindicari non possit.“ *Sine dubio* ist ein Beleg dafür, dass über diese Lösung, die möglicherweise bereits von Sabinus vertreten wurde, kein Streit (mehr) bestand. Dazu Watson, *Law of Succession*, 148 f.; Spina, RDGR 27 (2016), 1, 6, 15; unklar Reinhardt, *Topica*, 225, der einerseits auf die *rei vindicatio* verweist, andererseits aber aus Darlehen geschuldetes Geld für die spätere Zeit in das Legat einbeziehen will. Zum umgekehrten Fall abweichend AFR. 6 quaest. D. 32, 64: Das Fideikommiss des Schuldbuchs schließt das im Schuldbuch verzeichnete, aber vom Schuldner schon geleistete Geld ein; s. ferner PROC. 5. epist. D. 32, 86 und dazu Wieling, *Testamentsauslegung*, 44; Rüfner, in diesem Band, 256–258.

¹⁶² Cicero: (*non*) in *arca positum*, Ulpian: *vindicare non possit*.

¹⁶³ So in der Sache auch Gilardeau, *Cicéron*, 131 f., der den vorliegenden Fall mit der Dichotomie *corporalis* – *incorporalis* in Verbindung bringen will; hierzu auch *Riposati*, *Topica*, 59–62. In Cíc. top. 16 findet das allerdings keine Stütze.

¹⁶⁴ Cíc. top. 46; dazu *Riposati*, *Topica* 108.

¹⁶⁵ Cíc. top. 46.

¹⁶⁶ Eingehend und zutreffend zum Fall *Mette*, *ius civile*, 57; Watson, *Law of Persons*, 133 f.; Ehmer, in diesem Band, 156–158. Einen Zusammenhang zwischen dem Cicero-text und der Thematik von GAI. 3, 87 vermutet Leesen, *Gaius meets Cicero*, 174 f.

gehörigen Sache ohne Zustimmung des Vormunds als rechtlich nachteilig nicht gestattet war; dagegen brachte der Eigentumserwerb keine Nachteile.¹⁶⁷ Bei Frauen, die ebenfalls grundsätzlich unter Vormundschaft standen, war das anders. Weil sie *res nec Mancipi* auch ohne Zustimmung ihres Vormunds veräußern konnten, durften sie auch ohne Zustimmung des Vormunds ihnen geschuldetes Geld (oder andere Sachen) annehmen.¹⁶⁸ Der Grund für die ungleiche Behandlung ist die größere Schutzbedürftigkeit der Minderjährigen. Die Erörterung dieses Falles in den Institutionen des Gaius legt es nahe, dass Cicero hier erneut einen Fall herangezogen hat, der auch im Rechtsunterricht intensiv behandelt wurde.

6. *ex contrario*

Bei diesem Topos handelt es sich um einen Sonderfall zu dem soeben vorgestellten Topos *ex differentia*; die Besonderheit besteht zunächst darin, dass die verglichenen Fälle sich so stark unterscheiden, dass man sie im entscheidenden Punkt als gegensätzlich (*contrario*) bezeichnen kann; *ex contrario* ist damit ein qualifizierter Fall von *ex differentia*.¹⁶⁹ Die Beispiele zeigen zudem, dass Cicero hierbei gegensätzliche Begriffspaare im Auge hat.¹⁷⁰ Er bildet mehrere Untergruppen,¹⁷¹ die denen bei Aristoteles nahe stehen;¹⁷² zudem werden Bezüge zum Topos *ex comparatione* und zur Aussagenlogik erkennbar.¹⁷³ Schließlich stellt Cicero auch einen einschlägigen Fall vor, der aus dem Sachenrecht stammt:

Non debet ea mulier cui vir bonorum suorum usum fructum legavit cellis viniis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus, legatus est. Ea sunt inter se contraria.¹⁷⁴

¹⁶⁷ GAI. 2, 84: „Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est.“ Hierzu *Ankum*, Palements, in: St. Martini I, 21, 28–34; *Giumelli*, RIDA 57 (2010), 215, 236–239 mit weiterer Literatur.

¹⁶⁸ GAI. 2, 85: „Mulieri vero etiam sine tutoris auctoritate recte solvi potest: nam qui solvit, liberatur obligatione, quia res nec Mancipi, ut proxime diximus, a se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt.“

¹⁶⁹ CIC. top. 47: „plurimum differunt“.

¹⁷⁰ So auch *Bayer*, Topica, 145 zu CIC. top. 47–49: *sapientia-stultitia*; *celeritas-tarditas*; *dignitas-indignitas*; *longum-breve*; *maius-minus*. Da diese Begriffspaare für sich sprechen, wird auf sie hier nicht näher eingegangen.

¹⁷¹ CIC. top. 47–49: „diversa, genera quae cum aliquo conferuntur, privantia, negantia.“

¹⁷² Dazu *Riposati*, Topica, 108–113; *Bayer*, Topica, 145 f.; *Reinhardt*, Topica, 294–296 mit mehreren Schaubildern und Nachweisen a. a. O. 294 Fn. 2.

¹⁷³ Besonders deutlich ist der Bezug von *maius – minus* zu *ex comparatione* und von *si hoc est, illud non est* zur Aussagenlogik, s. dazu CIC. top. 49.

¹⁷⁴ CIC. top. 17.

Ein Ehemann hat seiner Frau den Nießbrauch an seinen *bona* vermacht – ein in der Praxis wohl nicht seltener Fall.¹⁷⁵ Dazu gehören nach Cicero aber nicht die Keller (*cellae*), in denen beim Erwerb des Legats Wein- und Olivenölfässer gelagert waren. Die weiteren Einzelheiten und auch die *ratio decidendi* der Lösung Ciceros (Unwirksamkeit des Legats hinsichtlich der *cellae* und ihres Inhalts) werden im Schrifttum unterschiedlich beurteilt:

Nach überwiegender Ansicht handelt es sich bei den Wein- und Ölfässern um verbrauchbare Sachen; der Nießbrauch gewährt aber ein Recht zur Ziehung von Nutzungen nur *salva rerum substantia*. Der Nießbraucher darf darum den Gegenstand des Nießbrauchs nur nutzen (*uti*), aber nicht abnutzen, also verbrauchen (*abuti*);¹⁷⁶ jedenfalls zur Zeit Ciceros galt das nach der herrschenden Meinung ohne Ausnahme.¹⁷⁷ Da der Verbrauch oder Verkauf des im Keller lagernden Öls und Weines als ein solches *abuti* anzusehen wäre, ist der Nießbrauch insoweit unwirksam („*usus enim, non abusus legatus est*“).

Gegen dieses Verständnis hat sich insbesondere Giuliano Crifò ausgesprochen: Nach seiner Ansicht bezeichnet *abuti* hier nicht ein „Verbrauchen“, sondern einen „Missbrauch“, weil es sich bei den *cellae* nach damaligem Verständnis nicht um Lager-, sondern um Produktionsstätten gehandelt habe und weil diese Produktion durch ein Entfernen der reifenden Fässer von Seiten der Legatarin in missbräuchlicher Weise unmöglich gemacht werde.¹⁷⁸

Methodisch handelt es sich hier ebenso wie in den Beispielen zum Topos *ex differentia* um einen Umkehrschluss, und zwar unabhängig davon, ob man *abuti* im Sinn der herrschenden Meinung oder im Sinn von Crifò versteht. Dass Cicero ihn nicht *ex differentia*, sondern *ex contrario* zuordnet, beruht wohl darauf, dass

¹⁷⁵ Zur Üblichkeit derartiger Vermächtnisse Cíc. Caec. 11; Kaser, RPR I, 330 und Fn. 13; Longo, *Alle radici*, in: St. Nicosia IV, 477, 483 Fn. 14.

¹⁷⁶ Zu *salva rerum substantia* PAUL. 3 Vitell. D. 7, 1, 1 und dazu Arangio-Ruiz, *Istituzioni*, 238; Grosso, *Usufrutto*, 34; Longo, *Alle radici*, in: St. Nicosia IV, 477, 484. – Zu *uti* und *abuti* ULP. 18 Sab. D. 7, 1, 15, 1 und 27, 1; dazu Grosso, *Usufrutto*, 110–112; Gilardeau, *Cicéron*, 128–131; Rüfner, in diesem Band, 261 f.: Lösung Ciceros nachvollziehbar.

¹⁷⁷ Da Sabinus einen Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen kennt (ULP. 18 Sab. D. 7, 5, 5, 1), Cicero nach der h.M. dagegen nicht, wird überwiegend angenommen, dass das SC, das einen solchen Nießbrauch gestattet hat, in der Zeit zwischen Cicero und Sabinus erlassen worden ist, s. dazu Volterra, *NNDI XVI*, 1064 (Nr. 71); Kaser, RPR I, 449 und Fn. 15, 16; Watson, *Law Making*, 28; Salazar Revuelta, *SDHI* 65 (1999), 117, 120 f. und Fn. 16; ähnlich La Rosa, *Quasi-usufrutto*, 12–18 mit umfassenden Literaturnachweisen a. a. O. 13 Fn. 12.

¹⁷⁸ Crifò, *RIDA* 24 (1977), 177–188; eingehend ders., *Quasi-usufrutto*, 119–202 (Entstehung des SC schon im Jahr 46 v. Chr.); ders., *Il suicidio*, in: St. Scherillo I, 427–440 (jedenfalls vor 33 n. Chr.); überwiegend zustimmend Klingenberg, *SZ* 96 (1979) 415, 423–425. Auch Reinhardt, *Topica*, 227, vermutet, dass das SC schon zu Ciceros Zeit existiert habe; darum meint er, Ciceros Beispiel beziehe sich auf eine frühere Rechtslage. Kritisch zu Crifò Rüfner, in diesem Band, 261 f.

er den entscheidenden Gesichtspunkt in dem scharfen Gegensatz zwischen den Begriffen *uti* und *abuti* sieht.¹⁷⁹ Dies spricht für die Interpretation Crifòs, weil ein „Missbrauch“ den schärferen Gegensatz zum „Gebrauch“ darstellt als der bloße „Verbrauch“.¹⁸⁰

7. *ex adiunctis*

Dieser Topos ist heterogen. Zum einen gehören hierher Fälle, in denen es nicht um Rechtsanwendung, sondern um Tatsachenfeststellung und um die daraus ableitbaren Schlussfolgerungen geht. Damit handelt es sich in diesen Fällen um *argumenta, quae sumuntur extrinsecus*, die in die Zuständigkeit der Advokaten und nicht der Fachjuristen fallen. Cicero umschreibt diesen Befund prägnant mit dem berühmten Zitat „Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem“¹⁸¹ und behandelt diese Fälle an dieser Stelle folgerichtig nicht näher.¹⁸² Daneben gibt es aber nach Cicero auch Fälle von *ex adiunctis*, in denen wie bei *ex similitudine* zur Entscheidung einer Rechtsfrage an eine ähnliche Rechtslage angeknüpft wird.¹⁸³ Hierzu folgt ein Beispiel aus dem Personenrecht, und zwar zu dem gerade in der Rhetorik beliebten Problem der beschränkten Testierfähigkeit von Frauen,¹⁸⁴ mit dem Cicero auch in seiner eigenen Gerichtspraxis zu tun hatte.¹⁸⁵

Si ea mulier testamentum fecit quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari. Adiungitur enim, ut secundum servorum, secundum exulum, secundum puerorum tabulas possessio videatur ex edicto dari.¹⁸⁶

Wenn eine Frau, die nie eine *capitis deminutio* erfahren hat, ein Testament macht, darf nach dem prätorischen Edikt aus diesem Testament die *possessio bonorum secundum tabulas* nicht gewährt werden. Andernfalls müsste diese *posses-*

¹⁷⁹ Cic. top. 17: „Ea (sc. usus und abusus) sunt inter se contraria“, wobei ein Fall der *privantia* vorliegt (top. 48); Mette, ius civile, 60; Bayer, Topica, 119; Reinhardt, Topica, 227. Die Passage *ea sunt inter se contraria* fehlt in der Tusculum-Ausgabe, s. Bayer, Topica, 16; ein Grund hierfür wird nicht benannt, a. a. O. 119.

¹⁸⁰ Dazu Crifò, RIDA 24 (1977), 177, 181–183.

¹⁸¹ Cic. top. 51, wo diese – vielleicht ironisch gemeinte – Äußerung von Cicero dem Juristen Aquilius Gallus zugeschrieben wird; s. dazu die zahlreichen Nachweise bei Triggiano, Index 38 (2010), 373, 376 Fn. 22.

¹⁸² Sondern in Cic. top. 72 ff., wo die *topoi qui adsumuntur extrinsecus* abgehandelt werden.

¹⁸³ Zum Versuch, einen Zusammenhang zwischen den beiden Fallgruppen herzustellen, Reinhardt, Topica, 302 f. Zu einer Zuordnung von *ex adiunctis* zu den nachfolgenden *Topoi ex consequentibus* etc. Riposati, Topica, 115 unter Hinweis auf Cic. de. orat. 2, 170 und QUINT. inst. 5, 10, 74 (*ex consequentibus sive adiunctis*). Doch hier sieht Cicero gravierende Unterschiede, s. Cic. top. 53: „Nam adiuncta, de quibus paulo ante dictum est, non semper eveniunt; consequentia autem semper.“

¹⁸⁴ Dazu Wycisk, Recht bei Quintilian, 157–163, mit Rezension Babusiaux, SZ 127 (2010), 494, 495.

¹⁸⁵ Dazu Tellegen/Couperus, RHD 84 (2006), 423, 429–435.

¹⁸⁶ Cic. top. 18.

sio nämlich auch aus den Testamenten von Sklaven, Verbannten und Kindern gewährt werden. Dahinter steckt nach überwiegender Ansicht Folgendes: Auch Frauen *sui iuris* waren nach altrömischem Recht nicht ohne Weiteres testierfähig¹⁸⁷; erst unter Hadrian und damit lange nach Cicero wurde diesen Frauen – wohl in Anknüpfung an ein Gesetz des Claudius¹⁸⁸ – durch *senatus consultum* die uneingeschränkte *testamenti factio* zugestanden.¹⁸⁹ Wollte zuvor eine solche Frau wirksam ein Testament errichten, musste sie sich durch *coemptio fiduciaria* in die Gewalt eines Mannes begeben, wodurch sie die von Cicero erwähnte *capitis deminutio* erlitt. Der Gewalthaber musste die Frau dann an einen anderen Mann remanzipieren, der sie aus seiner Gewalt entließ.¹⁹⁰ Ohne diesen Umweg konnte die Frau – auch mit Zustimmung ihres Vormunds¹⁹¹ – nicht wirksam testieren und ihr Erbe darum auch keine *possessio bonorum secundum tabulas* erhalten.

Diese Deutung ist allerdings auf Widerspruch gestoßen:¹⁹² In Cíc. top. 18 könne es nicht um die *testamenti factio* von Frauen gehen, weil das diesbezügliche Verbot bereits im 1. Jh. v. Chr. obsolet geworden sei.¹⁹³ Problematisch sei zur Zeit Ciceros vielmehr gewesen, ob eine Frau *sui iuris* ein Testament ohne *auctoritas* ihres Vormunds errichten könne. Diese streitige Frage sei das Thema von Cíc. top. 18 gewesen;¹⁹⁴ ausweislich fam. 7, 21 sei sie von Servius und Ofilius bejaht, von Trebaz und Cicero dagegen verneint worden.¹⁹⁵ Auch bei Gaius finden sich noch Hinweise auf diese Kontroverse.¹⁹⁶

¹⁸⁷ Ob das nur für die *mulier ingenua* oder auch für die *filia emancipata* galt, wird unterschiedlich beurteilt, dazu *Peppe*, *Posizione giuridica*, 55–59 mit weiterer Literatur.

¹⁸⁸ Dazu *Pilar Pavón*, SDHI 82 (2016), 265, 277; *Astolfi*, *Matrimonio*, 345.

¹⁸⁹ GAI. 1, 115a: „sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.“ Zu den Gründen dieser *necessitas coemptionis* im alten Recht *Kaser*, RPR I, 324 (Nachwirkung der Agagentutel); *Babusiaux*, *Erbrecht*, 147 f.; *Fiori*, SZ 136 (2019), 372, 373 f. Fn. 8; kritisch dazu *Watson*, *Law of Persons*, 152 ff.

¹⁹⁰ GAI. 1, 115a: „Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: Tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent.“ Dazu *Volterra*, SDHI 48 (1941), 74, 80–87; *Watson*, *Law of Persons*, 152; *ders.*, *Law of Succession*, 73 f.; *Kaser*, RPR I, 324 und Fn. 38, 348 und Fn. 43; *Monaco*, *Hereditas*, 174–178; *Fayer*, *Familia*, 262 f.; *Babusiaux*, *Erbrecht*, 146–148; *Pilar Pavón*, SDHI 82 (2016), 265, 276 f. mit weiterer erbrechtlicher Literatur 277 Fn. 63; *Astolfi*, *Matrimonio*, 342–345; *Marra*, *Coemptions*, in: *Scr. Corbino IV*, 571, 586; *Sanz Martín*, RGDR 34 (2020), 1, 27–32.

¹⁹¹ GAI. 2, 112: „scilicet ut ... tutore auctore testari deberent“; dazu *Astolfi*, *Matrimonio*, 344.

¹⁹² *Tellegen-Couperus/Tellegen*, RIDA 53 (2006), 381–408; *Tellegen-Couperus*, RHD 84 (2006), 423–435.

¹⁹³ *Tellegen-Couperus/Tellegen*, RIDA 53 (2006), 381, 404 mit Hinweis auf *Costa*, *Cicerone*, 68 f., 220 f.

¹⁹⁴ *Tellegen-Couperus/Tellegen*, RIDA 53 (2006), 381, 387 und *passim*.

¹⁹⁵ *Tellegen-Couperus/Tellegen*, RIDA 53 (2006), 381, 387–407.

¹⁹⁶ GAI. 1, 118 f.; dazu *Tellegen-Couperus/Tellegen*, RIDA 53 (2006), 381, 404–407.

So scharfsinnig diese Deutung auch anmutet, es bleiben Zweifel am Bezug von Cic. top. 18 auf die (fehlende) Mitwirkung eines *tutor*.¹⁹⁷ Cicero spricht dort zwar die *testamenti factio* nicht explizit an; er weist aber in top. 50 ausdrücklich darauf hin, dass es in top. 18 gerade darum gehe.¹⁹⁸ Auch ist nach dem Bericht des Gaius die *coemptio* und die hierdurch bewirkte *capitis deminutio* nicht Voraussetzung für eine Testamentserrichtung ohne Vormund, sondern für die Testierfähigkeit. Wenn Cicero in dieser Situation gleichwohl auf das Erfordernis der *auctoritas tutoris* hätte hinweisen wollen, wäre zumindest eine Klarstellung zu erwarten gewesen.¹⁹⁹ Hinzu kommt ein Weiteres: Dass die *testamenti factio* von Frauen im 1. Jh. v. Chr. durchaus noch ein aktuelles Problem war, belegt das erst unter Hadrian erlassene SC, durch das die Notwendigkeit einer *coemptio* zur Erlangung der Testierfreiheit beseitigt wurde.²⁰⁰ Zudem zeigt der Bericht des Gaius über das SC, dass dort klar zwischen der Frage der Testierfähigkeit der Frauen, die künftig ohne *coemptio* gegeben sein sollte, und der Frage der notwendigen Mitwirkung des *tutor*, an der im Grundsatz festgehalten wurde, unterschieden wurde.²⁰¹ Schließlich zwingt auch die inhaltliche Nähe zwischen Cic. top. 18 und fam. 7, 21 nicht zu der Annahme, dass es in beiden Quellen um denselben Fall gegangen sein muss; denkbar ist ebenso, dass Cicero in der Erinnerung an die gemeinsame Arbeit mit Trebaz im Fall der *causa Siliana* für die *Topica* eine ähnliche Problematik ausgewählt hat.²⁰²

Zur Methodik: Die von Cicero postulierte Anknüpfung („adiungitur enim“) besteht hier darin, dass von der Testierunfähigkeit der Sklaven, Unmündigen und Verbannten auf die Testierunfähigkeit der Frau geschlossen wird; diese Sichtweise legt es nahe, in *ex adiunctis* eine Sonderform von *ex similitudine* zu sehen.²⁰³ Ebenso plausibel erscheint aber der Gedanke an eine *reductio ad absurdum*.

¹⁹⁷ Kritisch insoweit auch *Peppe*, Posizione giuridica, 55; *Biavaschi*, Cicerone, in: Scr. Corbino I, 224, 238–242; *Rüfner*, in diesem Band, 248–251.

¹⁹⁸ „... si statuissimus ex edicto secundum eas tabulas possessionem dari, quas is instituisse cui testamenti factio nulla esset.“

¹⁹⁹ Etwa: *sine tutore auctore*, so etwa in Cic. top. 46. Zur Erforderlichkeit einer Klarstellung auch *Biavaschi*, Cicerone, in: Scr. Corbino I, 224, 240.

²⁰⁰ Gut denkbar erscheint allerdings, dass die Frage der Testierfähigkeit der Frauen ohne *coemptio* – ebenso wie die Frage der *auctoritas tutoris*, dazu *Tellegen-Couperus/Tellegen*, RIDA 53 (2006), 381, 396–407 – bereits zu Ciceros Zeit streitig geworden war. Dazu *Biavaschi*, Cicerone, in: Scr. Corbino I, 224, 232. Das SC hätte dann den Zweck gehabt, diese Streitfrage zu klären.

²⁰¹ Zu (1.): GAI. 1, 115a: „... necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.“ Zu (2.) GAI. 2, 112: „scilicet ut ... tutore auctoritate testari deberent.“

²⁰² In diesem Sinn auch *Peppe*, Posizione giuridica, 55; *Biavaschi*, Cicerone, in: Scr. Corbino I, 224, 238–242. Denkbar ist etwa, dass es in der *causa Siliana* um ein Testament *sine auctoritate tutoris*, in Cic. top. 18 dagegen um die fehlende *testamenti factio* ging.

²⁰³ S. dazu *Bornecque*, Cicéron, zu top. 18; *Reinhardt*, *Topica*, 229.

dum: Wollte man der *mulier* ohne *capitis deminutio* die *possessio bonorum* zu-erkennen, müsste man das auch bei Sklaven etc. tun, was aber absurd wäre.²⁰⁴ Letztlich ist das kein Widerspruch, sondern es zeigt nur die Nähe von Analogie und *reductio ad absurdum*: Es geht hier wie dort um potenziell ähnliche Sach-verhalte, die möglicherweise gleich zu behandeln sind.²⁰⁵ Ob das Anknüpfen (*adiungere*) schließlich zu einer Analogie oder einer *reductio ad absurdum* führt, hängt von der der Position ab, an der die Argumentation ansetzt. Sind das die Sklaven, Unmündigen und Verbannten, ergibt sich eine Analogie: Alle nicht voll geschäftsfähigen Personen sind gleich zu behandeln. Setzt man dagegen bei der Frau an, ergibt sich aus der Ähnlichkeit mit den Sklaven etc. eine *reductio ad absurdum*: Es wäre ungereimt, die nicht testierfähige Frau anders zu behandeln als die anderen geschäftsunfähigen Personengruppen. Vielleicht kann man da-nach den Topos *ex adiunctis* als eine Art „Auffangtatbestand“ ansehen, mit dem Anknüpfungen jeder Art erfasst werden konnten, also neben den *argumenta qui adsumuntur extrinsecus* auch das *argumentum ad absurdum*.

8. loci dialecticorum: ex antecedentibus, ex consequentibus, ex repugnantibus

Hier stellt sich zunächst die Frage, warum Cicero diese Topoi überhaupt erör-tert, obwohl er zu Beginn der *Topica* angekündigt hatte, sich mit der *pars iudi-candi*, also der Dialektik, nicht hier, sondern erst in einem späteren Werk näher zu befassen.²⁰⁶ Die hier in Rede stehenden Topoi sind jedoch nach seinem eigen-en Bekunden eine Domäne der Dialektik.²⁰⁷ Auf den ersten Blick legt dies ein-en unmotivierten Konzeptwechsel nahe. Diese (scheinbare) Ungereimtheit lässt sich aber auf zwei Wegen auflösen: Zum einen kann man den Hinweis in Cíc. top. 7 auf den Vorrang der *pars inveniendi* (*ordiemur*) auf den Beginn der *Topica* beziehen; Cicero hätte dann lediglich zum Ausdruck gebracht, dass er mit den bisher erörterten Topoi (*pars inveniendi*) beginnen und sodann in einem zweiten Teil zu den dialektischen Topoi (*pars iudicandi*) übergehen will.²⁰⁸ Die zweite

²⁰⁴ Dazu Horak, *Rationes*, 267 Fn. 3; anschaulich Bayer, *Topica*, 120: „Wo kämen wir da hin?“, ferner Reinhardt, *Topica*, 229, 300; *Tellegen-Couperus*, RHD 84 (2006), 423, 433; *Biavaschi*, Cicerone, in: Scr. Corbino I, 224, 234, 236; *Ehmer*, in diesem Band, 153.

²⁰⁵ Zur Nähe des *argumentum a simili* zum *argumentum ad absurdum* treffend auch Kacprcak, *Logica*, 338–354; *Babusiaux*, SZ 131 (2014), 483, 493 Fn. 41; *Wacke*, Zur Folgenberücksichtigung, in: Mél. Sturm I, 547, 563.

²⁰⁶ Cíc. top. 6: „... omnis ratio diligens disserendi duas habeat partis, unam inveniendi alteram iudicandi ...“ § 7: „Nos autem, quoniam in utraque summa utilitas est et utramque, si erit otium, persequi cogitamus, ab ea quae prior est ordiemur.“

²⁰⁷ Cíc. top. 53: „Deinceps est locus dialecticorum proprius ex consequentibus et antecedentibus et repugnantibus.“

²⁰⁸ Für diese Lösung *Ehmer*, in diesem Band, 159.

Deutung besteht in einer Anknüpfung an Ciceros Differenzierung zwischen dem Auffinden der Topoi (*inventio*) und ihrer Anwendung im Einzelnen (*iudicatio*).²⁰⁹ Als Teil der *inventio*, um die es in den *Topica* vorrangig gehen soll, lässt sich nämlich auch das Auffinden der Argumentationsformen *a consequentibus*, *ab antecedentibus* und *a repugnantibus* verstehen.²¹⁰ Dazu passt auch, dass diese „dialektischen“ Topoi von Cicero nur knapp behandelt werden: Für *ex antecedentibus*, *ex consequentibus* und *ex repugnantibus* wird nur je ein Beispiel benannt, für die übrigen *modi* gar keines.²¹¹ Darum liegt nahe, dass Cicero diese Topoi wohl um der Vollständigkeit willen ansprechen (*invenire*), sie aber keiner eingehenden Analyse unterziehen wollte (*iudicare*).

Nach Ciceros eigenem Bekunden nehmen diese Topoi in mehrfacher Hinsicht eine Sonderstellung ein: Dass es sich hierbei um Argumentationsmuster der Dialektiker handelt, wurde bereits angesprochen; die Dialektik aber ist für Cicero eine Domäne der Stoa,²¹² mit deren Lehren Cicero übrigens gut vertraut war.²¹³ Und tatsächlich dominieren hier die stoischen Einflüsse: Die Topoi *ex antecedentibus*, *ex consequentibus* und *ex repugnantibus* entsprechen den ersten drei elementaren Syllogismen des Chrysipp.²¹⁴ Eine weitere Besonderheit besteht nach Cicero darin, dass sie im Gegensatz zu dem zuvor behandelten Topos *ex adiunctis* (und wohl auch im Gegensatz zu *ex similitudine*, *ex differentia* und *ex contrario*) zwingende Schlussfolgerungen enthalten (*necessario*).²¹⁵

Wegen dieser Besonderheit sieht Cicero auch die Topoi *ex antecedentibus*, *ex consequentibus* und *ex repugnantibus* als Einheit an; im Grunde handelt es sich für ihn hierbei um *einen locus*, der in drei *species* aufgeteilt werden kann.²¹⁶ Diese Einheit findet ihren Ausdruck auch in der Austauschbarkeit der drei Syllo-

²⁰⁹ Diese Unterscheidung kommt in den *Topica* deutlich zum Ausdruck: So bezeichnet Cicero das Auffinden der hier in Rede stehenden Topoi als „einfach“ (top. 53: „reperiendi argumenti locus simplex est“), während er deren Anwendung als dreifach (*triplex*) ansieht, s. top. 53: „Cum tripertito igitur distribuatur locus hic, in consecutionem, antecessionem, repugnantiam, reperiendi argumenti locus simplex est ...“.

²¹⁰ So auch Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 165, 185 (bei Fn. 140); vgl. auch die Überlegungen bei Ehmer, in diesem Band, 133–136.

²¹¹ Cic. top. 56 f.

²¹² Cic. top. 6: „Stoici autem ... enim vias diligenter persecuti sunt ea scientia quam διαλεκτικήν appellant ...“.

²¹³ Ein beredtes Zeugnis hiervon legen die zahlreichen Chrysipp-Zitate in verschiedenen Werken Ciceros ab (vor allem in *De fato* und *De finibus bonorum et malorum*).

²¹⁴ Dazu auch Mette, ius civile, 55, 59; Fuhrmann, Lehrbuch, 162 (spezifisches Derivat der Stoa), Frede, Stoische Logik, 131, 161; Waldstein, SZ 92 (1975), 26, 38; Reinhardt, Topica, 233 f.; Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 165, 186 (bei Fn. 142); anders Riposati, Topica, 126–129, der zwar ebenfalls stoische Einflüsse anerkennt, aber als Urheber der Syllogismen an Theophrast denkt.

²¹⁵ Cic. top. 53.

²¹⁶ Cic. top. 53: „Cum tripertito igitur distribuatur locus hic, in consecutionem, antecessionem, repugnantiam ...“; in diesem Sinn auch Frede, Stoische Logik, 159.

gismen,²¹⁷ die Cicero anhand des schon oben angesprochenen Beispiels des Vermächtnisses von Silber zugunsten der Ehefrau aufzeigt:

Nam quid interest, cum hoc sumpseris, pecuniam numeratam mulieri deberi cui sit argentum omne legatum, utrum hoc modo concludas argumentum: (1.) Si pecunia signata argentum est, legata est mulieri. (2.) Est autem pecunia signata argentum. (3.) Legata igitur est; an illo modo: (1.) Si numerata pecunia non est legata, non est numerata pecunia argentum. (2.) Est autem numerata pecunia argentum; (3.) legata igitur est; an illo modo: (1.) Non est legatum argentum est et non est legata numerata pecunia. (2.) Legatum autem argentum est; (3.) legata igitur numerata pecunia est.²¹⁸

Zwar sind die Argumentationsmuster bei diesen Topoi *en détail* unterschiedlich; es lassen sich drei verschiedene *modi* unterscheiden.²¹⁹ Für die Lösung des von Cicero hier erneut herangezogenen Silberfalles macht das aber keinen Unterschied; alle drei Schlussformen führen gleichermaßen zu dem Ergebnis, dass die Frau das Legat erhält. Cicero formuliert diesen Befund in Gestalt einer rhetorischen Frage: „nam quid interest?“ Darum kann er auch am Ende feststellen, dass eine Abgrenzung dieser Schlussformen untereinander für den Juristen entbehrlich sei.²²⁰

Für jeden dieser drei Topoi gibt Cicero in seinem „ersten Durchgang“ jeweils ein Beispiel aus der juristischen Praxis. Auffällig ist dabei, dass im Rahmen des „ersten Durchgangs“ die Abfolge der Topoi von der in der nachfolgenden „Vertiefung“ abweicht.²²¹ Zur Übersichtlichkeit wird hier die Abfolge des „ersten Durchgangs“ beibehalten.

a) ex antecedentibus

Für diesen Topos hat Cicero ein Beispiel aus dem Dotalrecht gewählt:

Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet.²²²

²¹⁷ Dies wird überdies schon aus den einleitenden Worten in Cic. top. 19 deutlich: „Ab antecedentibus autem et consequentibus et repugnantibus hoc modo“, so auch *Ri-posati*, Topica, 118.

²¹⁸ Cic. top. 53.

²¹⁹ Auf weitere Syllogismen, die Cicero in Cic. top. 56 f. benennt, soll hier nicht eingegangen werden, weil dafür keine Beispiele benannt werden.

²²⁰ Cic. top. 57: „Sed ne hae quidem quas exposui (sc. die Topoi *ex consequentibus*, *ex antecedentibus*, *ex repugnantibus*) ad hanc institutionem necessariae.“ Wie im Text auch *Bayer*, Topica, 148. Das bedeutet freilich nicht, dass den römischen Juristen die stoische Dialektik nicht geläufig war; Quellen wie PROC. 2 epist. D. 50, 16, 124, LAB. 2 post. D. 28, 7, 20 pr. und AFR. 5 quaest. D. 35, 2, 88 pr. belegen schlagend das Gegenteil; s. dazu nur *Miquel*, SZ 87 (1970), 85 ff.; *Backhaus*, Casus perplexus, 163–167.

²²¹ Im „ersten Durchgang“ wählt er die Abfolge (1.) *ex antecedentibus* (2.) *ex consequentibus* (3.) *ex repugnantibus*, in der „Vertiefung“ dagegen die Reihenfolge (1.) *ex consequentibus* (2.) *ex antecedentibus* (3.) *ex repugnantibus*. Ein Grund für diese Inkonsistenz ist nicht ersichtlich. *Horak*, Rationes, 267 und Fn. 1 leitet daraus (und aus anderen Ungereimtheiten) ab, dass die *Topica* für den Adressaten Trebatius nur schwer verständlich waren.

²²² Cic. top. 19.

Wenn eine Ehe aus dem Verschulden des Mannes geschieden wird, steht diesem auch dann keine *retentio propter liberos* zu, wenn die Frau den Scheidungsbrief geschickt hat. Diese knappe Diktion Ciceros belegt, dass es sich hier um einen Standardfall aus der Rechtspraxis handelt, der den Adressaten seiner Schrift geläufig war.²²³ Dahinter steckt Folgendes:

Ihre Mitgift (*dos*) konnte die Frau im Scheidungsfall grundsätzlich mit der *actio rei uxoriae* zurückverlangen. Dem Mann konnte allerdings ein Zurückbehaltungsrecht zustehen (*retentio*). Wenn die Frau die Scheidung verschuldet hatte, durfte der Mann für jedes aus der Ehe hervor gegangene Kind einen Teil der Mitgift einbehalten (*retentio propter liberos*); in spätklassischer Zeit belief sich die Zurückbehaltung auf ein Sechstel für jedes gemeinsame Kind, insgesamt aber höchstens auf die Hälfte der *dos*;²²⁴ im 1. Jh. v. Chr. wird sie noch vom *iudex* im Einzelfall bestimmt worden sein.²²⁵ War dagegen die Ehe aus Verschulden des Mannes geschieden worden, konnte die Frau die gesamte *dos* ungeschmälert zurück verlangen.²²⁶ Dabei wird man das Verschulden grundsätzlich bei dem Ehegatten gesehen haben, der die Scheidung begehrt hat; nur so macht Ciceros Bemerkung „etsi mulier nuntium remisit“ Sinn.²²⁷ Hier ist das aber anders, weil feststeht, dass der Mann zuvor eine Eheverfehlung begangen hatte.²²⁸

Da hier „aus den Voraussetzungen“ (*ex antecedentibus*) argumentiert wird und da diese Schlussform sich dadurch auszeichnet, dass die in der Prämisse benannten Voraussetzungen gegeben sind,²²⁹ muss der Syllogismus wie folgt aussehen: (1.) Wenn die Frau die Scheidung verlangt, dies aber aufgrund eines Verschul-

²²³ Zu Fällen wie dem vorliegenden als Arbeitsfeld der Gerichtsrhetorik *Giumetti*, TSDP 11 (2018), 1, 26–30.

²²⁴ UE 6, 10: „Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote; non plures tamen quam tres“; ebenso BOETH. in top. Cic. 2, 19 unter Hinweis auf Institutionen des Paulus. Zu alledem *Söllner*, *actio rei uxoriae*, 71, 73 f.; *Stiegler*, *Divortium*, in: *Mél. Sturm I*, 431, 435–442; *Salomón Sancho*, RGDR 10 (2008), 1, 15–22; *Corbino*, Index 40 (2012), 155, 182 f.; *Giumetti*, TSDP 11 (2018), 1, 15–18.

²²⁵ Und zwar nach dem Maßstab *quod melius aequius erit*, über den Cicero selbst berichtet, Cic. top. 66; so *Stiegler*, *Divortium*, in: *Mél. Sturm I*, 431, 435, 447; *Varvaro*, *Restituzione*, 46 und Fn. 93.

²²⁶ Das folgt im Umkehrschluss aus den soeben genannten Quellen, ferner aus Cic. top. 19; zu diesem und zum nachfolgenden Fall aus dem Dotalrecht auch *Ehmer*, in diesem Band, 161–163.

²²⁷ *Watson*, *Law of Persons*, 70–72; *Stiegler*, *Divortium*, in: *Mél. Sturm I*, 431, 435, 445–452 (beide mit unterschiedlichen Ergebnissen zu dem [hier nicht gegebenen] Fall, dass keiner der Eheleute das Scheitern der Ehe verschuldet hatte); *Reinhardt*, *Topica*, 238; *Giumetti*, TSDP 11 (2018) 1, 18, 26.

²²⁸ *Varvaro*, *Restituzione*, 49 f.

²²⁹ Cic. top. 54: „Appellant autem dialectici eam conclusionem argumenti, in qua, cum primum assumpseris, consequitur id quod adnexum est, primum conclusionis modum.“

dens des Mannes geschehen ist, darf der Mann wegen der Kinder nichts von der Mitgift zurückbehalten. (2.) Die Frau hat zwar die Scheidung verlangt, aber aufgrund eines Verschuldens des Mannes. (3.) Also darf der Mann nichts zurückbehalten.²³⁰ Diese Argumentationsweise weist folgendes Muster auf: (1.) Wenn α , dann β . (2.) Nun aber α . (3.) Also β ; sie geht auf das erste Axiom des Chrysipp zurück.²³¹

b) ex consequentibus

Auch Ciceros Beispiel zum Topos *ex consequentibus* stammt aus dem Dotalrecht:

Si mulier, cum fuisset nupta cum eo quicum conubium non esset, nuntium remisit; quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet.²³²

Eine Frau war mit einem Mann verheiratet, mit dem sie keine Ehe eingehen durfte, und hat ihm eine Mitgift gegeben. Aus der Verbindung sind Kinder hervorgegangen. Sodann hat sie dem Mann den Scheidungsbrief geschickt. In diesem Fall darf der Mann aus der Mitgift wegen gemeinsamer Kinder nichts einbehalten, obwohl die Initiative zur Scheidung von der Frau ausging.

Diese Lösung beruht darauf, dass eine *dos* im Rechtssinn nur zustande kommt, wenn eine vom *ius civile* anerkannte Ehe vorliegt.²³³ Voraussetzung für eine wirksame Ehe ist das Fehlen von Ehehindernissen. Es muss also das *conubium* gegeben sein; daran fehlt es etwa, wenn ein Ehegatte Sklave oder nicht römischer Bürger ist oder wenn ein Provinzialbeamter eine Provinzangehörige heiratet.²³⁴ Ein solcher Fall aber lag hier vor („quicum conubium non esset“). Dann bleibt das von der Frau Geleistete ihr Eigentum, das sie mit der *rei vindicatio* (oder gegebenenfalls mit einer *condictio*) heraus verlangen kann.²³⁵ Problem des

²³⁰ Gilardeau, Cicéron, 114–117 bemerkt hierzu, dass dieser Schluss nicht zwingend sei, weil auch der Scheidungsbrief der Frau Ursache für die Auflösung der Ehe geworden sei. Das ist sicher richtig; doch hängt die Lösung rechtlicher Fragen durch Deduktion immer von der Formulierung des Obersatzes und damit von Wertungen ab. Diese Wertung ist aber hier eindeutig.

²³¹ Frede, Stoische Logik, 131; Waldstein, SZ 92 (1975), 26, 39; Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 165, 187 (bei Fn. 148).

²³² Cíc. top. 20.

²³³ ULP. 63 ed. D. 23, 3, 3: „Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubi cumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.“ Dazu König, SDHI 29 (1963), 151, 152 f.; Volterra, iniustum matrimonium, in: St. Scherillo II, 441, 464; Buti, Index 27 (1999), 127, 128.

²³⁴ ULP. 32 Sab. D. 24, 1, 3, 1: „nuptiae non sunt.“ Zum *conubium* etwa Astolfi, Matrimonio, 57–64. Zu den Ehen von Amtsträgern in den Provinzen Dell’Oro, Il divieto, in: St. Biondi II, 523–540; Fayer, Familia, 401.

²³⁵ ULP. 31 Sab. D. 23, 3, 9 pr.: „... potero vindicare.“ Ob daneben eine *actio rei uxoriae* möglich war, ist fraglich, weil eine *dos* im Rechtssinn nicht vorliegt; s. dazu König, SDHI 29 (1963), 151, 152.

Falles ist, ob dem Mann in einem solchen Fall eine *retentio pro liberis* zusteht. Das wird verneint („pro liberis manere nihil“), weil die Kinder mit ihrem leiblichen Vater nicht verwandt sind („quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur“).²³⁶ Damit war eine Grundlage für das Zurückbehaltungsrecht nicht gegeben. Dass die Frau den Scheidungsboten geschickt hat, ist hier unerheblich, weil keine wirksame Ehe vorlag.²³⁷

Nach Cicero wird hier „aus den Folgen“ (*ex consequentibus*) argumentiert. Kennzeichnend für diese Schlussform (*modus secundus*) ist für ihn, dass der zweite Teil der Prämisse (*quod annexum est*) im Untersatz verneint und daraus die Verneinung des ersten Teils der Prämisse (*id quoque cui fuerit annexum*) gefolgert wird.²³⁸ Danach dürfte das Muster des Syllogismus wie folgt ausgesehen haben: (1.) Wenn α , dann β . (2.) Nun aber nicht β . (3.) Also auch nicht α ; das entspricht dem zweiten Axiom des Chrysipp.²³⁹

Dies eröffnet aber Probleme bei der Anwendung des Syllogismus auf den Beispielsfall. Denn am einfachsten erscheint es auf den ersten Blick, wie folgt zu argumentieren: (1.) Wenn die Frau in einer nicht anerkannten Ehe verheiratet war, steht dem Mann wegen der gemeinsamen Kinder kein Zurückbehaltungsrecht zu, selbst wenn die Frau die Scheidung verlangt hat. (2.) Hier war die Frau in einer nicht anerkannten Ehe verheiratet. (3.) Also gibt es kein Zurückbehaltungsrecht des Mannes. Das aber ist kein *secundus modus*, sondern ein *primus modus*.²⁴⁰ Der Schluss muss darum, wenn man nicht an einen Fehlgriff Ciceros bei der Auswahl des Beispiels glauben mag,²⁴¹ so formuliert werden, dass der zweite Teil der Prämisse verneint werden kann. Das ist wie folgt möglich: (1.) Wenn die Frau die Scheidung verlangt hat und dem Mann eine *retentio propter liberos* zustehen soll, dann muss zwischen ihr und dem Mann ein *conubium* bestanden haben. (2.) Nun hat aber dieses *conubium* nicht bestanden. (3.) Also steht dem Mann keine *retentio propter liberos* zu.²⁴² Ciceros zuvor formulierte These, dass die einzelnen Schlussformen in der juristischen Praxis austauschbar sind, bestätigt sich hier.

²³⁶ Auch eine Unterhaltspflicht des nicht ehelichen Vaters gegenüber dem Kind bestand nicht (ULP. 2 off. cons. D. 25, 3, 5, 6), ebenso kein Intestaterbrecht des Kindes nach dem leiblichen Vater (Kaser, RPR I, 352).

²³⁷ So auch Stiegler, Divortium, in: Mél. Sturm I, 431, 448.

²³⁸ Cic. top. 54: „... cum id quod annexum est negaris, ut id quoque cui fuerit annexum negandum sit, secundus is appellatur concludendi modus.“

²³⁹ Frede, Stoische Logik, 131; Reinhardt, Topica, 232; Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 165, 187 (bei Fn. 151).

²⁴⁰ Reinhardt, Topica, 235 f. unter Hinweis auf BOETH. in top. Cic. 2, 20.

²⁴¹ Das ist aber wenig wahrscheinlich, weil Cicero mit den Texten von Chrysipp vertraut war. Immerhin zitiert er Chrysipp in *De fato* nicht weniger als 19 Mal.

²⁴² So auch BOETH. in top. Cic. 2, 20.

c) ex repugnantibus

Um ähnliche Probleme wie in der *causa Curiana* geht es in dem Beispiel, das Cicero zur Veranschaulichung des Topos *ex repugnantibus* ausgewählt hat:

Si paterfamilias uxori ancillarum usum fructum legavit a filio neque a secundo herede legavit, mortuo filio mulier usum fructum non amittet. Quod enim semel testamento alicui datum est, id ab eo invito cui datum est auferri non potest. Repugnat enim recte accipere et invitum reddere.²⁴³

Ein Mann hat seinen minderjährigen Sohn zum Erben eingesetzt und für den Fall von dessen Tod vor der *pubertas* einen zweiten Erben berufen (Pupillarsubstitution); seiner Frau hat er in diesem Testament den Nießbrauch an seinen Sklavinnen²⁴⁴ durch Vindikationslegat²⁴⁵ vermacht. Dann ist der Sohn nach dem Vater, aber noch minderjährig verstorben. Nach Cicero darf die Frau das Legat auch nach dem Tod des *pupillus* behalten.²⁴⁶ Das Problem des Falles besteht darin, dass das Legat zugunsten der Ehefrau explizit nur zu Lasten des *pupillus*, nicht aber auch zu Lasten des Nacherben angeordnet wurde („legavit a filio neque a secundo herede legavit“).²⁴⁷ Die Lösung Ciceros kann auf unterschiedlichen Gründen beruhen:

(1.) Sie kann – ähnlich dem Fall der *causa Curiana* – auf dem mutmaßlichen Willen des Erblassers beruhen. Wenn er eine einheitliche Testamentsurkunde verfasst hat, entspricht es kaum seinem Willen, dass das Legat im Fall der Nacherbschaft nicht gelten sollte.²⁴⁸

(2.) Ferner kann Cicero die Auffassung vertreten haben, dass das Eigentum, das die Ehefrau kraft des Vindikationslegats erworben hatte, einer auflösenden Bedingung (Nacherbfall) nicht zugänglich sei. Dafür könnte der Rechtsgedanke sprechen, dass nach römischer Auffassung absolute Rechtspositionen grundsätzlich nicht auf Zeit verliehen werden können.²⁴⁹ Dies galt bekanntlich für die Er-

²⁴³ Cíc. top. 21.

²⁴⁴ Und zwar wohl der Sklavinnen, die der Frau schon zu seinen Lebzeiten dienten.

²⁴⁵ Wie hier *Finazzi*, Sostituzione, 64; anders anscheinend *Schmidlin*, Rechtsregeln, 200, der an eine Bestellung durch *in iure cessio* denkt, was nur bei Annahme eines Damnationslegats in Betracht käme. Aber gerade beim Nießbrauch war das Vindikationslegat gebräuchlich, s. PAUL. Vat. 47; *Kaser*, RPR I, 451.

²⁴⁶ Eingehend zu diesem Fall *Finazzi*, Sostituzione, 63–66.

²⁴⁷ So die herrschende Meinung, s. dazu *Watson*, Law of Succession, 57 f.; *Finazzi*, Sostituzione, 64 Fn. 12 mit weiterer Literatur; *Bayer*, Topica, 123. Zu einem Zusammenhang des Falles mit einer Restriktion der *lex Voconia Gilardeau*, Cícéron, 121–123.

²⁴⁸ In diesem Sinn wohl *Watson*, Law of Succession, 57; *Finazzi*, Sostituzione, 64–66, 394 f., der daran anknüpft, dass der Testator nicht explizit (weitere) Legate zu Lasten des Substituten angeordnet hat.

²⁴⁹ So etwa DIOCL. et CONST. Vat. 283: „si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit.“ Zu diesem Grundsatz und den Ausnahmen hiervon *Kaser*, RPR I, 258, 406, 688, zu Vat. 283 eingehend *Amelotti*, Donatio mortis

benstellung (*semel heres, semper heres*), es mag aber auch für dinglich wirkende Legate befürwortet worden sein. In diese Richtung könnte Ciceros Begründung weisen, wonach rechtmäßig erworbenes Eigentum dem Inhaber nicht gegen seinen Willen entzogen werden darf („repugnat enim recte accipere et invitum reddere“).²⁵⁰

Zur Methodik: Für Cicero handelt es sich hier um einen Schluss nach dem Topos *ex repugnantibus*, also nach dem dritten elementaren Syllogismus des Chrysipp, der folgende Struktur aufweist: (1.) Nicht sowohl α als auch β . (2.) Nun aber α . (3.) Also nicht β .²⁵¹ Nach dieser Vorgabe muss der Schluss im vorliegenden Fall wie folgt aussehen: (1.) Es ist nicht möglich, dass sowohl das Legat zu Lasten des Nacherben wirksam ausgesetzt und vom Legatar erworben worden ist (*recte accipere*) als auch der Legatar das Legat im Nacherbfall herausgeben muss (*invitum reddere*). (2.) Hier ist es wirksam erworben worden. (3.) Also muss es nicht herausgegeben werden (*aufferri non potest*). Denn für *ex repugnantibus* ist ja kennzeichnend, dass die Prämisse in zwei Teile gegliedert ist, die nicht zusammen gegeben sein können (1.) und dass dann der erste Teil der Prämisse bejaht wird (2.);²⁵² der Name *ex repugnantibus* beruht ja gerade darauf, dass sich der erste und der zweite Teil der Prämisse ausschließen.²⁵³

Deutlich wird hieraus zweierlei: Erstens ginge es auch hier einfacher mit dem *primus modus*: (1.) Wenn das Legat zu Lasten des Nacherben wirksam ausgesetzt und vom Legatar erworben worden ist, muss der Legatar es nicht herausgeben. (2.) Hier ist es wirksam erworben worden. (3.) Also muss es nicht herausgegeben werden. Auch hier sind also die einzelnen *modi* austauschbar. Zweitens wird auch hier wieder deutlich, dass allein mit dem Syllogismus das juristische Problem nicht lösbar ist: Denn dieser funktioniert nur, wenn zuvor geklärt ist, dass das

causa, 97–104 m.w.N. Nach *Watson*, *Law of Succession*, 57f. ist Ciceros These, dass einmal zu Recht erworbenes Eigentum nachträglich nicht entzogen werden dürfe, zu weit geraten; er erwägt aber auch eine Änderung des zur Zeit Ciceros geltenden Rechts in der Klassik.

²⁵⁰ Zu diesem Zusammenhang *Schmidlin*, *Rechtsregeln*, 200, der diesen Weg allerdings nicht für gangbar hält.

²⁵¹ *Frede*, *Stoische Logik*, 131; *Guzmán Brito*, *REHJ* 32 (2010), 165, 187 (bei Fn. 153). Eine andere Frage ist, ob in Ciceros Text der *modus tertius* korrekt beschrieben ist. Da Cicero den Topos *ex repugnantibus* – entgegen Chrysipp – auch auf mehr als zweigliedrige Prämissen anwenden will (top. 54: „aut plura“), ist dies fraglich, s. dazu eingehend *Frede*, *Stoische Logik*, 143 ff., 157 ff.; ebenso *Ehmer*, in diesem Band, 163. Auch *Bayer*, *Topica*, 148f. hat dies erkannt; seine Textwiedergabe trägt diesem Problem durch Streichung der Passage *aut plura* in Cic. top. 54 Rechnung. Da es in Ciceros Beispielsfall um eine nur zweigliedrige Prämisse geht und die Anwendung des Syllogismus darum korrekt ist, ist diese Frage hier nicht weiter zu vertiefen.

²⁵² Cic. top. 54: „cum autem aliqua coniuncta negaris et ex eis unum (aut plura, dazu näher soeben) sumpseris, ut quod relinquitur tollendum sit, is tertius appellatur conclusionis modus.“

²⁵³ So auch *Reinhardt*, *Topica*, 237. *Mette*, *ius civile*, 60, will dagegen hier keinen Fall von *ex repugnantibus*, sondern einen Fall von *ex contrario* annehmen.

Legat wirksam erworben worden ist. Das aber lässt sich nur durch Wertung bestimmen: Entweder muss der mutmaßliche Erblasserwille ermittelt werden oder man hält bei Vindikationslegaten eine (stillschweigende) auflösende Bedingung für unzulässig. Ohne diese spezifisch juristische Vorarbeit, die den Obersatz ergibt, ist der Syllogismus untauglich.²⁵⁴

9. ex (efficientibus) causis, ex effectis

Bei diesen beiden Topoi geht es um das Argumentieren mit Ursache und Wirkung. Cicero differenziert hier zunächst zwischen Ursachen, die zwangsläufig (*necessario*) eine bestimmte Folge bewirken (etwa: Blitzschlag in ein Schiff setzt dieses notwendig in Brand) und solchen, die nur eine *condicio sine qua non* für den Eintritt einer Folge darstellen (Existenz von Bronze als Ursache für die Entstehung einer Statue).²⁵⁵ Diese *divisio* und daran anschließende *subdivisiones* sowie weitere Differenzierungen, auf die hier nicht eingegangen werden kann,²⁵⁶ gehen auf Chrysipp zurück, sind also stoischer Provenienz.²⁵⁷

a) ex (efficientibus) causis

aa) In seinem „ersten Durchgang“ wählt Cicero hierzu ein kompliziertes Beispiel aus dem Nachbarrecht:

Omnibus est ius parietem directum ad parietem communem adiungere vel solidum vel fornicatum. Sed qui in pariete communi demoliendo damni infecti promiserit, non debet praestare quod fornix viti fecerit. Non enim eius vitio qui demolitus est damnum factum est, sed eius operis vitio quod ita aedificatum est ut suspendi non posset.²⁵⁸

Schon das Verständnis des Sachverhalts ist hier umstritten; vorzugswürdig erscheint die nachfolgende Deutung, weil sie zu Ciceros Lösung am besten passt:²⁵⁹ A und B haben eine gemeinsame Hausmauer (*paries communis*). Als B

²⁵⁴ Dazu treffend Waldstein, Topik, in: FG Herdlitzka, 237, 253: Prämissen können nur durch Intuition erkannt werden; in der Sache ebenso Giaro, SZ 105 (1988), 180, 242; mit Bezug auf den vorliegenden Fall Schmidlin, Rechtsregeln, 201 f.

²⁵⁵ Cic. top. 58; dazu Riposati, Topica, 130, 131 f.; Reinhardt, Topica, 321.

²⁵⁶ Dazu eingehend Riposati, Topica, 131–134; Bayer, Topica, 152–158; ferner Leesen, Gaius meets Cicero, 86–90.

²⁵⁷ So Cic. fat. 41: „Chrysippus ... causarum genera distinguit ... causarum enim“, inquit, „aliae sunt perfectae et principales, aliae adiuventes et proximae“; dazu auch Bayer, Topica, 152. Die stoische Provenienz erkennt hier auch Riposati, Topica, 137 an; doch vermutet er einen indirekten aristotelischen Einfluss. Dass das nicht von der Hand zu weisen ist, belegt ARIST. Rh. 1399a10.

²⁵⁸ Cic. top. 22.

²⁵⁹ Wie hier Watson, Law of Property, 142; Nörr, Cicero, Topica 4.22, in: Historiae iuris antiqui II, 1433, 1445–1449 (a. a. O. 1448 Fn. 57 mit Hinweis auf gleichlautende mündliche oder schriftliche Äußerungen von Kunkel und Frier); Rainer, SZ 105 (1988), 488, 493 f.; zu den abweichenden Deutungen Nörr a. a. O. 1147 f.

die Mauer einreißen (und wohl neu errichten) will, verspricht er dem A durch *cautio damni infecti*, die Schäden zu ersetzen, die diesem durch den Abriss entstehen würden. Bei dem Abriss nimmt eine rechtwinklig (*directus*) an den *paries communis* angebaute Gewölbemauer („ad parietem communem adiungere ... fornicatum“) des A Schaden.²⁶⁰ Nach Cicero muss B hierfür aus der *cautio* nichts leisten, weil der Schaden nicht auf dem Abbruch der gemeinsamen Mauer, sondern darauf beruht, dass die Gewölbemauer des A nicht hinreichend tragfähig errichtet war („non enim eius vitio qui demolitus est damnum factum est, sed eius operis vitio quod ita aedificatum est ut suspendi non posset“).

Nach modernem Verständnis läge es hier nahe, ein Kausalitätsproblem zu vermuten. Doch wäre dann Ciceros Argumentation wenig überzeugend; vor dem Abriss des *paries communis* war ja die Gewölbemauer des A standfest gewesen,²⁶¹ so dass eine Kausalität (im Sinn einer *condicio sine qua non*) hier kaum zu leugnen ist. Darum dürfte es näher liegen, die Begründung der Lösung im Bereich der Zurechnung (in Rom: *iniuria* bzw. *culpa*) zu suchen.²⁶²

(1) Und hier finden sich Anhaltspunkte:²⁶³ So hat Trebaz, dem Cicero die *Topica* gewidmet hat, eine Inanspruchnahme aus der *cautio damni infecti* für ausgeschlossen erachtet, wenn der *promissor*, hier also B, bei der Errichtung seines Werks rechtmäßig gehandelt hatte.²⁶⁴ Dies wiederum könnte sich daraus ergeben, dass B sich auf die Haltbarkeit des *fornix* des A verlassen durfte; ein solches schutzwürdiges Vertrauen konnte daraus entstehen, dass Anbauten an den *paries communis* nur dann als statthaft angesehen wurden, wenn sie auch nach Abriss des *paries communis* standfest waren und dessen Reparatur nicht behinderten.²⁶⁵ Das passt zu Ciceros Begründung („damnum factum est ... eius operis vitio quod ita aedificatum est ut suspendi non posset“). Im Übrigen war es schon zur Zeit Ciceros anerkannt,²⁶⁶ dass Ansprüche aus einer *cautio damni infecti* nicht in Be-

²⁶⁰ Zum *paries fornicatus* eingehend Nörr, Cicero, *Topica* 4.22, in: *Historiae iuris antiqui* II, 1433, 1441 f.; zum Anbauen an einen *paries communis* Jiménez Salcedo, *Vecindad*, 54 Fn. 124.

²⁶¹ Vorsichtig darum wohl auch die Wortwahl bei Mette, *ius civile*, 62: „aitiologische Beziehung“.

²⁶² Zu Kausalitätserwägungen, hinter denen sich als *causa remota* Wertungen verstecken, im Zusammenhang mit der *cautio damni infecti* (ALF. 2 dig. D. 39, 2, 43, 1 f.) Backhaus, *Casus perplexus*, 26–31. Zu diesem Fall auch Ehmer, in diesem Band, 167 f.

²⁶³ Zum Folgenden Nörr, Cicero, *Topica* 4.22, in: *Historiae iuris antiqui* II, 1433, 1454 f.

²⁶⁴ ULP. 23 ed. D. 39, 2, 24, 12: „... ait Trebatius non teneri me damni infecti: neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum.“

²⁶⁵ PAUL. 6 Sab. D. 8, 2, 19, 1: „Iuxta communem parietem cameram ex figlino opere factam, si ita retineatur, ut etiam sublato pariete maneat, si modo non impediatur refectio communis parietis, iure haberi licet.“

²⁶⁶ ULP. 23 ed. D. 39, 2, 24, 4, wo Servius, der Zeitgenosse und Freund Ciceros spricht.

tracht kamen, wenn der Gläubiger durch Immissionen vom Nachbargrundstück geschädigt wurde, die durch höhere Gewalt verursacht waren.²⁶⁷ Hieraus kann man *a fortiori* folgern, dass vom Gläubiger (mit-)verursachte Schäden die Leistungspflicht aus der *cautio* erst recht nicht auslösen durften.

(2) Zudem liegt nicht fern, dass Cicero hier an die Regeln für eine Mitverantwortlichkeit des Verletzten bei deliktischer Sachbeschädigung (*actio legis Aquiliae*) gedacht hat.²⁶⁸ Dieses Problem haben die Juristen dadurch gelöst, dass eine Schadensersatzpflicht verneint wurde, wenn (auch) dem Verletzten ein Verschulden²⁶⁹ oder zumindest ein sich selbst gefährdendes Verhalten²⁷⁰ zur Last zu legen war.²⁷¹ Dabei galt das Prinzip eines „entweder/oder“;²⁷² eine Schadensteilung wie etwa in § 254 BGB schied wohl aus prozessualen Gründen aus.²⁷³ Der mitverantwortliche Verletzte blieb also auf dem ganzen Schaden sitzen. Auch dies passt zu Ciceros Begründung, wonach die Beschädigung der Gewölbemauer darauf beruhe, dass sie nicht solide genug gebaut gewesen sei, um den Abriss des *paries communis* zu überstehen; sie fügt sich damit auch nahtlos in die stoisch geprägte Systematik Ciceros ein (keine *condicio*, die *necessario* wirkt, sondern bloße *condicio sine qua non* als *causa*). Schließlich ist auch davon auszugehen, dass Cicero mit dieser deliktsrechtlichen Problematik gut vertraut war: Der „Speerwerfer-Fall“, auf dem die Lehre von der alternativen Verantwortlichkeit der Beteiligten beruht, wurde schon seit dem 5. Jh. v. Chr. diskutiert (sog. Fall des Antiphon von Ramnos). Es handelte sich also um eine *cause célèbre*, die in den Rhetorikschulen diskutiert wurde und wohl auf diesem Weg in die juristische Fachdiskussion gelangt ist.²⁷⁴

²⁶⁷ Dazu etwa ULP 63 ed. D. 39, 2, 24, 3–5.

²⁶⁸ Im Ansatz für ein solches *argumentum a simile* auch Nörr, Cicero, Topica 4.22, in: *Historiae iuris antiqui* II, 1433, 1455 unter Hinweis auf die Behandlung der *cautio* und der *actio legis Aquiliae* im selben Buch der *Digesten* Alfens.

²⁶⁹ So von Lübtow, *Lex Aquilia*, 106–109; Visky, RIDA 26 (1979), 475, 495, 497; Wacke, Index 19 (1991), 359, 361 f., 363 f.; Zimmermann, *Obligations*, 1011; Van Dongen, *Contributory Negligence*, 54–72 mit Rezension Knütel, Index 44 (2016), 353–355; Cursi, Index 47 (2019), 165, 179–181, zusammenfassend 191–194; Medina Villanueva, REHJ 41 (2019), 69–86; weitere Nachweise bei Wollschläger, SZ 93 (1976), 115, 131 Fn. 86 und Cursi, a. a. O. 165 Fn. 1 und 179 Fn. 48.

²⁷⁰ Dazu Wollschläger, SZ 93 (1976), 115, 124–135.

²⁷¹ Dazu ULP 18 ed. D. 9, 2, 9, 4 („Speerwerferfall“) sowie h. t. 11 pr. („Barbierfall“). Ferner POMP. 8 Q. Muc. D. 50, 17, 203: „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire“; ebenso I. 4, 3, 4. Zu diesen (und weiteren) Fällen Cursi, Index 47 (2019), 165, 182–191.

²⁷² So auch richtig Wollschläger, SZ 93 (1976), 115, 127; Wacke, SZ 106 (1989), 469, 486; Reinoso Barbero, Index 21 (1993), 489, 499, alle mit Bezug auf ULP 18 ed. D. 9, 2, 9, 4.

²⁷³ Dazu Wollschläger, SZ 93 (1976), 115, 135 unter Hinweis auf die Formel der *lex Aquilia*.

²⁷⁴ Zu alledem eingehend Wollschläger, SZ 93 (1976), 115, 128–131. Zu weiteren „precedentes griegos“ Reinoso Barbero, Index 21 (1993), 489–517.

bb) Im Rahmen seiner „Vertiefung“ kommt Cicero dann nochmals auf das Thema „Ursachen“ zu sprechen.²⁷⁵ Seine Ausführungen hierzu haben allerdings nur teilweise Bezug zum Recht, so etwa der knappe Hinweis auf den 12-Tafel-Satz „si telum manu fugit magis quam iccit“,²⁷⁶ der als Beispiel für unbewusste und willentliche Verursachung benannt wird.²⁷⁷

Im Übrigen soll *ex causis* nach Cicero den Rednern und den Philosophen zahlreiche, den Juristen dagegen eher subtile Argumentationsansätze eröffnen.²⁷⁸ Diese Bemerkung nutzt Cicero zu einem Exkurs, in dem unter Hinweis auf die Kategorien *dolus malus*, *fides bona* und *aequum bonum* die Bedeutung der *iuris consulti* hervorgehoben wird.²⁷⁹ Das ist zunächst gewiss eine Reverenz an Trebaz, dem die Schrift gewidmet ist. Auch ist fraglos der Umgang mit Generalklauseln wie *dolus malus* oder *bona fides* eine Aufgabe, die vom Juristen in besonderem Maß Erfahrung und Fingerspitzengefühl (*subtilitas*) erfordert. Ein inhaltlicher Bezug dieser Ausführungen zum Thema „Ursache und Wirkung“ ist aber hier nur schwer zu erkennen.²⁸⁰ Okko Behrends hat ihn darin gesehen, dass Wertbegriffe wie *dolus malus*, *bona fides* und *aequum bonum* von den Stoikern – und in ihrem Gefolge auch von den römischen Juristen – mit dem Begriff *causa* bezeichnet wurden;²⁸¹ Cicero hätte dann auch hier die Nähe von Philosophie und Recht hervorgehoben.²⁸² Letztlich muss das aber Spekulation bleiben.

b) ex effectis

Für diesen Topos greift Cicero einmal mehr auf ein Beispiel aus dem Eherecht zurück:

Cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine.²⁸³

Zwar nicht durch die Eheschließung, wohl aber mit einer *conventio in manum* geht die Frau in die *manus* des Mannes über; sie nimmt in der Familie des Mannes den Platz einer Tochter ein.²⁸⁴ Darum wird auch alles, was in ihrem Eigen-

²⁷⁵ Cic. top. 58–67.

²⁷⁶ XII tab. 8, 11; das Problem war noch in der Spätclassik aktuell, s. MARCIAN. 2 publ. iudic. D. 48, 19, 11, 2.

²⁷⁷ Cic. top. 64.

²⁷⁸ Cic. top. 65: „Toto igitur loco causarum explicato, ex earum differentia in magnis quidem causis vel oratorum vel philosophorum magna argumentorum suppetit copia; in vestris autem si non uberior, at fortasse subtilior.“

²⁷⁹ Cic. top. 65 f.

²⁸⁰ Kritisch darum auch Reinhardt, Topica, 322: „rather misplaced praise of jurisprudence.“

²⁸¹ Behrends, Gesetz, in: Nomos, 135, 221–225.

²⁸² So auch in anderem Zusammenhang Harries, Cicero, 130 f.: „... making the jurist into a quasi-philosopher.“

²⁸³ Cic. top. 23.

²⁸⁴ GAI. 1, 111 und 113.

tum stand, mit dieser *conventio* zum Eigentum des Mannes, das von Cicero in Einklang mit dem juristischen Sprachgebrauch²⁸⁵ als *dos* bezeichnet und damit wohl auch deren Regime unterworfen wird.²⁸⁶

Methodisch steht *ex effectis* dem Topos *ex causis* natürlich nahe.²⁸⁷ Der Unterschied besteht wohl nur darin, dass hier die Wirkung (*effectus*) der *conventio in manum* (Verlust der Vermögensfähigkeit der Frau) den Ansatzpunkt für die Argumentation bildet, während es bei *ex efficientibus* die fehlende Zurechenbarkeit und damit die *causa* war. Zudem weisen *ex causis* und *ex effectis* Bezüge zu den „dialektischen“ Topoi auf (*ex antecedentibus* etc.); denn auch Argumente *ex causis* und *ex effectis* können seiner Ansicht nach zwingend sein (*necessario*). Das mag Cicero bewogen haben, diese „halb zwingenden“ Topoi im Anschluss an die „immer zwingenden“ Schlussformen zu behandeln.²⁸⁸

10. *ex comparatione*

Dieser Topos enthält nach Cicero drei Argumentationsmuster: Er erlaubt den Schluss (a)) vom Größeren auf das Kleinere (*argumentum a maiore ad minus*),²⁸⁹ (b)) vom Kleineren auf das Größere (*argumentum a minore ad maius*) und (c)) von Gleichem auf Gleiches (*argumentum a simile*). Diese Struktur findet sich schon bei Aristoteles.²⁹⁰

a) Für *a maiore ad minus* benennt Cicero ein Beispiel aus dem Nachbarrecht:

Quod in re maiore valet valeat in minore, ut si in urbe fines non reguntur, nec aqua in urbe arceatur.²⁹¹

Wenn es zutrifft, dass bei in einer Stadt belegenen Grundstücken die *actio finium regundorum* nicht stattfindet, ist dort erst recht keine *actio aquae pluviae arcendae* statthaft.²⁹² In engem Zusammenhang hiermit stehen die Ausführungen

²⁸⁵ PAUL. Vat. 115. Dazu Kaser, RPR I, 80 und Fn. 36.

²⁸⁶ Zu *dotis nomine Astolfi*, Matrimonio, 198, 467; zur geschichtlichen Entwicklung Fayer, Familia, 205 f.

²⁸⁷ Statt Vieler *Riposati*, Topica, 129, 135 f.

²⁸⁸ Ähnlich Ehmer, in diesem Band, 165, der annimmt, Cicero sei sich bei der systematischen Verortung der Topoi *ex causis* und *ex effectis* sowie *ex comparatione* nicht sicher gewesen und habe sie darum am Schluss behandelt.

²⁸⁹ Zu dem mit *a maiore ad minus* verwandten, in den juristischen Quellen mehrfach verwendeten Topos *in maiore minus inest* Backhaus, SZ 100 (1983), 135–184.

²⁹⁰ S. nur ARIST. Top. 115a25–115b30; ARIST. Rh. 1397b10 ff.; dazu Mette, ius civile, 56; Reinhardt, Topica, 247 f.; Otte, Cicero, in: FS Behrends, 445, 450 f. Zu weiteren Quellen bei Aristoteles *Riposati*, Topica, 141–143.

²⁹¹ Cic. top. 23. Zu *ex comparatione* bei Cicero und Gaius Buchwitz, in diesem Band, 242 f.

²⁹² Für einen Bezug auf die beiden Klagen auch das überwiegende Schrifttum (Watson, Rodger, Kacprzak). Anders aber Bayer, Topica, 19, der wörtlich übersetzen will: „Wenn in einer Stadt keine Grundstücksgrenzen abgesteckt sind, kann in ihr auch die

in Cic. top. 43, wo es ebenfalls um das Verhältnis dieser beiden nachbarrechtlichen Klagen zueinander geht. Cicero hatte dort im Wege einer Analogie (*ex similitudine*) befürwortet, dass eine *actio aquae pluviae arcendae* ebenso wie eine *actio finium regundorum* nur bei Streitigkeiten zwischen den Eigentümern von *praedia rustica* statthaft sei und dass darum auch nur in diesem Fall eine Entscheidung durch einen *arbiter* in Betracht komme; bei Streitigkeiten *in urbe* sei der *arbiter* nicht zuständig.²⁹³

Diesen Fall greift Cicero hier auf, allerdings ohne Bezugnahme auf den *arbiter*: Ebenso wie die *actio finium regundorum* („si in urbe fines non reguntur“) ist auch die *actio aquae pluviae arcendae* („nec aqua in urbe arceatur“) bei Streitigkeiten *in urbe* nicht einschlägig. Dass Cicero beide Fälle gleich behandelt wissen will, ist nach seiner Stellungnahme im *arbiter*-Fall nicht verwunderlich. In methodischer Hinsicht erstaunt aber auf den ersten Blick, dass er den Schluss von der Unzulässigkeit der *actio finium regundorum in urbe* auf die der *actio pluviae arcendae in urbe* in top. 43 dem Topos *ex similitudine* zugeordnet hatte, während er nun ein *argumentum a maiore ad minus* befürwortet, das dem Topos *ex comparatione* zuzuordnen ist. Zwei Deutungen erscheinen hier diskutabel:

aa) In top. 43 ging es um die Schlichtungskompetenz des *arbiter*; diese wurde sowohl bei der *actio finium regundorum* als auch bei der *actio aquae pluviae arcendae* bei Streitfällen *in urbe* weniger benötigt als auf dem Land; insoweit waren beide Fälle gleich gelagert. Hier geht es dagegen darum, ob aus der Unzulässigkeit der *actio finium regundorum* auf die Unanwendbarkeit der *actio aquae pluviae arcendae* geschlossen werden darf. Insoweit aber erscheint auch ein Rekurs auf das *argumentum a maiore ad minus* plausibel.²⁹⁴ Denn die juristischen Quellen lassen erkennen, dass Grenzverletzungen ausnahmsweise auch *in urbe* vorkommen konnten;²⁹⁵ für die *actio aquae pluviae arcendae* sind dagegen Fälle *in urbe* nicht überliefert – wohl schon darum, weil für diese Fälle eine *actio negotiorum* zur Verfügung stand.²⁹⁶ Wenn bei diesem Befund die *actio finium regun-*

Regenwassereinleitung nicht verwehrt werden“. Danach ist aber der Bezug zum *argumentum a maiore ad minus* kaum mehr erklärbar.

²⁹³ Dazu näher oben S. 75–77.

²⁹⁴ Anders Watson, *Law of Property*, 173; Kacprzak, *Logica*, 287–289 mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Zwecke der beiden Klagen, die eine Argumentation *ex similitudine* und *a maiore ad minus* ausschlossen. Ähnlich wie hier, aber allgemeiner Otte, Cicero, in: FS Behrends, 445, 452: Die *actio finium regundorum* ist „stärker“, weil es dort um das Eigentum geht und bei der *actio aquae pluviae arcendae* „nur“ um dessen Beeinträchtigung.

²⁹⁵ PAUL. 23 ed. D. 10, 1, 4, 10. Ähnlich auch Mette, *ius civile*, 62 (*maius-minus-Beziehung*). Zur unterschiedlichen Behandlung der *actio finium regundorum* bei Cicero einerseits und Paulus andererseits Sargenti, *Actio aquae pluviae*, 22 und Fn. 1.

²⁹⁶ So ULP. 53 ed. D. 39, 3, 1, 17.

dorum in urbe gleichwohl ausgeschlossen war,²⁹⁷ so muss dies für die *in urbe* noch weniger benötigte *actio aquae pluviae arcendae* „erst recht“ gelten. Dabei geht es hier genau genommen nicht um einen „Erst-recht-Schluss“, sondern um einen „Erst-recht-nicht-Schluss“,²⁹⁸ hierauf wird sogleich zurück zu kommen sein.

bb) Mag man sich mit diesem Gedankengang nicht anfreunden, könnte man bei der strukturellen Nähe von *ex similitudine* und *a maiore ad minus* ansetzen.²⁹⁹ Schon Aristoteles hat erkannt, dass eine Argumentation *ex similitudine* umso überzeugender wirkt, je größer die Akzeptanz der Aussage ist, die die Basis der Analogie bildet.³⁰⁰ In vielen *argumenta ex similitudine* steckt darum unausgesprochen ein *argumentum a maiore ad minus*. Nur dies lässt es auch verständlich erscheinen, dass nach Cicero im Topos *ex comparatione* auch ein Vergleich von Gleichem möglich ist (*parium comparatio*). Vor diesem Hintergrund aber erscheint es nicht fernliegend, dass es Cicero hier gerade darum ging, durch die Gegenüberstellung der Fälle aus top. 43 und 23 den Blick der Leser auf die Nähe von *ex similitudine* bzw. *parium comparatio* zu *a maiore ad minus* zu lenken. Dies würde auch zu Ciceros mehrfach angesprochener prozessualer Orientierung passen:³⁰¹ Je nach Prozesslage kann der Anwalt entweder offensiv zu *a maiore ad minus* oder eher zurückhaltend zu *ex similitudine* greifen.

b) Für den umgekehrten Fall des *argumentum a minore ad maius* begnügt Cicero sich mit der knappen Bemerkung, man könne das Beispiel zum *argumentum a maiore ad minus* „umdrehen“ (*convertere*).³⁰² Wie er das gemeint hat, führt er nicht näher aus. Sinn macht jedoch diese *versio* nur, wenn man den „Erst-recht-nicht-Schluss“ im soeben erörterten Fall durch einen „Erst-recht-Schluss“ ersetzt³⁰³: Wenn schon die weniger benötigte *actio aquae pluviae arcendae in urbe* zuzulassen sein sollte, dann müsste dies für die *actio finium regundorum* erst recht gelten.³⁰⁴

²⁹⁷ In der Spätclassik wurde aus diesem Befund die (abweichende) Konsequenz gezogen, in derartigen Fällen ausnahmsweise die *actio finium regundorum in urbe* zuzulassen, so PAUL. 23 ed. D. 10, 1, 4, 10: „... et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.“ Nach Cíc. top. 23 hatte diese Option im 1. Jh. v. Chr. offenbar noch nicht bestanden.

²⁹⁸ Otte, Cicero, in: FS Behrends, 445, 452.

²⁹⁹ Dazu Kacprzak, Logica, 287.

³⁰⁰ ARIST. Rh. 1398b20–30 mit mehreren Beispielen.

³⁰¹ Oben S. 66 f. (*ex partibus*), S. 70–72 (*ex forma generis*) und S. 84–87 (*ex adiunctis*).

³⁰² Cíc. top. 23: „Item contra: Quod in minore valet, valeat in maiore.“ *Riposati*, Topica, 138, schlägt hier folgende Abwandlung vor: „si igitur in urbe aqua non arceatur, ne fines quidem in urbe regantur“ (zweifelhaft).

³⁰³ Dazu schon ARIST. Top. 115a5–10.

³⁰⁴ So auch Otte, Cicero, in: FS Behrends, 445, 452.

c) In der dritten Variante von *ex comparatione* wird Gleiches mit Gleichem verglichen. Als Beispiel hierfür benennt Cicero das Problem der Ersitzungsfrist bei Gebäuden:

Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus. Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.³⁰⁵

Die Ersitzungsfrist für Grundstücke beträgt nach dem 12-Tafel-Gesetz (*lege*) zwei Jahre. Dies muss auch für die Ersitzung von Gebäuden gelten, weil die *aequitas* in gleich gelagerten Fällen eine gleiche Rechtslage fordert („valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat“).³⁰⁶ Aber auch die *ratio dubitandi* wird von Cicero angesprochen: Die Gebäude werden im 12-Tafel-Gesetz nicht benannt, und das könnte einen Umkehrschluss nahelegen („at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus“).³⁰⁷ Ciceros Lösung, die diesen Umkehrschluss verwirft, entspricht weitgehend dem Meinungsstand unter den Juristen, wie er bei Gaius überliefert ist.³⁰⁸ Ein Unterschied zwischen beiden Texten besteht aber insoweit, als Gaius die Erstreckung der Zweijahresfrist auf Gebäude fälschlich bereits dem 12-Tafel-Gesetz selbst zuordnet; das weiß Cicero wegen der geringeren zeitlichen Distanz besser.³⁰⁹

Methodisch zeigt das Beispiel erneut, dass Ciceros Topoi nicht eindeutig voneinander abzugrenzen sind. Denn die Fälle des Vergleichs von Gleichem mit Gleichem hätten sich auch beim Topos *ex similitudine* statt bei *ex comparatione* verorten lassen.³¹⁰ Zudem lässt der Fall die möglichen Grenzen erkennen, die einer Analogie durch bestehende Normen gezogen sein können, aber auch die Chance, mit einer solchen Analogie diese Grenzen zu überschreiten.³¹¹

C. Topoi qui adsumuntur extrinsecus

Diese Topoi betreffen nach Ciceros Bekunden vorwiegend Fragen der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung;³¹² für Rechtsfragen geben sie nur wenig

³⁰⁵ Cic. top. 23.

³⁰⁶ So auch *Riposati*, *Topica*, 138 und Fn. 1; *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961), 221, 227. Dass das auf der aristotelischen ἐπιχειρήματα beruht (so *Mette*, *ius civile*, 56), liegt nicht fern.

³⁰⁷ Dazu *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961), 221, 228–233.

³⁰⁸ GAI. 2, 42: „Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.“

³⁰⁹ So deutlich Cic. Caec. 54: „Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium; at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur“; s. dazu auch *Nicosia*, AUPA 59 (2016), 303, 310 f. Der Grund für diese Erstreckung (*aequitas*) ergibt sich aus top. 23. Zur historischen Entwicklung nach dem 12-Tafel-Gesetz und ihren ökonomischen und sozialen Hintergründen *Franciosi*, SDHI 69 (2003), 127–147.

³¹⁰ Zur Analogie hier auch *Nicosia*, AUPA 59 (2016), 303, 311 Fn. 30.

³¹¹ Dazu *Wieacker*, RRG I, 628.

³¹² Cic. top. 73: „Haec ergo argumentatio, quae dicitur artis expers, in testimonio posita est. Testimonium autem nunc dicimus omne quod ab aliqua re externa sumitur ad

her.³¹³ Auch juristische Beispielsfälle finden sich hier kaum. Darum wird dieser Teil der *Topica* nicht näher betrachtet.

D. Fazit

I. Zweck der *Topica*

1. Die Durchsicht der Beispielsfälle in Ciceros *Topica* hat zunächst gezeigt, dass das Werk sich in erster Linie an Personen richtet, die juristische Fragen bearbeiten³¹⁴; es soll – wie es Wieacker treffend formuliert hat – die in Philosophie und Rhetorik beheimatete *ars inveniendi* diesem Personenkreis „mundgerecht“ gemacht werden.³¹⁵ Die Widmung des Werks an den Juristen Trebaz und mehrere Äußerungen Ciceros in den *Topica* bestätigen das.³¹⁶ Bestätigt wird dieser Befund schließlich auch durch die Fallbeispiele, die im ersten Teil (top. 8 bis 71) fast durchgängig aus dem Bereich des Rechts stammen.³¹⁷ Inwieweit es sich dabei um Material handelt, das Schriften des Trebaz entnommen war,³¹⁸ muss freilich offen bleiben.

2. Noch deutlicher wird dieser Bezug zum Recht, wenn man die *Topica* mit früheren Schriften Ciceros vergleicht.³¹⁹ Das gilt insbesondere für *De oratore*.

faciendam fidem.“ Hierher gehört auch das Argumentieren mit (juristischen) Autoritäten, s. dazu Cic. top. 24 (Hinweis auf Quintus Mucius Scaevola).

³¹³ Cic. top. 72: „... nihil omnino ad vestras disputationes pertinent.“ S. auch top. 51: „Est igitur magna ex parte locus hic oratorius non modo non iuris consultorum, sed ne philosophorum quidem.“

³¹⁴ So auch Crifò, Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113, 114, 127 = Ex iure, in: St. Esposito II, 1103, 1117; Buchwitz, in diesem Band, 244. Noch weitergehend Bayer, *Topica*, 158: Bildung einer Trias der geistigen Eliten zusammen mit den Philosophen und den Rednern. Mit etwas anderem Akzent Reinhardt, *Topica*, 61, wonach auch die Redner angeregt werden sollen, sich mit juristischen Fragen zu beschäftigen.

³¹⁵ Wieacker, RRG I, 628. Ähnlich Harries, Cicero, 126 f. („Ciceros most legally orientated treatise on rhetoric“); dies., Law in Cicero, in: Cambridge Companion, 107, 111, 130 f. („making the jurist into a quasi-philosopher“); Leesen, Gaius meets Cicero, 34 f.; Thomas, A Barzunesque View, in: Cicero’s Law, 11, 20 („definitive text-book of legal methodology“); Baier, in diesem Band, 37–42: Einbringung der Philosophie in die Kunst der Gerichtsrede.

³¹⁶ Cic. top. 66: „Licebit igitur diligenter cognitis argumentorum locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare.“ Besonders deutlich top. 72: „Sed quoniam ita a principio divisimus, ut alios locos diceremus in eo ipso de quo ambigitur, haerere, de quibus satis est dictum, alios adsumi extrinsecus, de eis pauca dicamus, etsi ea nihil omnino ad vestras disputationes pertinent.“ S. ferner top. 73: „artis experts“.

³¹⁷ Knapp und treffend hierzu Raggi, *Metodo*, 73; s. ferner Crifò, Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113, 114, 117 f. = Ex iure, in: St. Esposito II, 1103, 1107 f.

³¹⁸ So Crifò, Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113, 127–134 = Ex iure, in: St. Esposito II, 1103, 1117–1124.

³¹⁹ Dort wird das Thema „Topik“ zwar ebenfalls diskutiert, aber ohne spezifischen Bezug auf die Jurisprudenz. So werden einige der oben vorgestellten Topoi von Cicero

Cicero präsentiert hier gleich zwei unterschiedliche Ansätze zu einer Systematisierung der Topoi; den ersten legt er im zweiten Buch von *De oratore*³²⁰ dem berühmten Redner Marcus Antonius in den Mund,³²¹ den zweiten im dritten Buch³²² dem nicht minder prominenten Lucius Licinius Crassus.³²³ Von besonderem Interesse ist hier der Ansatz des Antonius.³²⁴ Hier wird zunächst die auf Aristoteles beruhende Differenzierung zwischen Topoi *extrinsecus* und Topoi *qui haerent in rei natura* getroffen.³²⁵ Bei Letzteren werden vier Untergruppen unterschieden, nämlich (1.) *si res tota quaeritur* mit dem Hauptfall *definitio*, (2.) *ex partitione*, (3.) *ex vocabulo* (Etymologie) und schließlich (4.) *ab eo, quod rem attingit*.³²⁶ Beim letztgenannten Topos bildet Cicero dann 13 weitere *subspecies*,³²⁷ innerhalb derer zwar keine explizite Systematik, wohl aber eine gewisse Gruppenbildung erkennbar wird. Am Anfang stehen hier Topoi, die zwar eine Schlussfolgerung ermöglichen, aber auch der zuvor behandelten *definitio* und ihren speziellen Ausprägungen nahe stehen (*ex coniunctis*, *ex genere*, *ex partibus generibus subiectis*).³²⁸ Es folgen die „induktiven“ (*ex similitudine*, *ex dissimilitudine*, *ex contrario*, *ex consentaneis*)³²⁹ und danach die „deduktiven“ Schlussformen (*ex consequentibus*, *ex praecurrentibus*, *ex repugnantibus*).³³⁰ Am Ende³³¹

schon im Jugendwerk *De inventione* behandelt (*a genere, a formis, a similitudine, a differentia, a contrariis, ab adiunctis, a comparatione maiorum, minorum, parium*), s. dazu Cic. inv. 1, 41 f.; dazu Reinhardt, *Topica*, 213 f. Dasselbe gilt für die *Partitiones oratoriae* aus 54 v. Chr., s. Cic. part. 7.

³²⁰ Cic. de orat. 2, 163 ff.

³²¹ 143–87 v. Chr., zur Person *Hanslik*, Der kleine Pauli I, Sp. 410, s. v. Antonius.

³²² Cic. de orat. 3, 113.

³²³ 140–91 v. Chr., zur Person *Hausmaninger*, Der kleine Pauli I, Sp. 1329, s. v. Crassus.

³²⁴ Auch das System „Crassus“ hat – wenngleich weniger signifikant – Eingang in die *Topica* gefunden. Das gilt vor allem für die Gewinnung von Erkenntnis durch Mutmaßung (*coniectura*), Begriffsbestimmung (*definitio*) und Schlussfolgerung (*consecutio*); s. dazu Cic. de orat. 3, 113. Diese drei Wege zur Erkenntnis sind Antworten auf die in der Rhetorik gebräuchliche Fragentrias „sitne?, quid sit?, quale sit?“, die sich sowohl bei Hermagoras als auch bei Quintilian findet; zu Hermagoras *Guzmán Brito*, REHJ 32 (2010), 165, 183 f.; *Leesen*, Gaius meets Cicero 36–38; *Dänzer*, in diesem Band, 225 und Fn. 76 zu QUINT. inst. 3, 6, 44 mit Hinweis auf Ciceros *De oratore*. Und eben diese Trias aus *De oratore* findet sich auch in den *Topica*; s. dazu Cic. top. 82 und 92.

³²⁵ Cic. de orat. 2, 163.

³²⁶ Cic. de orat. 2, 164 f.

³²⁷ Cic. de orat. 2, 164–172.

³²⁸ Cic. de orat. 2, 167 f.

³²⁹ Cic. de orat. 2, 167–169. Hier ist Cicero bei der Aufzählung wohl ein Lapsus unterlaufen, indem er den Topos *ex consentaneis* innerhalb der zwingenden Schlussformen darstellt, während der eigentlich hierher gehörige Topos *ex consequentibus* im Zusammenhang mit *ex similitudine* behandelt wird.

³³⁰ Cic. de orat. 2, 170 f.

³³¹ Cic. de orat. 2, 171 f.

stehen Schlüsse, die nach Cicero Mischformen sind (*ex causis*, *ex effectis* und wohl auch *ex comparatione*).³³²

Ein Blick auf die *Topica* zeigt, dass Cicero dieses Modell fast 1:1 dorthin übernommen hat.³³³ Es gibt nur einen gravierenden Unterschied zwischen beiden Texten: In den *Topica* von 44 v. Chr. verwendet Cicero fast nur juristische Beispiele, in der etwa zehn Jahre älteren Schrift *De oratore* dagegen nur nichtjuristische. Das zeigt zum Einen, dass das in *De oratore* entwickelte (oder aus anderen rhetorischen Schriften übernommene) System der Topoi ursprünglich für die Rhetorik gedacht war. Mit den *Topica* wollte Cicero dann aber – anders als noch in *De oratore* – eine Brücke bauen, über die philosophisches und rhetorisches Gedankengut auch in die Rechtswissenschaft gelangen konnte.³³⁴ Dass den juristischen Fallbeispielen dabei zentrale Bedeutung zukommen musste, ist evident; sie waren der Katalysator, der einen solchen Wissenstransfer plausibel erscheinen lassen konnte.³³⁵

II. Adressaten der *Topica*

Im Bereich der Jurisprudenz will das Werk eine Vielzahl von Adressaten ansprechen.³³⁶ Im Vordergrund steht dabei sicher der Gerichtsredner, der wie Cicero selbst und die meisten seiner Kollegen neben den rhetorischen Fähigkeiten auch über Rechtskenntnisse verfügen muss; damit berühren sich an dieser Stelle Redekunst und Jurisprudenz.³³⁷ Dasselbe gilt natürlich für den anwaltlichen

³³² Für *ex causis* und *ex effectis* sagt Cicero dies explizit in top. 60: „causa efficiens aliquid necessario“ einerseits und „causa, ut in ea non sit efficiendi necessitas“ andererseits. Für *ex comparatione* kann das immerhin vermutet werden; vielleicht hatte Cicero hier aber auch Zweifel an der Einordnung, s. dazu Ehmer, in diesem Band, 165.

³³³ Geringfügige Abweichungen finden sich nur in der Bezeichnung der Topoi. So heißen die Topoi *ex eis rebus, quae quodam modo adfectae sunt ad id, de quo quaeritur* in den *Topica coniugata*, *ex genere*, *ex forma*, *ex similitudine*, *ex differentia*, *ex contrario*, *ex antecedentibus*, *ex consequentibus*, *ex repugnantibus*, *ex causis*, *ex effectis*, *ex comparatione*. In *De oratore* werden für diese Topoi teilweise abweichende Begriffe verwendet; sie heißen dort: *ex coniunctis*, *ex genere*, *ex partibus generibus subiectis*, *ex similitudine*, *ex dissimilitudine*, *ex contrario*, *ex consentaneis*, *ex consequentibus*, *ex praecurrentibus*, *ex repugnantibus*, *ex causis*, *ex eis, quae sunt orta de causis*, *ex maiore*, *ex minore*, *ex pari*.

³³⁴ Dazu eingehend Cossa, I giuristi, in: Atti Montepulciano, 299–363.

³³⁵ So auch Giaro, SZ 105 (1988), 180, 257: „Maßgeblich ist nicht der Katalog der Topoi, sondern vor allem die Beispiele ihrer treffenden Anwendung“. Zum Stellenwert der Beispiele bei Cicero einerseits und Gaius andererseits Buchwitz, in diesem Band, 238 f.

³³⁶ Zum Adressatenkreis knapp und treffend auch Wieacker, Labeo 15 (1969), 91, 93.

³³⁷ Cossa, I giuristi, in: Atti Montepulciano, 299–363; Dänzer, in diesem Band, 224 f. Zu den unterschiedlichen Herangehensweisen in Rhetorik einerseits und Jurisprudenz andererseits ders., a. a. O. 211 ff. mit instruktiven Beispielen. Zur Zusammenarbeit von Rhetoren und Juristen auch Tellegen-Couperus/Tellegen, RIDA 53 (2006), 381–408.

Nachwuchs.³³⁸ Daneben legt Cicero die Topik aber auch dem Fachjuristen ans Herz, der mit Kollegen über einen Rechtsfall diskutiert,³³⁹ ein Gutachten anfertigt³⁴⁰ oder im Prozess den Richter oder einen der Anwälte fachlich berät.³⁴¹ Es geht ja – wie es Cicero schon am Anfang der *Topica* formuliert hat – ganz allgemein um die *argumenta*, mit denen man in zweifelhaften Rechtsfällen überzeugen kann („ratio quae rei dubiae faciat fidem“).

III. Auswahl und Behandlung der Beispiele

1. Die meisten Beispiele Ciceros stammen aus dem Zivilrecht. Dabei handelt es sich überwiegend um Probleme, die in der Rechtspraxis häufig vorkamen; nur so ist es erklärlich, dass Ciceros Fallbeispiele ganz überwiegend auch in der praxisbezogenen juristischen Fachliteratur behandelt werden.³⁴² Teilweise wurden seine Fälle aber auch im Rechtsunterricht erörtert; besonders deutlich wird das bei Texten, die in den Institutionen des Gaius überliefert sind.³⁴³ Dass Cicero seine Beispiele selbst erdacht hat, ist demnach in der Regel nicht anzunehmen. Am ehesten dürfte eigenes Gedankengut Ciceros in der zu Beginn der *Topica* erörterten Problematik des Verhältnisses von *aequitas* und *ius civile* zu finden sein; Facetten dieses Themas hat er ja auch in anderen Werken ausgelotet.³⁴⁴ Auch in der Frage des Verhältnisses von *divisio* und *partitio* geht er wohl eigene Wege.³⁴⁵ Bei der Veräußerung einer *res nec Mancipi* durch *Mancipatio* handelt es sich zwar nach dem Bekunden Ciceros um einen eher fiktiven Fall.³⁴⁶ Doch

³³⁸ Dazu *Bona*, SDHI 46 (1980), 282, 329–331 unter Hinweis auf Cic. de orat. 1, 250 (a. a. O. 330); *Falcone*, SDHI 75 (2009), 503, 509.

³³⁹ Dazu *Horak*, *Rationes*, 73 f.

³⁴⁰ S. dazu Cic. top. 56: „Hoc disserendi genus attingit omnino vestras quoque in respondendo disputationes ...“ Anders – allerdings nicht für die *Topica*, sondern für das *ius civile* in *artem redigendo* – *Bona*, SDHI 46 (1980), 282, 329 ff.

³⁴¹ Cic. top. 65: „Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant.“ Dazu *Leesen*, Gaius meets Cicero, 40 f. Zur Unterordnung der Rechtswissenschaft unter die Rhetorik aus Ciceros Sicht Orat. 141 und dazu *Lehne-Gstreinthaler*, *Iurisperiti*, 298.

³⁴² In diesem Sinn auch *Crifò*, *Ann. Ist. Ital.* 1 (1967), 113, 144; *Kacprcak*, *Logica*, 355; *Rüfner*, in diesem Band, 248–258. Besonders deutlich wird das dort, wo Cicero vom juristischen Mainstream abweichende Lösungen oder Begründungen befürwortet, s. dazu oben S. 68–70 (*ex genere*, Legat von Silber an die Ehefrau).

³⁴³ So etwa in *GAI.* 1, 2; 17; 111–113; 115a; 119; 2, 18–22; 42; 84 f. Gerade bei Gaius sind dann auch die Spuren der *definitiones* Ciceros gut zu erkennen, s. dazu etwa *GAI.* 1, 17 und *Wieacker*, *Iura* 20 (1969), 448, 460–463. Ähnliches gilt auch für die Schulung angehender Rhetoren, die starken Praxisbezug aufwies; s. dazu *Höbenreich*, *RIDA* 62 (2015), 263–288.

³⁴⁴ S. dazu die Nachweise oben S. 62–64.

³⁴⁵ Dazu oben S. 64–66.

³⁴⁶ Dazu Cic. top. 45: „ficta etiam exempla similitudinis habent vim ...“.

wurde er sicherlich als Gegenfall zur Veräußerung einer *res Mancipi* durch *traditio* im Rechtsunterricht erörtert; vielleicht kam er vereinzelt sogar in der Praxis vor.³⁴⁷

2. Zudem rekurriert Cicero zur Veranschaulichung der einzelnen Topoi oft auf Fälle, die einen möglichst einfachen Sachverhalt aufweisen. Das lag zweifellos in der didaktischen Absicht des Autors: Die Leser sollten sich auf die Methodenfragen konzentrieren, denen die Schrift gewidmet ist; komplizierte Sachverhalte hätten diesen Zugang unnötig erschwert.³⁴⁸ Aus demselben Grund enthalten die Fallbeispiele oft auch keine Entscheidungsbegründung. Denn zum einen handelte es sich wohl um Fälle, die den Lesern vertraut waren, zum anderen sollte deren Blick auf die Methodenfragen fokussiert werden.³⁴⁹

Schließlich determiniert der Zweck der *Topica* nicht nur die Auswahl der Fallbeispiele, sondern auch Ciceros Umgang mit ihnen. Eine umfassende Exegese eines jeden Beispielsfalls wird von ihm nicht beabsichtigt; er beschränkt sich vielmehr auf die Darstellung der Argumente, die einen Bezug zu dem jeweils zu illustrierenden Topos aufweisen. Dass er weitere Argumente, die seine Lösung stützen könnten, oder auch mögliche Gegenargumente nicht anspricht, beruht darum wohl nicht auf Nachlässigkeit, sondern auf dem Zweck, dem seine Beispiele zu dienen haben.³⁵⁰

IV. Heterogenität und Überlappungen der Topoi

1. Die von Cicero empfohlenen Topoi sind heterogen. Die Bandbreite umfasst so unterschiedliche gedankliche Operationen wie Definitionen, das Argumentieren mit *genus* und *species* sowie induktive und deduktive Schlussformen. Das führt dazu, dass ein Argument mitunter mehrere Topoi enthalten kann.³⁵¹ Allen erörterten Topoi ist allerdings gemeinsam, dass sie die *Methode* der Argumentation betreffen; Sachbegriffe wie etwa „Naturrecht“ und „Vertragsrecht“ werden zwar von Cicero auch als Topoi (*loci*) bezeichnet, sind aber nicht Gegenstand der Untersuchung.³⁵² Auch Auslegungsfragen werden in den *Topica* nicht angespro-

³⁴⁷ Dazu oben S. 79 f.

³⁴⁸ So auch Schmidlin, Rechtsregeln, 198.

³⁴⁹ So auch Crifò, Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113, 144.

³⁵⁰ Besonders deutlich wird das im Fall des *omne argentum legatum* (Cic. top. 13), wo der naheliegende Rekurs auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers nicht angesprochen wird. Auch im Fall des Frauentestaments ohne *coemptio* (Cic. top. 18) lässt der *Topica*-Text nicht erkennen, dass die Behandlung des Falles wohl streitig war. Ähnlich zu dieser Sicht Ciceros auch Buchwitz, in diesem Band, 240 f.

³⁵¹ Signifikant hierfür sind ferner die Topoi *definitio*, *ex partibus* und *ex genere*, deren Anwendung auf praktische Fälle Cicero oft einen Syllogismus folgen lässt, s. dazu oben S. 61–64; ferner S. 66 f. und S. 68–70.

³⁵² Cic. top. 90.

chen;³⁵³ Cicero verweist insoweit auf andere Werke.³⁵⁴ Angesichts dieser Lücken erscheint Ciceros Anspruch, die *sedes argumenti* in top. 9 bis 71 vollständig dargestellt zu haben,³⁵⁵ etwas vollmundig.

2. Eine trennscharfe Abgrenzung der einzelnen Topoi ist nicht möglich und auch vom Autor nicht angestrebt; es kommt vielmehr zu Überlappungen. Evident ist etwa die Überschneidung der Topoi *ex similitudine* und *ex comparatione*, soweit Gleiches mit Gleichem zu vergleichen ist.³⁵⁶ Auch kann eine Argumentation *ex adiunctis* oder *ex similitudine* mitunter durch ein *argumentum ad absurdum* substituiert werden, weil die Ungleichbehandlung von Gleichem absurd sein kann; dies zeigt der Fall der testierenden Ehefrau, die keine *capitis deminutio* erlitten hat.³⁵⁷ Schließlich ist die Nähe von *definitio* und den Topoi *ex antecedentibus*, *ex consequentibus*, *ex repugnantibus* evident.³⁵⁸ Die Liste ließe sich verlängern.

3. Diesen Überlappungen und Ähnlichkeiten trägt Cicero zunächst dadurch Rechnung, dass er inhaltlich zusammenhängende Topoi in räumlichem Zusammenhang erörtert. Teilweise hat das sogar im Text der *Topica* Ausdruck gefunden. So sieht er zwischen *ex coniugatione* und *ex nota* Parallelen;³⁵⁹ darum werden beide Topoi nacheinander behandelt. *Ex similitudine* und *ex differentia* sind zwar inhaltlich konträr (*maxime contraria*), aber methodisch besteht zwischen ihnen Ähnlichkeit;³⁶⁰ darum wird auch *ex differentia* direkt an *ex similitudine* angehängt. Dass sich die nebeneinander stehenden Topoi *ex differentia* und *e contrario* nur graduell unterscheiden, versteht sich von selbst. Für die Nähe zwischen *ex causis* und *ex effectis*, die ebenfalls nebeneinander stehen, gilt Entsprechendes; dies wird von Cicero zu Recht betont.³⁶¹ Ebenso werden die Parallelen zwischen *ex consequentibus*, *ex antecedentibus*, *ex repugnantibus* hervorgehoben, indem Cicero betont, dass sich bei diesen Schlussformen anders als etwa bei *ex adiunctis* die Folge aus der Prämisse notwendig (*necessario*) ergibt.³⁶²

³⁵³ Cic. top. 95 f. Dazu auch Buchwitz, in diesem Band, 238 f.

³⁵⁴ Cic. top. 96: „Horum tractationes in aliis libris explicantur.“

³⁵⁵ Cic. top. 71: „... nulla praeterea sedes argumenti quaerenda sit.“

³⁵⁶ Dazu näher oben S. 72–80, 102.

³⁵⁷ Dazu näher oben S. 84–87.

³⁵⁸ Cic. top. 87 f.

³⁵⁹ Cic. top. 38: „finitimus notationi.“

³⁶⁰ Cic. top. 46: „... sed est eiusdem dissimile et simile invenire.“ Die Übersetzung bei Bayer, *Topica*, 37, wird dem nicht gerecht.

³⁶¹ Cic. top. 67: „Coniunctus huic causarum loco ille locus est qui efficitur ex causis. Ut enim causa quid sit effectum indicat, sic quod effectum est quae fuerit causa demonstrat.“

³⁶² Cic. top. 53: „... dico consequentia quae rem necessario consequuntur; itemque et antecedentia et repugnantia.“

V. Eignung der Beispielsfälle

Ciceros Topoi finden sich überwiegend schon bei Aristoteles,³⁶³ das ist im Schrittmum anerkannt und darum nicht näher auszuführen.³⁶⁴ Zum Teil weisen sie aber auch Bezüge zur Stoa auf, und zwar sowohl in Bereichen, die Aristoteles behandelt hat, als auch dort, wo das nicht der Fall ist.³⁶⁵ Zeugnis hiervon legen vor allem die Topoi *ex antecedentibus*, *ex consequentibus* und *ex repugnantibus* ab, die auf Lehren des Chrysipp beruhen.³⁶⁶ Ciceros Eigenleistung besteht darum im Transfer der von Aristoteles und Chrysipp entwickelten und durch die Rhetorik systematisierten Topoi auf die Jurisprudenz.³⁶⁷ Damit kommt der Frage nach der Qualität der Fallbeispiele, auf die Cicero diesen Transfer stützt, zentrale Bedeutung zu:

1. Insoweit ist zunächst in Rechnung zu stellen, dass Cicero in den *Topica* als Advokat spricht. Seine Perspektive ist darum die des Anwalts, für den es darauf ankommt, wie der jeweilige Prozess zu gewinnen ist. Dies hat in zweifacher Hinsicht Konsequenzen. Zum einen teilt Cicero mitunter inhaltlich identische Argumente auf zwei Topoi auf, weil der prozessuale Ansatz jeweils unterschiedlich ist.³⁶⁸ Zudem empfiehlt er mitunter auch Lösungen und Argumente, die mit der herrschenden Auffassung unter den Juristen nicht vollständig in Einklang stehen, so etwa bei der Frage nach dem Umfang eines *omne argentum legatum* zugunsten

³⁶³ Und zwar in der *Topik* (dazu Reinhardt, *Topica*, 177–180), vor allem aber in der *Rhetorik*: So etwa die *definitio* (ARIST. Rh. 1398a15), die *partium enumeratio* (ARIST. Rh. 1398a30, 1399a5–10), die Topoi *ex nota* (ARIST. Rh. 1397a20), *coniugata* (ARIST. Rh. 1397a20–25), *ex genere* (ARIST. Top. 111a33 ff.), *ex forma generis* (ARIST. Rh. 1399a5), *ex similitudine*, *ex differentia* (ARIST. Rh. 1398b20–30), *e contraria* (ARIST. Rh. 1399a15–20), *ex effectis rebus* (ARIST. Rh. 1399a10), *ex comparatione* (ARIST. Rh. 1397b10).

³⁶⁴ Grundlegend, wenn auch zu weit gehend La Pira, BIDR 42 (1934), 336, 347–350; ders., BIDR 44 (1936/37), 131, 141, wo Ciceros *Topica* als „riduzione italiana della Topica aristotelica“ bezeichnet werden; ferner Riposati, *Topica*, 295 und passim mit kritischer Rezension Güngerich, *Gnomon* 22 (1950), 150, 152; Carcaterra, *Definizioni*, 78–82; Rubinelli, *Ars topica*, 141–144 („Ciceros list of topics ... derives from a selection of strategies from B 23“ – womit eine Passage aus der aristotelischen *Topik* gemeint ist); Mortensen, *Rhetorica* 26 (2008), 31, 54; umfassend zu diesen (und weiteren) Topoi bei Aristoteles Rambourg, *Topos*, 259–351. Zur *partium enumeratio* und deren Grundlagen bei Aristoteles auch Talamanca, *Genus-species*, in: *La filosofia II*, 48 ff.

³⁶⁵ Hierzu insbesondere Riposati, *Topica*, 66–68; Mette, *ius civile*, 47, 50–64 mit Rezension Fuhrmann, *SZ* 72 (1955), 388–391; Reinhardt, *Topica*, 212 (Philo von Larissa als Mittelsmann).

³⁶⁶ Mette, *ius civile*, 55, 59; Fuhrmann, *Lehrbuch*, 162 (spezifisches Derivat der Stoa); Frede, *Stoische Logik*, 131, 161; Waldstein, *SZ* 92 (1975), 26, 38; Reinhardt, *Topica*, 233 f.

³⁶⁷ Dazu schon oben S. 103.

³⁶⁸ So bei der Differenzierung zwischen den Topoi *ex toto* und *ex partibus* sowie *ex genere* und *ex forma generis*, s. dazu oben S. 66 f. und 68–70.

der Ehefrau³⁶⁹ oder bei seinem eigenwilligen Begründungsvorschlag im Fall der Auslieferung des Mancinus.³⁷⁰ Auch das entspricht der Sichtweise des Anwalts, der im Interesse seines Mandanten jedes auch nur potenziell erfolgversprechende Argument im Prozess vortragen muss.

2. Im Übrigen hat die Durchsicht der Quellen gezeigt, dass – mitunter entgegen im Schrifttum geäußerter Bedenken – die juristischen Beispiele Ciceros und ihre Zuordnung zu den Topoi tragfähig sind.³⁷¹ Im Einzelnen und unter Beschränkung auf die problematischen Fälle:

(1.) Ciceros Abgrenzung von *divisio* und *partitio* ermöglicht jedenfalls für die beiden von ihm dort benannten Beispiele (Rechtsquellenlehre, *abalienatio*) eine eindeutige Zuordnung, mag diese Dogmatik auch nicht immer einfach zu handhaben sein.³⁷² (2.) Dass Cicero *ex similitudine* das Erlöschen des *ususfructus* bei Einsturz von Nießbrauch-Häusern dem Tod eines Nießbrauchsklaven gleich behandeln will, leuchtet ein, weil das *tertium comparationis* (Wegfall des Objekts des Nießbrauchs) evident ist.³⁷³ (3.) Auch im Fall der Unzuständigkeit des *arbitrator* wird die Argumentation *ex similitudine* von der ähnlichen Interessenlage getragen (kein Bedürfnis für den *arbitrator* bei Nachbarstreitigkeiten in *urbe* sowohl im Rahmen der *actio finium regundorum* als auch der *actio aquae pluviae arcendae*).³⁷⁴ (4.) Dass Cicero im Fall der Veräußerung einer *res nec mancipi* durch *mancipatio* im Kontext von *ex similitudine* an ein *argumentum ad absurdum* gedacht hat, erscheint plausibel, ist aber vielleicht nur „eine Seite der Medaille“; daneben könnte er auch auf *similitudines* zwischen der Eigentumsübertragung durch *mancipatio* und *traditio* hingewiesen haben.³⁷⁵ (5.) Dass es im Fall des Frauentestaments ohne vorherige *capitis deminutio* nicht um die *testamenti factio*, sondern um die *auctoritas tutoris* gegangen sein soll, erscheint angesichts der Diktion Ciceros und der Parallelen zwischen top. 18 und 50 einerseits und GAI. 1, 115a und 2, 112 andererseits nicht denkbar.³⁷⁶ (6.) Sicherlich kann man zweifeln, ob es folgerichtig ist, mit Cicero aus der Unzulässigkeit der *actio fi-*

³⁶⁹ CIC. top. 13, dazu oben S. 68–70.

³⁷⁰ CIC. top. 37, dazu näher der Beitrag von Willems, in diesem Band, 185–194.

³⁷¹ Zu einem (für die Entscheidung des Falles allerdings nicht erheblichen) logischen Fehler Ciceros im Rahmen des Topos *ex repugnantibus* oben S. 93–95. Dagegen liegt die Kritik von Gilardeau, Cicéron, 114–117, an Ciceros Schluss *ex antecedentibus* neben der Sache. Es ist zwar richtig, dass in diesem Fall auch das Verschicken des Scheidungsbriefs durch die Ehefrau *condicio sine qua non* für die Auflösung der Ehe geworden ist. Aber hier liegt dem Syllogismus Ciceros die vorgeschaltete Wertung zugrunde, dass das Verschicken des Scheidungsbriefs bei vorangegangener *culpa* des Mannes keine Eheverfehlung darstellt; dazu oben S. 89–91.

³⁷² Dazu oben S. 64–66.

³⁷³ Dazu oben S. 72–74.

³⁷⁴ Dazu oben S. 75–77.

³⁷⁵ Dazu oben S. 79 f.

³⁷⁶ Dazu oben S. 84–87.

nium regundorum in urbe mit dem Argument *a maiore ad minus* auf die Unzulässigkeit der *actio aquae pluviae arcendae in urbe* zu schließen, obwohl Cicero selbst zuvor in einem ähnlichen Fall *ex similitudine* argumentiert hatte. Doch kann hier – in Einklang mit juristischen Quellen – das für den Erst-recht-Schluss typische „Gefälle“ darin zu sehen sein, dass ein Ausschluss der *actio finium regundorum* im städtischen Bereich schwerer zu verschmerzen war als der *actio aquae pluviae arcendae*.³⁷⁷ (7.) Korrekt ist das nachfolgende „Umdrehen“ des *argumentum a maiore ad minus* in ein *argumentum a minore ad maius*, wenn dabei der Erst-recht-nicht-Schluss in einen Erst-recht-Schluss konvertiert wird.³⁷⁸

3. Nach alledem weisen die juristischen Beispiele und ihre Behandlung Cicero als Kenner des Rechts seiner Zeit aus. Dies deckt sich mit den von Matthias Ehmer herausgearbeiteten methodischen Parallelen zwischen dem Umgang Ciceros mit seinen Fallbeispielen und den Lösungen ähnlicher Fälle in frühklassischen Juristenschriften.³⁷⁹ Cicero war danach für Trebaz und Co. ein Gesprächspartner auf Augenhöhe.

Literaturverzeichnis

- Albanese, Bernardo: Trinoctio abesse e XII tavole, AUPA 48 (2003), 24–30
- Amelotti, Mario: La „Donatio mortis causa“ in diritto romano, Mailand 1953
- Ankum, Hans: Paiements à un pupillus en droit romain classique, in: Studi in onore di Remo Martini, Bd. 1, Mailand 2008, 21–46
- Arangio-Ruiz, Vincenzo: Istituzioni di diritto romano, 14. Aufl., Neapel 1960
- Arnese, Aurelio: La similitudo nelle institutiones di Gaius, Bari 2017
- Astolfi, Riccardo: Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano, Bd. 2, Padua 1969
- Astolfi, Riccardo: Il matrimonio nel diritto della Roma preclassica, Neapel 2018
- Babusiaux, Ulrike: Rezension zu Wycisk, Tanja, Quidquid in foro fieri potest – Studien zum römischen Recht bei Quintilian, Berlin 2008, SZ 127 (2010), 494–504
- Babusiaux, Ulrike: Rezension zu Kacprczak, Agnieszka, Tra logica e giurisprudenza. Argumentum a simili nei Topici di Cicerone, Warszawa 2012, SZ 131 (2014), 483–492
- Babusiaux, Ulrike: Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht, Köln/Weimar/Wien 2015
- Backhaus, Ralph: Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz, München 1981

³⁷⁷ Dazu oben S. 99–101.

³⁷⁸ Dazu oben S. 101.

³⁷⁹ Ehmer, in diesem Band, 138–170. Ebenso der Befund bei Buchwitz, in diesem Band, 238.

- Backhaus, Ralph*: in maiore minus inest. Eine justinianische „regula iuris“ in den klassischen Rechtsquellen – Herkunft, Anwendungsbereich und Funktion, SZ 100 (1983), 135–184
- Backhaus, Ralph*: Das Problem der „ungerechten Rechtsnorm“ in der Antike – zugleich ein Beitrag zum Stellenwert des Naturrechts in der alten Welt, in: Pfeiffer, Gerd/Burgermeister, Udo/Roth, Gerald (Hrsg.), Der verfasste Rechtsstaat. Festgabe für Karin Graßhof, Heidelberg 1998, 27–49
- Bayer, Karl* (Hrsg.): M. Tullius Cicero, Topica. Die Kunst, richtig zu argumentieren, München/Zürich 1993
- Behrends, Okko*: Das Werk Otto Lenels und die Kontinuität der romanistischen Fragestellungen. Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Überwindung der interpolationsistischen Methode, Index 19 (1991), 169–213
- Behrends, Okko*: Die Spezifikationslehre in der römischen Jurisprudenz, SZ 112 (1995), 195–238
- Behrends, Okko*: Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie, in: Behrends, Okko/Sellert, Wolfgang (Hrsg.), Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, Göttingen 1995, 135–249
- Behrends, Okko*: Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht, in: Avenarius, Martin/Meyer-Pritzl, Rudolf/Möller, Cosima (Hrsg.), Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, Bd. 2, Göttingen 2004, 839–878
- Behrends, Okko*: Die geistige Mitte des römischen Rechts. Die Kulturanthropologie der skeptischen Akademie, SZ 125 (2008), 25–107
- Benke, Nikolaus*: Exemplum contra legem, TR 57 (1989), 275–312
- Biavaschi, Paola*: Cicerone cambia l’opinione? Ad familiares 7.21 e l’apparente ripensamento dei Topica, in: Piro, Isabella (Hrsg.), Scritti per Alessandro Corbino, Bd. 1, Tricase 2016, 221–243
- Boethius, Anicius Manlius Severinus*: In Ciceronis Topica, Translation with notes and an introduction by Stump, Eleonore, Ithaca/London 2004
- Bona, Fernando*: L’ideale retorico ciceroniano ed il „ius civile in artem redigere“, SDHI 46 (1980), 282–382
- Bonfante, Pietro*: Corso di diritto romano, Bd. 2, La proprietà, Teil 2, Mailand 1968
- Bornecque, Henri* (Hrsg.): Cicerón, Divisions de l’art oratoire, Topiques, 2. Aufl., Paris 1960
- Broggini, Gerardo*: Iudex arbiterve: Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters, Köln 1957
- Brouwer, René*: Ulpian’s appeal to nature: Roman Law as Universal Law, TR 83 (2015), 60–76
- Bund, Elmar*: Rezension zu Wieling, Hans Josef, Testamentsauslegung im römischen Recht, München 1972, SZ 91 (1974), 466–476

- Buti*, Ignazio: „si serva servo quasi dotem dederit“. Matrimoni servili e dote, Index 27 (1999), 127–140
- Camacho de los Ríos*, Manuel: Agnatio-cognatio, paterfamilias-materfamilias, patriarcado-matriarcado: La mujer y la tesis económica de la familia romana, RGDR 27 (2016), 1–21
- Carcaterra*, Antonio: Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini, Neapel 1966
- Cerami*, Pietro: ius est ars boni et aequi, AUPA 62 (2019), 35–83
- Corbino*, Alessandro: Ius suum cuique tribuere. Osservazioni minime sulla definizione ulpiana di iustitia (D. 1.1.10 pr.–2 e Rh. ad Her. 3.2.3), in: Murillo Villar, Alfonso/Calzada González, Aránzazu/Pérez-Gómez, Santiago Castán (Hrsg.), Homenaje al Profesor Armando Torrent, Madrid 2016, 155–165
- Corbino*, Alessandro: Matrimonio romano in età arcaica e repubblicana, Index 40 (2012), 154–164
- Corbino*, Alessandro: La risalenza dell’emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio, Iura 64 (2016), 9–100
- Cortese*, Barbara: Tra „aequitas“ e „ius“ nella causa curiana, Iura 67 (2019), 49–77
- Cossa*, Giovanni: I giuristi e la retorica, in: Baldus, Christian/Miglietta, Massimo/Santucci, Gianni/Stolfi, Emanuele (Hrsg.), Dogmengeschichte und Historische Individualität der römischen Juristen. Atti del seminario internazionale (Montepulciano 14–17 giugno 2011), Trient 2012, 299–363
- Cossa*, Giovanni: Riflessione sulla distinzione tra prove „tecniche“ e „atecniche“ in Grecia e a Roma, SDHI 83 (2017), 299–324
- Costa*, Emilio: Cicerone giureconsulto, 2. Aufl., Bologna 1927
- Crifò*, Giuliano: Per una lettura giuridica dei topica di Cicerone, in: Ann. Ist. Ital. 1 (1967), 113–145
- Crifò*, Giuliano: Il suicidio di Nerva „pater“ e i suoi riflessi sui problemi del quasi usufrutto, in: Studi in onore di Gaetano Scherillo, Bd. 1, Mailand 1972, 427–440
- Crifò*, Giuliano: Ex iure ducere exempla – Gaio Trebazio Testa ed i „Topica“ Ciceroniani, in: Studi in memoria di Carlo Esposito, Bd. 2, Padua 1972, 1103–1124
- Crifò*, Giuliano: Cicerone, top. 3.17 e il quasi-usufrutto, in: RIDA 24 (1977), 177–188
- Crifò*, Giuliano: Studi sul quasi-usufrutto romano, Bd. 1: Problemi di datazione, Padua 1977
- Cursi*, Maria Floriana: Il concorso della culpa del danneggiato nel risarcimento e la rilevanza penale dell’azione Aquiliana, Index 47 (2019), 167–194
- D’Orta*, Maurizio: La traccia del diritto naturale. Dai fondamenti classici alla tarda antichità, SDHI 78 (2012), 103–165
- Daube*, David: Mancipatio of res nec Mancipi in Cicero, in: Hübner, Heinz/Klingmüller, Ernst/Wacke, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag, Köln 1975, 35–39

- Daubermann*, Erich: Die Sachgesamtheit als Gegenstand des klassischen römischen Rechts, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1993
- Dell'Oro*, Aldo: Il divieto del matrimonio fra funzionario romano e donna della provincia, in: Studi in onore di Biondo Biondi, Bd. 2, Mailand 1965, 523–540
- Falchi*, Gianluigi: Interpretazione tipica nella „causa curiana“, SDHI 46 (1980), 383–430
- Falcone*, Giuseppe: ius suum cuique tribuere, AUPA 52 (2007), 133–176
- Falcone*, Giuseppe: Sul „finis in iure civili“ di Cic. de orat. 1.188, SDHI 75 (2009), 503–514
- Fayer*, Carla: La familia romana. Sponsalia matrimonio dote, Parte seconda, Rom 2005
- Finazzi*, Giovanni: La sostituzione pupillare, Neapel 1997
- Fiori*, Roberto: „Materfamilias“, BIDR 96/97 (1994), 455–498
- Fiori*, Roberto: La nozione di ius gentium nelle fonti di età repubblicana, in: Piro, Isabella (Hrsg.), Scritti per Alessandro Corbino, Bd. 3, Tricase 2016, 109–131
- Fiori*, Roberto: Rezension zu Paul J. du Plessis (Hrsg.), Ciceros Law. Rethinking Roman Law of the Late Republic, Edinburgh 2016, in: SZ 136 (2019), 372–390
- Forschner*, Benedikt/*Haubner*, David: Kein Volk der Gesetze, Anmerkungen zu Mantonianis These der legum multitudo im römischen Privatrecht, SZ 136 (2019), 322–344
- Franciosi*, Gennaro: Per la storia dell'usucapione immobiliare in Roma antica, SDHI 69 (2003), 127–147
- Frede*, Michael: Die stoische Logik, Göttingen 1974
- Fuhrmann*, Manfred: Rezension zu Mette, Hans Joachim, Ius civile in artem redactum, Göttingen 1954, SZ 72 (1955), 388–391
- Fuhrmann*, Manfred: Das systematische Lehrbuch – Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike, Göttingen 1980
- Gallo*, Filippo: La concretezza nell'esperienza giuridica romana, Index 5 (1974/75), 1–12
- Gallo*, Filippo: Diritto e giustizia nel titolo primo del digesto, SDHI 54 (1988), 1–36
- Gallo*, Filippo: Ars boni et aequi e ius naturale, SDHI 75 (2009), 15–42
- Gardner*, Jane: Family and familia in Roman Life, Oxford 1998
- Giario*, Tomasz: Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz, BIDR 90 (1987), 1–104
- Giario*, Tomasz: Über methodologische Werkmittel der Romanistik, SZ 105 (1988), 180–262
- Giario*, Tomasz: „De ponte“ oder „de monte“? Banalitäten in der römischen Jurisprudenz, Labeo 36 (1990), 177–217
- Giario*, Tomasz: Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts, SZ 111 (1994), 66–94
- Giglio*, Francesco: The Concept of Ownership in Roman Law, SZ 135 (2018), 76–107

- Gilardeau*, Eric: Cicéron père de la codification du droit civil, Paris 2017
- Giumelli*, Anna Sara: *Quia nec natura debet*. Una riflessione di Nerazio sulla *solutio* del pupillo, RIDA 57 (2010), 215–246
- Giumetti*, Fausto: Prime riflessioni sulla „culpa discidii“ e sul regime giuridico delle „retentiones“, TSDP 11 (2018), 1–37
- Grosso*, Giuseppe: Usufrutto e figure affini nel diritto romano, 2. Aufl., Turin 1958
- Grosso*, Giuseppe: Rezension zu Watson, Alan, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, Iura 20 (1969), 630–635
- Güntherich*, Rudolf: Rezension zu Riposati, Benedetto, *Studi sui Topica di Cicerone*, Milano 1947, Gnomon 22 (1950), 150–154
- Guzmán Brito*, Alejandro: Dialéctica y retórica en los „Topica“ de Cicerón, REHJ 32 (2010), 161–195
- Hanslik*, Rudolf, in: *Der kleine Pauli*, Bd. 1, Sp. 410, s. v. Antonius
- Harries*, Jill: *Cicero and the Jurists. From Citizens Law to the Lawful State*, London 2006
- Harries*, Jill: *Cicero and the Law*, in: Powell, Jonathan/Paterson, Jeremy (Hrsg.), *Cicero the Advocate*, Oxford 2008, 147–163
- Harries*, Jill: *The Law in Cicero's Writings*, in: Steel, Catherine (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Cicero*, Cambridge 2013, 107–121
- Hausmaninger*, Herbert, in: *Der kleine Pauli*, Bd. 1, Sp. 1329, s. v. Crassus
- Höbenreich*, Evelyn: *Marginalia on Morals, Rhetoric, Law*, RIDA 62 (2015), 263–288
- Honoré*, Tony: *Ulpian. Natural Law and Stoic Influence*, TR 78 (2010), 199–208
- Horak*, Franz: *Rationes decidendi: Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Innsbruck 1969
- Jiménez Salcedo*, Carmen: *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, Córdoba 1999
- Jörs*, Paul/*Kunkel*, Wolfgang/*Wenger*, Leopold/*Honsell*, Heinrich/*Mayer-Maly*, Theo/*Selb*, Walter: *Römisches Recht*, 4. Aufl., Heidelberg/New York/London/Paris/Tokio 1987
- Kacprczak*, Agnieszka: *Tra logica e giurisprudenza. Argumentum a simili nei Topici di Cicerone*, Warszawa 2012
- Kaser*, Max: *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2. Aufl., Köln/Graz 1956
- Kaser*, Max: Rezension zu Sturm, Fritz, *Abalienatio*, *Essai d'explication de la définition des Topiques* (Cic., Top. 5,28), Milano 1957, SZ 75 (1958), 410–412
- Kaser*, Max: Zum Begriff des spätrömischen Vulgarrechts, in: *Studi in onore di Emilio Betti*, Bd. 2, Mailand 1962, 539–572
- Kaser*, Max: *Das römische Privatrecht*, Abschnitt 1, *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht* (= HAW, X.3.3.1), 2. Aufl., München 1971

- Kaser, Max*: Ius gentium, Köln/Weimar/Wien 1993
- Klinck, Fabian*: Zur Bedeutung des Wortes procurator in den Quellen des klassischen Rechts, SZ 124 (2007), 25–52
- Klingenberg, Georg*: Rezension zu Crifò, Giuliano, Studi sul quasi-usufrutto romano, Bd. 1, Problemi di datazione, Padova 1977, SZ 96 (1979), 416–425
- Knütel, Rolf*: Rezension zu Van Dongen, Contributory Negligence. A Historical and Comparative Study, Leiden/Boston 2014, Index 44 (2016), 349–360
- König, Hans-Herbert*: Die vor der Ehe bestellte dos nach klassischem römischem Recht, SDHI 29 (1963), 151–237
- Laborenz, Martin*: Solutio als causa. Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht, Köln/Weimar/Wien 2014
- Lambertini, Renzo*: Sull’esordio delle Istituzioni di Marciano, SDHI 61 (2005), 271–283
- La Pira, Giorgio*: La genesi del sistema nella giurisprudenza Romana – l’arte sistematrice, BIDR 42 (1934), 336–355
- La Pira, Giorgio*: La genesi del sistema nella giurisprudenza Romana – Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica, BIDR 44 (1936/37), 131–159
- La Rosa, Renato*: Recherche sul quasi-usufrutto nel diritto romano, Turin 2012
- Leesen, Tessa*: Gaius meets Cicero: Law and rhetoric in the school controversies, Leiden 2010
- Lehne-Gstreithaler, Christine*: Iurisperiti et oratores. Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik, Wien/Köln/Weimar 2019
- Liebs, Detlef*: Vor den Richtern Roms. Berühmte Prozesse der Antike, München 2007, 45–52
- Longo, Sara*: Alle radici dell usufrutto di res quae usu consumuntur, in: Studi per Giovanni Nicosia, Bd. 4, Mailand 2007, 477–531
- López Huguet, Maria Luisa*: Breves notas sobre algunos conceptos jurídicos inherentes a la familia romana: en torno al significado de „patria potestas“, „filius“, „pater“ y „materfamilias“, RGDR 7 (2006), 1–29
- López Huguet, Maria Luisa*: La posición socio-jurídica de la uxor a través de un estudio evolutivo del matrimonio con especial referencia a sus consecuencias domiciliarias, RGDR 13 (2009), 1–33
- Lübnow, Ulrich von*: Cicero und die Methode der römischen Jurisprudenz, in: Wilcken, Ulrich/San Nicolò, Mariano/Steinwenter, Artur (Hrsg.), Festschrift für Leopold Wenger – zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern, Bd. 1, München 1944, 224–235
- Lübnow, Ulrich von*: Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin 1971
- Mantello, Antonio*: L’analogia nei giuristi tardo repubblicani ed augustei. Implicazioni dialetto-retoriche e impieghi tecnici, in: Studi in onore di Remo Martini, Bd. 2, Mailand 2009, 605–672

- Manthe*, Ulrich: Ein Sieg der Rhetorik über die Jurisprudenz, in: *Manthe*, Ulrich (Hrsg.), *Große Prozesse der römischen Antike*, München 1997, 74–84
- Marra*, Paolo: *Coemptiones fiduciae causa*, in: *Piro*, Isabella (Hrsg.), *Scritti per Alessandro Corbino*, Bd. 4, Tricase 2016, 571–597
- Martini*, Remo: *Le definizioni dei giuristi romani*, Mailand 1966
- Maschi*, Carlo Alberto: Antico e moderno nella scienza del diritto, *SDHI* 48 (1982), 257–288
- Masuelli*, Saverio: *Abalienatio*, *Riv. Dir. Rom.* 16/17 (2016/2017), 1–18
- Mayer-Maly*, Theo: Studien zur Frühgeschichte der *usucapio* II, *SZ* 78 (1961), 221–276
- Mayer-Maly*, Theo: Das *ius gentium* bei den späten Klassikern, *Iura* 34 (1983), 91–102
- Medina Villanueva*, Jorge Eduardo: *Culpa della victima y compensación de culpas: explicación de una confusión histórica a la luz de los textos romanos*, *REHJ* 41 (2019), 69–86
- Mentxaka*, Rosa: *Praedia rustica – praedia urbana. Consideraciones sobre criterios distintivos en el derecho romano clasico*, *RIDA* 33 (1986), 149–178
- Mette*, Hans Joachim: *Ius civile in artem redactum*, Göttingen 1954
- Miquel*, Juan: Stoische Logik und römische Jurisprudenz, *SZ* 87 (1970), 85–112
- Möller*, Cosima: *Elemente des römischen Wasserrechts – lex und natura, servitus und vetustas*, in: *Czeguhn*, Ignacio/Möller, Cosima/Quesada Morillas, Yolanda/Pérez Juan, José Antonio (Hrsg.), *Wasser – Wege – Wissen auf der iberischen Halbinsel. Vom römischen Imperium bis zur islamischen Herrschaft*, Baden-Baden 2016, 9–28
- Monaco*, Lucia: *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema die capacità successoria della donna in Roma antica*, Neapel 2000
- Mortensen*, Daniel E.: *The Loci of Cicero*, in: *Rhetorica* 26 (2008), 31–54
- Nicosia*, Giovanni: La nascita postdecemvirale della „*mancipatio*“ e quella anteriore della distinzione tra „*res Mancipi*“ e „*res nec Mancipi*“, *AUPA* 59 (2016), 303–316
- Nörr*, Dieter: *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin 1972
- Nörr*, Dieter: *Cicero, Topica 4.22*, in: *Chiusi*, Tiziana/Kaiser, Wolfgang/Spengler, Hans Dieter (Hrsg.), *Historiae iuris antiqui*, Bd. 2, Goldbach 2003, 1433–1469
- Nörr*, Dieter: *Prozessuales (und mehr) in der lex rivi Hiberiensis*, *SZ* 125 (2008), 108–188
- Nörr*, Dieter: *Exempla nihil per se valent. Bemerkungen zu Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8; 72 ad ed. D. 45.1.83.5*, *SZ* 126 (2009), 1–54
- Otte*, Gerhard: *Cicero oder Boethius? Zum Verständnis der Argumente a minore und a maiore*, in: *Avenarius*, Martin/Meyer-Pritzl, Rudolf/Möller, Cosima (Hrsg.), *Ars iuris. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, Göttingen 2009, 445–454
- Palma*, Antonio: *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Turin 1988

- Peppe, Leo*: Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana, Mailand 1984
- Peppe, Leo*: *Civis Romana*. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica, Lecce 2016
- Pilar Pavón, Torrejón*: La mujer en la legislación de Adriano, SDHI 82 (2016), 265–290
- Platschek, Johannes*: Rezension zu Leesen, Tessa, Gaius meets Cicero. Law and rhetoric in the school controversies, Leiden 2010, SZ 132 (2015), 581–587
- Plescia, Joseph*: The Case of Specification in Roman Law, Iura 24 (1973), 214–221
- Raggi, Luigi*: Il metodo della giurisprudenza Romana, Turin 2007
- Rainer, Michael*: Der Paries communis im klassischen Römischen Recht, SZ 105 (1988), 488–513
- Rambourg, Camille*: Topos. Les premières méthodes d'argumentation dans la rhétorique grecque des Ve–IVe siècles, Paris 2014
- Reinhardt, Tobias* (Hrsg.): Cicero's Topica, Edited with an Introduction, Translation and Commentary, Oxford 2003
- Reinoso Barbero, Fernando*: Sobre los precedentes griegos del „casus“. Un supuesto delictivo identico: Protag. en Plut., Per. 36.5 y Ulp. 18 ed. D. 9.2.9.4, Index 21 (1993), 489–517
- Riposati, Benedetto*: Studi sui Topica di Cicerone, Mailand 1947
- Rodger, Alan*: Owners and Neighbours in Roman Law, Oxford 1972
- Romeo, Stefania*: L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano, Mailand 2010
- Rubinelli, Sara*: Ars Topica. The Classical Technique of Constructing Arguments from Aristotle to Cicero, New York 2009
- Sáenz, Alfonso Castro*: Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio di historica jurídica, Valencia 2010
- Sáenz, Alfonso Castro*: Individualidad metodológica y dogmática: el ejemplo de Trebacio, in: Baldus, Christian/Miglietta, Massimo/Santucci, Gianni/Stolfi, Emanuele (Hrsg.), Dogmengeschichte und Historische Individualität der römischen Juristen. Atti del seminario internazionale (Montepulciano 14–17 giugno 2011), Trient 2012, 25–71
- Salazar Revuelta, Maria*: Sobre el regimen juridico del usufructo de cosas quae usu consumuntur: particular importancia de la cautio ex senatus consulto, SDHI 65 (1999), 117–144
- Salomón Sancho, Lourdes*: Las retentiones en la actio rei uxoriae, RGDR 10 (2008), 1–23
- Sánchez Collado, Elena*: La responsabilité du negotiorum gestor dans la survenance du cas fortuit et les origins historiques de l'article 1891 du code civil espagnol, RIDA 64 (2017), 263–287

- Santalucia*, Bernardo: Rezension zu Schmidlin, Bruno, Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie, Köln/Wien 1970, Labeo 20 (1974), 259–276
- Sanz Martin*, Laura: Aspectos sobre la marginalidad de la femina romana. Optio tutoris testamentaria y coemptio tutelae evitandae causa, pasos hacia su independencia jurídica, RGDR 34 (2020), 1–32
- Sargenti*, Manlio: L'Actio aquae pluviae arcendae: contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano, Mailand 1940
- Schilling*, Andreas: Die Auslegung letztwilliger Verfügungen anhand eines mutmaßlichen Willens im klassischen römischen Recht, in: Forschner, Benedikt/Willems, Constantin (Hrsg.), Acta diurna, Beiträge des IX. Jahrestreffens Junger Romanistinnen und Romanisten, Wiesbaden 2017, 159–173
- Schmidlin*, Bruno: Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie, Köln/Wien 1970
- Schönbauer*, Ernst: Die actio aquae pluviae arcendae, SZ 54 (1934), 233–257
- Sitzia*, Francesco: Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae, Mailand 1977
- Solidoro Maruotti*, Laura: Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell'esperienza romana e l'attuale uso della categoria „persona“, TDSP 12 (2019), 1–48
- Söllner*, Alfred: Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae, Köln/Wien 1969
- Spina*, Alessia: Note in materia di legato di omne argentum, dai Topica di Cicerone ai Digesta Iustiniani, RGDR 27 (2016) 1–19
- Spina*, Alessia: I volti della fides e la tutela impuberum, Canterano 2018
- Stiegler*, Herwig: *Divortium*, *culpa* und *retentio propter liberos* (Ulp. ep. 6.10 und Cic. Top. 4.19), in: Gerken, François (Hrsg.), Mélanges Fritz Sturm. Offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire, Bd. 1, Liège 1999, 431–451
- Stroux*, Johannes: Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris, Leipzig 1926
- Sturm*, Fritz: Abalienatio, Essai d'explication de la définition des Topiques (Cic., Top. 5.28), Mailand 1957
- Talamanca*, Mario: Lo schema „genus-species“ nelle sistematiche dei giuristi Romani, in: Accademia nazionale dei Lincei (Hrsg.), La filosofia greca e diritto Romano, colloquio italo-francese, Roma 14–17 aprile 1973, Bd. 2, Roma 1977
- Tellegen*, Jan Willem/*Tellegen-Couperus*, Olga: Law and Rhetoric in the Causa Curiana, OIR 6 (2000), 172–202
- Tellegen*, Jan Willem/*Tellegen-Couperus*, Olga: Law's Nature: Philosophy as a Legal Argument in Cicero's Writings, in: Du Plessis, Paul J. (Hrsg.), Cicero's Law. Re-thinking Roman Law of the Late Republic, Edinburgh 2016, 26–49
- Tellegen*, Jan Willem/*Tellegen-Couperus*, Olga: Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem, RIDA 53 (2006), 381–408

- Tellegen-Couperus*, Olga: *Tutela mulierum*, une institution rationnelle, RHD 84 (2006), 423–435
- Thomas*, Philip: A Barzunesque View of Cicero: From Giant to Dwarf und Back. In: Du Plessis, Paul J. (Hrsg.), *Cicero's Law. Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh 2016, 11–23
- Thomas*, Philip: Definitions in Cicero's Topica, AÜHFD 69 (2020), 1249–1264
- Thormann*, Karl Friedrich: Der doppelte Ursprung der Mancipatio. Ein Beitrag zur Erforschung des frührömischen Rechts unter Mitberücksichtigung des nexum, München 1943
- Triggiano*, Annalisa: „Conlega et familiaris meus“: note minime su Cicerone e Aquilio Gallo, Index 38 (2010), 373–400
- Van Dongen*, E. G. D.: *Contributory Negligence. A Historical and Comparative Study*, Leiden/Boston 2014
- Varvaro*, Mario: Sulla restituzione della dote I. La formula dell'actio rei uxoriae, Turin 2006
- Visky*, Karoly: Mancipatio rei nec Mancipi, in: *Antik Tanulmányok (Studia antiqua)*, Budapest 1957, 39–47 (Abstract in: *Iura* 9 (1958), 370)
- Visky*, Karoly: Die Frage der Kausalität aufgrund des D. 9.2. (ad legem Aquiliam), RIDA 26 (1979), 475–504
- Voci*, Pasquale: *Diritto ereditario romano*, Bd. 2, 2. Aufl., Mailand 1963
- Volterra*, Eduardo: Sulla capacità delle donne a far testamento, SDHI 48 (1941), 74–87
- Volterra*, Eduardo: La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo d. c., BIDR 69 (1966), 108–153
- Volterra*, Eduardo: Senatus consulta, in: NNDI, Bd. 16, 1969, s. v. Senatus consulta (Nr. 71)
- Volterra*, Eduardo: „iniustum matrimonium“, in: *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, Bd. 2, Mailand 1972, 441–470
- Wacke*, Andreas: Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung, SZ 106 (1989), 469–501
- Wacke*, Andreas: Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno, Index 19 (1991), 359–378
- Wacke*, Andreas: Zur Folgenberücksichtigung bei der Entscheidungsfindung, besonders bei der deductio ad absurdum, in: Gerkens, François (Hrsg.), *Mélanges Fritz Sturm. Offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Bd. 1, Liège 1999, 547–568
- Waldstein*, Wolfgang: Topik und Intuition in der römischen Rechtswissenschaft. Zur Frage des Einflusses der griechischen Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft, in: Horak, Franz (Hrsg.), *Festgabe für Arnold Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, München 1972, 237–264
- Waldstein*, Wolfgang: Konsequenz als Argument klassischer Juristen, SZ 92 (1975), 26–68

- Waldstein*, Wolfgang: *Ius naturale* im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian, SZ 111 (1994), 7–65
- Waldstein*, Wolfgang: *Natura debere, ius gentium und natura aequum* im klassischen römischen Recht, AUPA 52 (2007), 429–460
- Watson*, Alan: *The law of persons in the later roman republic*, Oxford 1967
- Watson*, Alan: *The law of Property in the later roman republic*, Oxford 1968
- Watson*, Alan: *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford 1971
- Watson*, Alan: *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford 1974
- Wesel*, Uwe: *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln/Berlin/Bonn/München 1967
- Wieacker*, Franz: *The Causa curiana and Contemporary Roman Jurisprudence*, IJ 2 (1967), 151–164
- Wieacker*, Franz: Rezension zu Carcaterra, Antonio, *Le definizioni di giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli 1966, Iura 18 (1967), 200–207
- Wieacker*, Franz: Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie, Iura 20 (1969), 448–477
- Wieacker*, Franz: Rezension zu Martini, Remo, *Le definizioni di giuristi romani*, Milano 1966, Labeo 15 (1969), 91–100
- Wieacker*, Franz: *Römische Rechtsgeschichte – Abschnitt 1: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik (= HAW, X.3.1.1)*, München 1988
- Wieling*, Hans Josef: *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972
- Winkel*, Laurens: *Deux conceptions du droit naturel dans l’antiquité*, RHD 93 (2015), 341–350
- Wollschläger*, Christian: *Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht*, SZ 93 (1976), 115–137
- Wolodkiewicz*, Witold: *Attorno al significato della nozione di mater familias*, in: *Studi in onore die Cesare Sanfilippo*, Mailand 1983, 733–756
- Wycisk*, Tanja: *Quidquid in foro fieri potest – Studien zum römischen Recht bei Quintilian*, Berlin 2008
- Zarro*, Gianluca: *Cic. de inv. 2.65 e Cic. top. 5.28. Il ruolo della consuetudine nella formazione dello ius honorarium*, TSDP 9 (2016), 1–43
- Zimmermann*, Reinhard: *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Kapstadt/München 1992

***Ars dialectica* oder *ars extrinsecus adhibita* – juristische Methodik in Ciceros *Topica*?**

Von Matthias Ehmer

A. Krise und Erneuerung: Die <i>Topica</i> als Spiegel der Jurisprudenz der späten Republik	123
B. Juristische Entscheidungsfindung: Entdeckungs- und Begründungszusammenhang	126
I. Der Entdeckungszusammenhang ist nicht amethodisch	126
II. Der Begründungszusammenhang ist nicht auf logische Ableitungen beschränkt	129
C. Ciceros Grundunterscheidung in top. 6: <i>inventio</i> und <i>iudicatio</i>	133
D. Neuordnung der <i>Topica</i> mit methodischem Vergleich zur frühklassischen Jurisprudenz	136
I. <i>inventio</i>	138
II. <i>iudicatio</i>	159
III. <i>inventio</i> oder <i>iudicatio</i>	165
IV. Tatfragen und Präsentation des Falles vor Gericht	170
E. Fazit	171
F. Übersicht	173

A. Krise und Erneuerung: Die *Topica* als Spiegel der Jurisprudenz der späten Republik

Anfangs waren juristische Entscheidungen eingedenk ihres sakralrechtlichen Ursprungs durch die *auctoritas* der *pontifices* hinreichend legitimiert.¹ In dieser ersten Phase des als „Geheimwissenschaft“ betriebenen Rechts bedurfte es neben der Autorität der entscheidenden Nobilität keiner weiteren Argumentation.² Im Zuge der Hellenisierung begann man zwar im 2. Jh. v. Chr., Begriffe zu definieren und kleine systematische Inseln zu bilden.³ Die römischen Redner rezipierten

¹ Schulz, Geschichte, 20, 24, 27; Stolfi, Argumentum auctoritatis, in: Tra retorica, 85, 103; Wieacker, Der röm. Jurist, in: Vom röm. Recht, 128, 130, 134 f., 137.

² Stolfi, Argumentum auctoritatis, in: Tra retorica, 85, 102, 118 f.; kritisch zur Geheimwissenschaft Wieacker, Der röm. Jurist, in: Vom röm. Recht, 128, 135.

³ Kaser, Zur Methode, 68, 70; Coing, Zur Methodik, in: St. Arangio-Ruiz I, 365, 368; d’Orta, SDHI 83 (2017), 485, 485 f. zur wachsenden Bedeutung logischer Opera-

die griechische Argumentationstechnik aber bereitwilliger,⁴ sodass die Juristen bei Auseinandersetzungen vor Gericht regelmäßig unterlagen.⁵ Soweit sie sich methodisch neben der *interpretatio* auf das Herausarbeiten von Ähnlichkeiten und Unterschieden stützten,⁶ scheinen die römischen Juristen von der gebildeten Öffentlichkeit und namentlich den Rednern infolge der Isolierung des Rechts und der daraus resultierenden Entwicklung eines Juristenstandes missverstanden worden zu sein.⁷ Sie beriefen sich zwar auch bei Anwendung dieser im ursprünglichen Sinne des Wortes dialektischen Methode auf die *auctoritas* einzelner Juristen und wurden hierfür nicht zuletzt von Cicero verschiedentlich persifliert.⁸ Jedenfalls seit dem Aufkeimen von Meinungsstreiten konnten die Juristen ihren fachlichen Diskurs aber nicht mehr durch wechselseitigen Verweis auf ihre oder sonstige Autoritäten führen.⁹ Die zitierte Autorität gründete sich demnach mit Beginn der Frühklassik nicht mehr auf soziales Ansehen, sondern juristische Sachkunde.¹⁰ Die relevanten Wertungsgesichtspunkte zur Entscheidung eines Falles wurden durch die Kombination von Teilaspekten älterer Fälle herausgearbeitet, die ihrerseits nicht jedes Mal einer Neubewertung unterzogen werden konnten.¹¹ Stattdessen verwies man auf den Juristen, der die Wertungen im vergleichsweise herangezogenen Fall ermittelt hat.

toren; *Spagnolo/Sampson*, Principle and pragmatism, in: Principle, 1, 16 m.w.N. in Fn. 129. Das wachsende Bedürfnis nach Transparenz und Rationalität in den letzten 2 Jh. v. Chr. betont *Thomas*, A Barzunesque View, in: Cicero's Law, 11, 21.

⁴ Freilich konnten sie sich auch – im Gegensatz zur römischen Jurisprudenz – am Vorbild der hellenistischen Rhetorik orientieren.

⁵ *Horak*, Rationes decidendi, 73. So unterliegt der Jurist Q. Mucius Scaevola bekanntermaßen in der *causa Curiana* dem juristisch gebildeten Redner L. Licinius Crassus, Cic. de orat. 1, 180; Brut. 144–146; top. 44; zu den Parteivertretern s. *Kunkel*, Herkunft, 18; *Schulz*, Geschichte, 53. Dessen „Adoptivonkel“ P. Licinius Crassus (des Redners Großvater adoptierte den geborenen Mucius, s. *Nüßlein*, De oratore, 512 Erl. zu § 170) unterlag knapp 60 Jahre zuvor dem Redner S. Sulpicius Galba, Cic. de orat. 1, 240. Gegen eine deutliche Trennung von Juristen und Rednern *Thomas*, A Barzunesque View, in: Cicero's Law, 11, 14–16, auch zur *causa Curiana* m.w.N. Fn. 22–24.

⁶ *Kaser*, Zur Methode, 70; *Bund*, Zur Argumentation, in: St. Volterra I, 571, 575. Wenn Cic. de orat. 1, 240 nur dem Redner Galba zuspricht, „varie et copiose multas similitudines adferre“, steht zu vermuten, dass die Jurisprudenz die *similitudo* erst ab Ende des 2. Jh. v. Chr. als Argument fruchtbar machte.

⁷ Zur Isolierung grundlegend *Schulz*, Prinzipien, 13 ff.; zur Etablierung eines eigenen Juristenstandes s. etwa *Kunkel*, Herkunft, 38 ff.

⁸ *Schulz*, Prinzipien, 125–127; *Bund*, Zur Argumentation, in: St. Volterra I, 571, 573 f. mit Verweis auf Cic. fam. 7, 10, 2 und 17, 3 (beide an Trebaz).

⁹ *Horak*, Rationes decidendi, 74; vgl. *Bund*, Zur Argumentation, in: St. Volterra I, 571, 573; *Thomas*, A Barzunesque View, in: Cicero's Law, 11, 17 (Paradigmenwechsel).

¹⁰ *Stolfi*, Argumentum auctoritatis, in: Tra retorica, 85, 120–122.

¹¹ *Coing*, Zur Methodik, in: St. Arangio-Ruiz I, 365, 383; *Stolfi*, Argumentum auctoritatis, in: Tra retorica, 85, 104 f.; *Rüfner*, in diesem Band, 263, nennt diese Teilaspekte eingängig „Versatzstücke“.

Diese im juristischen Diskurs der Fachgenossen knappe, effektive und die gesamte Klassik hindurch praktizierte Methode vermittelte Außenstehenden den Eindruck argumentativer Schwäche und geistiger Abhängigkeit. Die von Cicero angestrebte *ars iuris* verlangte nach intellektueller Selbständigkeit.¹² Das Herausarbeiten von Ähnlichkeiten und Unterschieden war für Nichtjuristen nur nachvollziehbar, wenn die Sachargumente *a similitudine* und *a differentia* präsentiert wurden. Der Verweis auf ihnen unbekannte Abwägungsentscheidungen älterer Juristen war Außenstehenden nicht vermittelbar, mithin nicht intersubjektiv in Ciceros Sinne.¹³

Vor diesem Hintergrund scheint der regelmäßige Rekurs der ciceronischen *Topica* auf die Trias aus Philosophen, Rednern und Juristen nicht nur allgemein die Bildung einer geistigen Elite zu bezwecken, sondern mit Betonung der Differenzen ihrer Argumentationsweisen das Methodenbewusstsein der adressierten Juristen schärfen und den Austausch zwischen den Fachdisziplinen fördern zu wollen.¹⁴ Ciceros *Topica* wollen den Rechtsgelehrten mit ihrer aus nichtjuristischer Sicht dürftigen Argumentationspraxis eine überblicksweise Darstellung – gerade auch der *Topoi a similitudine* und *a differentia* –¹⁵ bieten und ihnen die heuristischen Voraussetzungen zum planmäßigen Auffinden von Argumenten vermitteln,¹⁶ damit es „licebit igitur diligenter cognitis argumentorum locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare“ (Cic. top. 66).

Um diesem Anspruch zu genügen und damit als Beitrag zu dem methodischen Programm *De iure civili in artem redigendo* angesehen werden zu können, dürften sich die juristischen Bezüge der *Topica* nicht in der Wahl der Beispiele erschöpfen.¹⁷ Vielmehr müsste Cicero in seiner Darstellung auch methodisch auf die gegenüber Philosophen und Rednern speziellen Bedürfnisse der Juristen Rücksicht genommen haben.

¹² Masi Doria, Principii e regole, in: Tra retorica, 19, 33: „Ars iuris significa per lui (sc. Cicero) autonomia intellettuale del diritto (...)“.

¹³ Zur Intersubjektivität s. Wieacker, Zur Rolle des Arguments, in: FS Kaser, 3, 24 und oben Buchwitz/Ehmer, in diesem Band, 14.

¹⁴ Cic. top. 41, 45, 50 f., 56, 65 f.; zur geistigen Elite s. o. Buchwitz/Ehmer, in diesem Band, 21.

¹⁵ Diese *Topoi* behandeln nach der folgenden Einordnung Cic. top. 15–18, 23, 41–46, 50; in der Tendenz treffend, aber etwas pauschal Mantello, L'analogia, in: St. Martini II, 605, 645.

¹⁶ Buchwitz/Ehmer, in diesem Band, 20; Baier, in diesem Band, 38.

¹⁷ Zu ihnen Backhaus, in diesem Band, 59 ff.

B. Juristische Entscheidungsfindung: Entdeckungs- und Begründungszusammenhang

Zunächst ist also das Charakteristische der juristischen Entscheidungsfindung zu bestimmen. Noch ohne Unterscheidung der Fachdisziplinen verwiesen wir einführend zum Wissenschaftsverständnis auf Viehwegs scharf gezeichneten Dualismus zwischen dem modernen, geschlossenen axiomatisch-deduktiven System cartesianischer Provenienz und einer rhetorisch-topischen¹⁸ wissenschaftlichen Methodik der Antike.¹⁹ Dagegen wendet sich Horak, nach dem Viehwegs Antithese der beiden Denkstile darauf beruhe, dass er den Unterschied zwischen Entdeckungs- und Begründungszusammenhang verkannt habe.²⁰ Im Begründungszusammenhang sei allein die logische Ableitung zulässig.²¹ Für den Entdeckungszusammenhang, also die Entwicklung eines aus Axiomen korrekt ableitbaren Satzes zur Lösung eines Problems, gebe es hingegen keine effektive Methode – selbst in der Mathematik nicht.^{21a} Der Jurist sei auf sein „Entdeckerglück“²² angewiesen, wenn er sich eines Sachverhalts gegenübersieht und die anzuwendenden Normen zusammensucht. Diese Ansicht, nicht weniger radikal als Viehwegs, geht in zweierlei Hinsicht fehl.

I. Der Entdeckungszusammenhang ist nicht amethodisch

Erstens führte ein so verstandener, amethodischer Entdeckungszusammenhang zur Unlehrbarkeit des Rechts. Gäbe es keine Methode, Entscheidungsgrundlagen

¹⁸ Von der antiken topischen Methode ist die – dem heutigen Juristen geläufigere – materiale Topik zu unterscheiden, *Horak*, *Rationes decidendi*, 54; *Giaro*, SZ 105 (1988), 180, 255 f. Heute bezeichnen wir etwa den „Schutz des gutgläubig-unverklagten Besitzers“ im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 987 ff. BGB) als Topos. Die antike Topik hingegen ist eine von der Rhetorik entwickelte Form des Problem-denkens zum (gelehrten) Streitgespräch, *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 14. Sie dient dem Auffinden von Argumenten und Schlussfiguren, etwa eines *argumentum e contrario* oder eines Analogieschlusses, *Horak*, *Rationes decidendi*, 54. Der Begriff wurde also von der Methode auf das Ergebnis ihrer Anwendung übertragen: Die Analyse der §§ 987 ff. BGB ergibt, dass der redlich-unverklagte Besitzer stets günstiger behandelt wird als andere Besitzer. Diese Wertung wird nicht durch Deduktion aus einer der Normen, sondern im Wege der Gesamtschau aller Normen des Instituts durch Invention gewonnen. Die Bezeichnung Topos ist damit vom kreativen Prozess der Argumentfindung, mithin der *inventio* (s. sogleich im Haupttext), auf sein Ergebnis übergegangen.

¹⁹ *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 16 f.; *Buchwitz/Ehmer*, in diesem Band, 25 f.

²⁰ *Horak*, *Rationes decidendi*, 49, 53 u. ö.; instruktiv zur Kontroverse *Honoré*, CLR 4 (1973), 58, 58 f.

²¹ *Horak*, *Rationes decidendi*, 20; im Ergebnis wohl auch *Giaro*, SZ 105 (1988), 180, 236: „Gerade das ‚Leben‘ verlangt (...) eine Entscheidungslegitimation, daher auch Deduktion.“ (kursiv nur hier).

^{21a} Vgl. für die Mathematik *Pólya*, *Mathematik II*, 9.

²² *Horak*, *Rationes decidendi*, 43.

zu ermitteln, die hierzu nötigen Fähigkeiten zu schulen, das „Entdeckerglück“ also gleichsam zu provozieren, wäre Inhalt des Entdeckungszusammenhangs die unsinnige Forderung: „Seien Sie bitte genial“.²³ Dies aber wäre für die römische nicht weniger als die heutige Zeit eine anmaßende (Selbst-)Überhöhung der juristischen Tätigkeit.²⁴ Selbst wenn man Kasers auf die Intuition abhebenden Ausführungen „Zur Methode der römischen Rechtsfindung“ im Sinne einer solchen freischöpferischen Genialität verstehen wollte,²⁵ hat er gerade unter dem Eindruck von Horaks Arbeit die Grundlagen der Intuition näher beschrieben und die Methodik der Entscheidungsfindung exakter gefasst:

Die Juristen finden das Recht mittels Deduktion aus den vorgegebenen Rechtsquellen und sonstigen Erkenntnisgrundlagen, aber zugleich durch intuitive Erfassung der Fallprobleme, nachdem sie freilich diese Intuition durch ein genaues Studium namentlich der bisherigen Fallösungen vorbereitet haben. Dabei werden die Fälle keinem vorgegebenen, aus den juristischen Begriffen abgeleiteten System untergeordnet, sondern in assoziativem Fortschreiten, das häufig (zyklisch) zum Ausgangspunkt zurückkehrt, aneinandergereiht. Die Entscheidungen werden aus den vorliegenden Fallbearbeitungen entweder (im Falle der Rechtsähnlichkeit) durch Analogie (...) gewonnen oder (im Gegenfall) durch Gegenschluß (*argumentum e contrario*); (...).²⁶

Lassen wir die unter Horaks Einfluss (über-)betonte Deduktion, verbunden mit einer Reduktion der Intuition auf ein bloßes „zugleich“ einstweilen außen vor,²⁷ zeigt sich, dass Kaser die Bedeutung von *argumenta a similitudine* und *ab adiunctis* (Cic. top. 15, 18) einerseits sowie *a differentia* und *ex contrario* andererseits (Cic. top. 16f.) für die Intuition der römischen Juristen anerkennt.²⁸ Er vertritt damit in der Sache einen gemäßigten Topikbegriff und führt die Intuition letztlich methodisch auf einen Vorgang zurück, den man mit Giaro als „gesunden Menschenverstand“ oder – präziser – die Anwendung argumentativen Gemeinguts bezeichnen könnte.²⁹

Damit ist freilich nicht Quintilians Polemik das Wort geredet, was ein Jurist könne, beherrsche ein halbwegs versierter Redner allemal (vgl. Quint. inst. 12, 3, 9f.). Beim Zusammensuchen der Erkenntnisgrundlagen und zur Erfassung der Fallprobleme sind Assoziation und durch Erfahrung geschultes Judiz unterläss-

²³ Giaro, SZ 105 (1988), 180, 247.

²⁴ Vgl. die gewohnt launige Sentenz Gradenwitz': „Als Jurist kann jeder etwas werden, als Mathematiker muss man begabt sein.“ Dazu Schroeder, Universität, 317 m.w.N. in Fn. 383.

²⁵ Kaser, Zur Methode, 54–62; differenzierend Giaro, SZ 105 (1988), 180, 247 f.

²⁶ Kaser, RPR I, 212. Die 2. Auflage erschien zwei Jahre nach Horak, *Rationes decidendi*.

²⁷ Nach Waldstein, SZ 115 (1998), 203, 204 Fn. 6 ließ sich Kaser hier zunächst von Horaks Theorie beeindrucken, erkannte aber später wieder ein Primat der Intuition an.

²⁸ Ebenso Thomas, SZ 131 (2014), 41, 58 f.

²⁹ Giaro, SZ 105 (1988), 180, 188.

lich.³⁰ In einer entwickelten Rechtsordnung kann dies allein ein spezialisierter Juristenstand leisten.³¹ Nur die fortwährende, (zeit-)intensiv Beschäftigung mit dem Recht ermöglicht das Herausarbeiten relevanter Wertungen als Voraussetzung der Induktion rationaler und kohärenter Regeln, die wiederum – frei nach Kaser – zyklisch zum Ausgangspunkt zurückkehrend, im Einzelfall auf ihre *utilitas* hin reflektiert werden müssen.³² Sofern es an Regeln als Prämissen der Deduktion fehlt, ist Voraussetzung einer nicht bloß überredenden, sondern sachlich überzeugenden Entscheidung mit Kaser „genaues Studium namentlich der bisherigen Fallösungen“. Die Anwendung argumentativen Gemeinguts meint sonach kein oberflächliches Herumargumentieren unter Einsatz rhetorischen Blendwerks. Vielmehr ist die allein von einem entsprechend geschulten „Juristenverstand“ zu leistende Feststellung der Erkenntnisgrundlage von der auf ihr beruhenden Lösung des konkreten Falles unter Gebrauch des „gesunden Menschenverstandes“ zu trennen. Der Mensch denkt nicht in Syllogismen, sodass der Jurist Rechtsquellen und -lage bei überblicksweiser Durchsicht unmittelbar erfassen muss und, Denkopoperationen samt Ergebnis gleichsam vorwegnehmend, die Begründung nur nachreicht.³³ Im ersten Schritt sind also einerseits möglicherweise einschlägige Regeln festzustellen und auf ihre *utilitas* im konkreten Fall hin zu prüfen, andererseits, ausgehend von der Interessenlage des zu entscheidenden Falles, Vergleichs- und Gegenfälle zu ermitteln. Im zweiten Schritt folgt die Einordnung des zu entscheidenden Falles in dieses offene System und damit zugleich die Rechtfertigung der ermittelten Entscheidungsgrundlage. Soweit der Jurist die Begründung expliziert, bedient er sich – nicht strukturell anders denkend als andere Menschen – argumentativen Gemeinguts, das er im Rahmen seiner rhetorischen Schulung erwarb.³⁴

³⁰ Auf die allgemeine geisteswissenschaftliche Hermeneutik gewendet, spricht *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 45 von einer neben die logische tretenden ästhetischen Urteilskraft: Ein Fall werde aufgrund seiner Individualität nie vollständig von allgemeinen Regeln erfasst, sodass seine Lösung über die bloße Anwendung allgemeiner Gesetze oder Begriffe hinausgehe. Unentbehrliches Moment bei der sonach nötigen Ergänzung der vorhandenen Grundlagen sei daher der Geschmack als höchste Vollendung des sittlichen Urteils – das Judiz des Nichtjuristen? *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, 7 bemerkt in Bezug auf die Erweiterung des Rechts um Kategorien, die nicht dem Begriff der Rechtsnorm unterfallen, dass „jedes ‚gesetzesanwendende‘ Urteil zugleich auch schon ein Stück ‚punktuelle Rechtsfortbildung‘“ sei.

³¹ *Savigny*, Beruf, 11 f.

³² Näher *Spagnolo/Sampson*, Principle and pragmatism, in: Principle, 1, 2–4, die das Zusammenspiel von „principle“ und „pragmatism“ als Grundprinzipien der Entscheidungsfindung römischer Juristen ausmachen und ihnen als Gegenbegriffe u. a. *ratio* („logic“) und *utilitas* („experience“), „reason“ und „tradition“, „theory“ und „empiricism“ zuweisen. Zur *utilitas* auch a. a. O. 5 mit Verweis auf IUL. 86 dig. D. 9, 2, 51, 2.

³³ *Giario*, SZ 105 (1988), 180, 250.

³⁴ Zum gemeinsamen Unterricht angehender Juristen und Redner s. *Dänzer*, in diesem Band, 224.

Kaser bildet diese Trennung mit der treffenden, sprachlich bemerkenswerten *Vorbereitung* der Intuition durch das Fallstudium ab. Cic. de orat. 1, 186 differenziert in gleicher Weise die *scientia* zur Bildung einer *ars* von der *scientia iuris*.³⁵ Die Erlernbarkeit der *scientia iuris* steht außer Frage, ist aber weder Gegenstand dieser Untersuchung, noch der *Topica*. Cicero zielt mit seinem Werk vielmehr auf die Vermittlung gerade jener Fähigkeiten, die es zum planmäßigen (also nicht assoziativen) Auffinden von Argumenten bedarf. Der für die juristische Entscheidungsfindung wesentliche Entdeckungszusammenhang ist damit nicht amethodisch und folglich nicht unlehrbar.

II. Der Begründungszusammenhang ist nicht auf logische Ableitungen beschränkt

Zweitens irrt Horak, wenn er im Begründungszusammenhang allein logische Ableitungen für zulässig hält und in diesem so eng verstandenen Vorgang den wesentlichen Schritt der juristischen Entscheidungsfindung erblickt.³⁶ Er hebt zwar noch zutreffend hervor, dass die Intuition bei komplexen Fällen, die nicht einfach einer sofort erkennbaren Norm subsumierbar seien, den guten Juristen ausmache.³⁷ Im Folgenden verkennt er aber den besonderen Stellenwert des Entdeckungszusammenhangs gerade für die Jurisprudenz, wenn er für unsere heutigen Systeme kontinentalen Gesetzesrechts behauptet, der überwiegende Teil juristischer Entscheidungen beruhe praktisch auf einfacher Subsumtion.³⁸ Damit lässt er außer Acht, dass ein logisch korrektes Urteil keineswegs sachlich richtig sein muss: Der Richter kann auf Grundlage einer falschen Prämisse logisch nicht angreifbar deduzieren, weshalb die wesentliche und komplexere Aufgabe in der überzeugenden Rechtfertigung der Richtigkeit der Prämissen zu suchen ist.³⁹ Sie ist das Spielfeld der Rechtsdogmatik, das besonders groß ist, wenn es an einer einschlägigen Regel des positiven Rechts als Gesetzesprämisse fehlt.⁴⁰ So liegt

³⁵ Buchwitz/Ehmer, in diesem Band, 11 ff.

³⁶ Gegen die begriffsjurisprudenziale Überbetonung des Logischen in der Entscheidung römischer Juristen bereits Jhering, Geist III, 318 f.; Überblick zur Entwicklung des Meinungsstands bei Spagnolo/Sampson, Principle and pragmatism, in: Principle, I, 7–9.

³⁷ Horak, Rationes decidendi, 43.

³⁸ Horak, Rationes decidendi, 57; dagegen zurecht – im Anschluss an Kaser – Waldstein, Teoria generale del diritto, 46 f.; Waldstein, SZ 115 (1998), 203; Wieacker, Zur Rolle des Arguments, in: FS Kaser, 3, 17 spricht mit Blick auf die Deduktionsketten kontinentaleuropäischer Juristen von der „Illusion einer Ableitbarkeit von Entscheidungen“. Allerdings hat Horak mit seinem Primat des syllogistischen und damit logischen Charakters juristischen Begründens die herrschende Meinung der heutigen Methodenlehre auf seiner Seite, vgl. Bäcker, Rechtstheorie 40 (2009), 404, 405.

³⁹ Bäcker, Rechtstheorie 40 (2009), 404, 408 f. nennt diese gedanklichen Operationen – im Anschluss an Alexy – interne und externe Rechtfertigung.

⁴⁰ Bäcker, Rechtstheorie 40 (2009), 404, 411 f. Vgl. auch das Zitat in Fn. 49.

jedem *argumentum a fortiori*, jedem Analogieschluss die Intuition eines Juristen zugrunde, eine Argumentfindung über den bloßen Wortlaut der nicht unmittelbar einschlägigen Norm hinaus, ein inventiver, topischer Akt.⁴¹ Die Entscheidungslegitimation wird also selbst heute noch nicht selten topisch durch Überzeugung erlangt, sodass die Intuition auch im Begründungszusammenhang ihren Platz hat.⁴²

Erst recht gilt dies für eine nichtkodifizierte Rechtsordnung wie die römische. Selten können römische Juristen auf Gesetze zurückgreifen, gelegentlich auf ausgebildete Rechtsbegriffe oder zu Regeln erstarrte rezipierte Juristenlehren.⁴³ In diesen Fällen ist die Entdeckung (*inventio*) bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgt und die Begründung deduktiv,⁴⁴ also eine bloße *iudicatio*. Sofern sich die Entscheidungsfindung aber nicht zufällig unmittelbar aus einer dieser wenigen Normen ableiten lässt, muss der Jurist die Erkenntnisgrundlage erst entwickeln („zusammensuchen“), wofür die deduktive Logik nicht zu gebrauchen ist.⁴⁵ In all diesen Fällen ist die „Erfassung der Fallprobleme“ (s. o.), das Auffinden der relevanten Wertungsgesichtspunkte und Entwickeln überzeugender Argumente der wesentliche Teil der juristischen Arbeit.⁴⁶ Dabei argumentieren – sofern man dies überhaupt so nennen dürfte – die römischen Juristen nicht im „luftleeren Raum“,⁴⁷ sondern knüpfen ihre *interpretatio* denknotwendig an ein *interpretandum*, das sie durch Herausarbeiten der Gemeinsamkeit oder des Unterschieds, Fiktion oder Restriktion usf. dem konkreten Fall applizieren.⁴⁸ Die reine Subsum-

⁴¹ Vgl. Horak, *Rationes decidendi*, 30; Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 40.

⁴² Waldstein, SZ 115 (1998), 203, 206–210; ähnlich, wenngleich etwas abstrakt Waldstein, *Topik und Intuition*, in: FG Herdlitzka, 237, 255.

⁴³ Zu letzteren neben Stein, *Regulae iuris* und Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* auch Horak, *Rationes decidendi*, 292 f. Als frühklassisches Beispiel führt Bund, *Zur Argumentation*, in: St. Volterra I, 571, 574 ein *responsum* des Servius an, überliefert in ALF. 2 dig. D. 28, 5, 46: Der Erblasser stellt die Erbeinsetzung des Titius unter die Bedingung, dass seine Mutter und Tochter im Erbfall noch leben. Er hat nie eine Tochter. Titius wird Erbe, da (Regel) „impossibile in testamento scriptum nullam vim habet“.

⁴⁴ Vgl. etwa Horak, *Rationes decidendi*, § 12 (147 ff.): „Begründungen aus [sc. feststehenden] Rechtsbegriffen“, kursiv nur hier; s. auch Bydliński, *Methodenlehre*, 396 zur Subsumtion als „nicht mehr spezifisch juristische, sondern logische Operation“.

⁴⁵ Giaro, SZ 105 (1988), 180, 251. Vgl. für die heutige Zeit Bäcker, *Rechtstheorie* 40 (2009), 404, 414 Fn. 26: „Diese Grundsätze der Methodenlehre sind aber spätestens dann überfordert, wenn (...) die Gesetzestexte überhaupt keine einschlägige Norm enthalten.“

⁴⁶ Gilardeau, Cicéron, 117. Gelingt dem Juristen diese Aufgabe, kann seine Argumentation selbst zur Regel werden, s. Nörr, SZ 89 (1972), 18, 79; für das moderne kontinentale Gesetzesrecht s. Bydliński, *Methodenlehre*, 402: „Das Schwergewicht des Problems liegt allerdings häufig nicht in dem abschließenden, deduktiven Denkschritt, sondern bei der Ermittlung der dem Gesetz zugrundeliegenden Interessenbewertung.“

⁴⁷ Kaser, *Zur Problematik*, in: Röm. Rechtsquellenlehre, 9, 37: „Die Juristen saugen sich ihre Problemlösungen nicht aus den Fingern.“

⁴⁸ Giaro, SZ 105 (1988), 180, 221.

tion in allenfalls marginalen äußeren Teilsystemen ist hier von untergeordneter Bedeutung.⁴⁹

Der heutige kontinentaleuropäische Jurist befindet sich am ehesten im Verfassungsrecht in einer dem römischen Juristen vergleichbaren Lage: So macht etwa der geringe und äußerst abstrakte, einer Subsumtion kaum fähige Normbestand des deutschen Grundgesetzes, der zudem fortwährend an neue Gefährdungen der Grundrechte infolge gesellschaftlicher oder technischer Entwicklungen angepasst werden muss,⁵⁰ aufwendige juristische Konstruktionen erforderlich. Erwähnt seien an dieser Stelle neben dem der technischen Entwicklung geschuldeten Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme etwa die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte „Sphärentheorie“ zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie die „Drei-Stufen-Lehre“ zur Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).⁵¹ Es fügt sich denn auch, dass diese Aspekte im juristischen Gutachten unter dem syllogistischen Prüfungspunkt „Definition“ oder „Rechtslage“ behandelt werden.⁵² Nicht in der Benennung der einschlägigen Norm als „Aufhänger“ der Er-

⁴⁹ Vgl. Nörr, SZ 89 (1972), 18, 78 f.; Giaro, SZ 105 (1988), 180, 207, 242: „Mechanische Deduktion kann in Rechtssachen nur in dem Bereich stattfinden, in dem die semantischen Interpretationen ohne weiteres feststehen. Sie ist übrigens als Aufgabe eher der Juristerei als der Jurisprudenz im eigentlichen Sinne zu betrachten.“ S. auch das Zitat aus Bydlinski, Methodenlehre, 402 in Fn. 46.

⁵⁰ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 127 zur Genese des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Im Einzelnen ist freilich hoch umstritten, wie weit eine verfassungskonforme Fortbildung gesetzten Rechts durch dynamische, objektiv-teleologische Argumentation des Rechtsanwenders reicht und wann sie zur gegen Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG verstoßenden „stillen Verfassungsänderung“ wird, näher *Bäcker*, AöR 143 (2018), 339, 358, 369 f.; aus methodischer Sicht vgl. auch *Ehmer*, ZfPW 2020, 505, 507.

⁵¹ Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht s. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 157–160 mit Nachweisen zur Rechtsprechung in Fn. 3: Unterschieden werden eine unantastbare Intimsphäre, eine nur bei überwiegenden Belangen des Gemeinwohls den Eingriff rechtfertigende Privatsphäre sowie eine Sozialsphäre mit geringen Rechtfertigungsanforderungen. Für die Berufsfreiheit siehe grundlegend das sogenannte Apotheken-Urteil BVerfG, Urteil vom 11. Juni 1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377, Ls. 6 a) bis c) und Rn. 75–79, das mit steigender Eingriffsintensität und Rechtfertigungsbedürftigkeit Berufsausübungsregel, objektive und subjektive Berufswahlregel unterscheidet.

⁵² Im juristischen Gutachtenstil („Justizsyllogismus“) wird der aus dem aristotelischen Syllogismus bekannte Dreischritt „Obersatz – Untersatz – Ergebnis“ zwischen Ober- und Untersatz um „Definition“ bzw. „Rechtslage“ erweitert; instruktiv mit Beispiel etwa *Bäcker*, JuS 2019, 321, 324. Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde würde nun das Bundesverfassungsgericht bzw. der Klausurbearbeiter im Anschluss an die Feststellung, dass ein Eingriff in den Schutzbereich z. B. der Berufsfreiheit vorliegt, schulmäßig etwa folgenden Obersatz formulieren: „Der Grundrechtseingriff könnte gerechtfertigt sein. Nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Freiheit der Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.“ Sodann folgt eine Definition bzw. nähere Erläuterung dieser Vorschrift („Rechtslage“). Hier wird dargelegt, dass diesem Gesetzesvorbehalt auch die in Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG genannte Berufswahl unter-

örterung oder der aufgrund einer auf den Fall bereits zugeschnittenen⁵³ Definition meist trivialen Subsumtion liegt der wesentliche Teil der juristischen Arbeit, sondern in dieser Definition bzw. Entwicklung der Rechtslage als Teilsystembildung selbst. Die Bildung der Regel – nicht ihre Anwendung –⁵⁴ gehört als inventiver Akt in den Entdeckungszusammenhang. Aus diesem Grund hat Horak auch das Kapitel „Begründungen aus der juristischen Konstruktion“⁵⁵ zu Unrecht in den Abschnitt „Deduktion (Subsumtion)“ eingeordnet. Eine juristische Konstruktion ist eben keine bloße Anwendung einer Formel, der man den Sachverhalt einfach subsumiert,⁵⁶ sondern ein Akt der *inventio*.⁵⁷

Niemand würde leugnen, dass Juristen – auch die römischen, weitaus häufiger aber die heutigen – ihre Entscheidungen *auch* mit logischer Deduktion begründen.⁵⁸ Doch ist die logische Ableitung nicht die wesentliche oder mit Horak gar einzige Möglichkeit der Begründung.⁵⁹ Weiterhin bleibt festzuhalten, dass der Entdeckungszusammenhang (im Sinne Horaks)⁶⁰ weder amethodisch noch un-

fällt, die Rechtfertigungsvoraussetzungen sich aber nach der betroffenen Eingriffsstufe richten. Es folgt die Darstellung der „Drei-Stufen-Lehre“.

⁵³ Auch bei den römischen Juristen enthält die Tatbestandsschilderung als Konstruktion der Entscheidungsgrundlage implizit eine Begründung, s. *Wieacker*, Der röm. Jurist, in: Vom röm. Recht, 128, 151; *Horak*, Rationes decidendi, 75 Fn. 42.

⁵⁴ Die Anwendung einer solchen Konstruktion ohne Reflexion der im konkreten Fall einschlägigen Wertungen ist freilich weder ein inventiver, noch ein zur Entscheidungslegitimation hinreichender deduktiver Akt, vgl. *Ehmer*, ZfPW 2020, 505, 510 f.

⁵⁵ *Horak*, Rationes decidendi, § 11 (129 ff.).

⁵⁶ So selbst *Horak*, Rationes decidendi, 139 sub 6. a. E.

⁵⁷ *Wieacker*, Zur Rolle des Arguments, in: FS Kaser, 3, 18 f. spricht treffend von „schöpferische[r] Konstruktion“.

⁵⁸ *Waldstein*, SZ 115 (1998), 203, 204 Fn. 6.

⁵⁹ Ähnlich *Spagnolo/Sampson*, Principle and pragmatism, in: Principle, 1, 3, 14, nach denen die Argumentation teils vom „principle“ als logisch-syllogistischem Denken, teils vom „pragmatism“ als „reasoning directed to the particular end of solving a problem with concrete facts“ ausgeht; *Thomas*, SZ 131 (2014), 41, 49 Fn. 76 und 54 Fn. 120 zitiert gleich zweimal folgende Worte Bydlinskis, die zwar seiner (s. etwa *Bydlinski*, Methodenlehre, 396, 401) und der hier vertretenen methodischen Auffassung entsprechen, sich jedoch am von Thomas angegebenen Ort nicht finden: „Nur in einem zwar durchaus relevanten, aber eben unproblematischen Bereich routinemäßiger Rechtsanwendung führt bereits bloße deduktive Ableitung aus den vorfindlichen Rechtsnormen zu eindeutigen und zureichenden Ergebnissen. Es ist der Grundfehler der üblichen rechtspositivistischen Ansätze, daß sie nur diesen Bereich und darüber hinaus nur die rechtlich freie Entscheidung des zuständigen Rechtsorgans kennen und kunstvoll alle argumentative Rechtsgewinnung dazwischen wegdefinieren.“

⁶⁰ Der Begriff ist a limine ungeschickt, weil er das „Hin- und Herwandern des Blicks“ (*Engisch*, Logische Studien, 15) zwischen Fall und rechtlicher Entscheidungsgrundlage nicht abzubilden vermag: Alle juristische Entdeckung erfolgt mit (Seiten-) Blick auf die Begründung, s. u. Fn. 271. Ordnet man dem Entdeckungszusammenhang mit Horak alle Operationen zu, die nicht logisch-deduktiv sind, verliert er mit unseren Ausführungen, nach denen Begründungen auch inventiv erfolgen können, jede Kontur. Siehe daher die neue Terminologie sogleich unter C.

lehrbar ist, sondern sich auch im Juristischen vermittelbarer, allgemein gebräuchlicher Denkfiguren bedient, deren reflektierenden Gebrauch Cicero mit seinen *Topica* schulen wollte, um auch den Rechtsgelehrten ein *copiose disputare* zu ermöglichen (s.o. Cic. top. 66).

C. Ciceros Grundunterscheidung in top. 6: *inventio* und *iudicatio*

Betrachtet man die *Topica* unter dem Eindruck der modernen methodologischen Gegenbegriffe Entdeckungs- und Begründungszusammenhang, fällt auf, dass auch Cicero im Anschluss an die Einleitung (top. 1–5) sogleich eine Unterscheidung zwischen dem Auffinden von Argumenten (*inventio*) und dem logischen Urteilen mittels Deduktion (*iudicatio*) trifft.⁶¹ Seine Terminologie ist dabei sowohl der modernen, als auch der griechischen überlegen. Die logische Ableitung ist – wie wir sahen – nicht die alleinige Methode des Begründungszusammenhangs, der Entdeckungszusammenhang seinerseits nicht amethodisch, sodass eine trennscharfe Unterscheidung beider Operationen anhand dieser Begriffsgrenzen nicht möglich ist. Die von Cicero als Äquivalente für *inventio* und *iudicatio* gebrauchten griechischen Begriffe *Topik* und *Dialektik* waren bereits in der Antike unscharf,⁶² für die *Topik* gilt dies infolge ihres inflationären Gebrauchs heute umso mehr. Wörtlich heißt es in Cic. top. 6:

Stoici autem in altera elaboraverunt; iudicandi enim vias diligenter persecuti sunt ea scientia, quam *διαλεκτικήν* appellant, inveniendi vero artem, quae *τοπική* dicitur, quae et ad usum potior erat et ordine naturae certe prior, totam reliquerunt.

Cicero bezeichnet – ganz im Sinne unserer Ausführungen zum Entdeckungszusammenhang – die *ars inveniendi* als „ad usum potior“. Gerade in der forensischen Praxis, in der sich am Beispiel der *causa Curiana* die Krise der vorklassischen Jurisprudenz offenbarte, können gute Analogie- und witzige Absurditätsargumente mehr bewirken, als eine „geradlinige“ Deduktion, die allenfalls richtig sein kann.⁶³ Dass die *inventio* „ordine naturae certe prior“ ist, trifft insofern zu, als die Prämissenfindung der Deduktion notwendig vorangeht.⁶⁴ Allerdings sug-

⁶¹ Cic. top. 6: „Cum omnis ratio diligens disserendi duas habeat partis, unam inveniendi, alteram iudicandi, utriusque princeps, ut mihi quidem videtur, Aristoteles fuit.“ Zu dieser Unterscheidung s. *Guzmán Brito*, REHJ 32 (2010), 161, 164 und *Buchwitz/Ehmer*, in diesem Band, 20. Von der *ratio diligens disserendi* (zu ihr *Beltrán Calfur-rapa*, RD Valparaíso 39 (2012), 587, 591 f.) spannt sich der gedankliche Bogen zum *copiose disputare* (top. 66), also (fast) bis ans Ende der juristisch relevanten Ausführungen. Zum entsprechenden Zweischritt im Rahmen der rhetorischen Status-Lehre s. *Calboli Montefusco*, Logica, retorica e giurisprudenza, in: Per la storia, 209, 211.

⁶² *Baier*, in diesem Band, 44 f. (Topos); *Buchwitz/Ehmer*, in diesem Band, 22 (Dialektik).

⁶³ *Giario*, SZ 105 (1988), 180, 255, gerade mit Verweis auf Ciceros *Topica*.

⁶⁴ Vgl. *Giario*, SZ 105 (1988), 180, 251 f.

geriert *prior* die Notwendigkeit eines *posterior*, obwohl Cicero selbst im Weiteren zeigt, dass ein inventiver Topos auch ohne folgende *iudicatio* als Argument dienen kann (s. etwa Cic. top. 15 ff.).

Ungleich höher zu werten ist Ciceros kreative Leistung in Bezug auf die *ars iudicandi*. Den an sich unscharfen und gerade bei Aristoteles weiter verstandenen Dialektikbegriff reduziert er mit der Konkretisierung „Stoici autem in altera elaboraverunt“ – anders als in seinen früheren Werken – auf die stoische Aussagenlogik.⁶⁵ Dadurch trennt Cicero die Dialektik in bis dahin ungekannter Schärfe von der Topik,⁶⁶ die er durch ihre Gegenüberstellung mit der von den Stoikern fein ausgearbeiteten Schlusslehre zur eigenen Fachdisziplin aufwertet.⁶⁷ Dieser Gedanke ist spezifisch ciceronisch: Der Arpinate führt zwar beide *artes* auf Aristoteles zurück (s.o. Fn. 61). Bei ihm finden sich die logischen Schlussverfahren aber nicht in der Topik, sondern in der *Analytica posteriora*.⁶⁸

Die zweite bemerkenswerte Leistung Ciceros liegt darin, dass er die *ars iudicandi* trotz ihrer scharfen Trennung von der Topik, der sich das Werk dem Titel nach allein widmen würde,⁶⁹ als *locus dialecticorum* (top. 53) in seine Abhandlung einführt.⁷⁰ Diese neuartige Verbindung von Topik und Dialektik, der kein aristotelisches Vorbild zugrunde liegt, ist am ehesten aus einer juristischen Intention heraus erklärlich.⁷¹ Indem Cicero das spezifisch juristische Wechselspiel aus Invention und Deduktion erstmals gemeinsam abhandelt,⁷² trägt er einem Bedürf-

⁶⁵ Mortensen, *Rhetorica* 26 (2008), 1, 31, 39 (wachsende Bedeutung des logischen Topos in Ciceros Spätwerk, v. a. den *Topica*); Behrends, *Gewohnheit*, in: *Begründung*, 19, 30 Fn. 24 (Abgrenzung zum Dialektikbegriff im *Brutus*); Guzmán Brito, *REHJ* 32 (2010), 161, 168 (Abgrenzung der Dialektikbegriffe von Aristoteles und Stoa).

⁶⁶ Zur klaren Grenzziehung einerseits Cic. top. 53 a.A.: „Deinceps est locus dialecticorum proprius (...)“; andererseits top. 57 a.E.: „Ex eis modis conclusiones innumerae nascuntur, in quo est tota fere *διαλεκτική*.“ S. ferner Mantello, *L'analogia*, in: *St. Martini II*, 605, 632 Fn. 42 auf 633.

⁶⁷ Guzmán Brito, *REHJ* 32 (2010), 161, 188.

⁶⁸ Baier, in diesem Band, 44.

⁶⁹ Vgl. auch die an unsere Stelle unmittelbar anschließende Selbstbeschränkung in Cic. top. 7: „nos autem, quoniam in utraque summa utilitas est et utramque, si erit otium, persequi cogitamus, ab ea, quae prior est, ordiemur.“

⁷⁰ Dazu näher Mortensen, *Rhetorica* 26 (2008), 1, 31, 36: „While Cicero acknowledges its philosophical origin, he applies the logical *locus* to both rhetoric and dialectic.“ (kursiv nur hier) und 55: „Rather, Cicero's conceptualization of the locus should be seen as an attempt (or repeated attempts) to synthesize varying senses of locus“. Im Ansatz ähnlich Gilardeau, *Cicéron*, 82, 117; Guzmán Brito, *REHJ* 32 (2010), 161, 185; Backhaus, in diesem Band, 87, dessen Deutung ich durchaus teile.

⁷¹ Vgl. Reinhardt, *Topica*, 306 Fn. 1.

⁷² Vgl. Giaro, *SZ* 105 (1988), 180, 237: „weist das juristische Denken der Römer in einem sozusagen dialektischen Wechselspiel mal ‚nach oben‘, mal ‚nach unten‘; für die moderne Jurisprudenz *Engisch*, *Logische Studien*, 15: „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Tatbestand der Norm und Sachverhalt.“

nis der nichtkodifizierten römischen Rechtsordnung Rechnung. So bedürfen in ihr z. B. Argumente aus Gattung und Art (*a genere, a forma*; Cic. top. 13 f.) einer auf den Fall zugeschnittenen Teilsystembildung ad hoc, die ihrerseits zur *inventio* zählt.⁷³ Dies verdeutlicht Ciceros erstes Beispiel zum *locus dialecticorum* (top. 53):

Nam quid interest, cum hoc sumpseris, pecuniam numeratam mulieri deberi, cui sit argentum omne legatum, utrum hoc modo concludas argumentum: Si pecunia signata argentum est, legata est mulieri; est autem pecunia signata argentum; legata igitur est; (...).

Der Arpinate greift hier sein Beispiel zum *locus a genere* aus top. 13 wieder auf. Dort stellte er fest, dass einer Frau, der alles Silber vermacht wurde, auch das gemünzte Silbergeld vermacht sei, weil sich die Erscheinungsform nicht von der Gattung trennen lasse, solange jene⁷⁴ – man möchte ergänzen: nach der Verkehrsanschauung – ihren Namen beibehält, was bei Silbergeld der Fall sei.⁷⁵ Der in unserer Stelle mit „hoc modo concludas argumentum“ eingeleitete Syllogismus ist unspektakulär. Insbesondere fehlt es an einer Begründung für den Untersatz „est autem pecunia signata argentum“.⁷⁶ Sie verbirgt sich hinter den Worten „hoc sumpseris“, mit denen zwar unmittelbar nur die Annahme der im Untersatz wiederkehrenden Aussage eingeleitet, mittelbar aber auf top. 13 verwiesen wird. Für die sachliche Überzeugungskraft der Entscheidung elementar ist also die *inventio*, den Fall mittels des Gattungsarguments zu entscheiden.

Zusammenfassend bilden die *Topica* einerseits mit ihrer originär ciceronischen, scharfen Scheidung von *inventio* und *iudicatio* methodisch noch sauberer die Inhalte von Entdeckungs- und Begründungszusammenhang ab. Andererseits wird durch ihre Wiederverbindung mit Einführung des *locus dialecticorum* in die

⁷³ Auch Backhaus, in diesem Band, 87, der *inventio* und *iudicatio* als Auffinden und Anwendung versteht, gelangt zu dem Schluss, dass Cicero mit Behandlung des *locus dialecticorum* das Auffinden der deduktiven Argumentationsformen schulen will.

⁷⁴ Bayer, *Topica*, l. c. übersetzt wenig überzeugend „diese“, sc. Gattung. Es geht aber nicht darum, dass Silber seinen Gattungsnamens *argentum* einbüßt, sondern dass gemünztes Silbergeld einem anderen Gattungsbegriff, etwa *pecunia* unterfiele. Ziel- wie ausgangssprachenkonform übersetzt Rüfner, in diesem Band, 254: „sie“.

⁷⁵ Cic. top. 13: „Quoniam argentum omne mulieri legatum est, non potest ea pecunia, quae numerata domi relicta est, non esse legata; forma enim a genere, quoad suum nomen retinet, numquam seiungitur; numerata autem pecunia nomen argenti retinet; legata igitur videtur.“ Zur Verkehrsanschauung s. sogleich Fn. 76.

⁷⁶ Die Juristen entschieden gegenteilig, s. ULP. 44 Sab. D. 34, 2, 27, 1, dazu Backhaus, in diesem Band, 69 f. Rüfner, in diesem Band, 254 f. Auch sie hoben aber – in Analogie zur prokulianischen Auffassung im Streit um die Entstehung einer *nova res* bei der Verarbeitung (s. Willems, Vermögensallokation, in: Diritto, 569, 579 m. w. N. in Fn. 56) – auf den Namen ab, den die Verkehrsanschauung einer Sache gibt. Dies legt wenigstens die unpersönlich-generalisierende Wortwahl Ulpians nahe: „non facile (...) computat“ (h. fr.) und „placet“ (h. t. 19 pr.).

Topik die Wechselwirkung dieser beiden für die juristische Entscheidungsfindung prägenden Elemente erstmals gemeinsam behandelt.⁷⁷

D. Neuordnung der *Topica* mit methodischem Vergleich zur frühklassischen Jurisprudenz

Wir sahen, dass Cicero mit seiner Grundunterscheidung von *inventio* und *iudicatio* die in abstracto ermittelten methodischen Bedürfnisse der juristischen Entscheidungsfindung abbildet. Einerseits bleibt nun zu prüfen, ob der Aufbau der *Topica* im Ganzen diesem Anspruch genügt. Andererseits ist festzustellen, ob sich die methodischen Werkmittel in dieser Form auch in den juristischen Quellen wiederfinden.

Die äußere Gesamtstruktur der *Topica* kann schwerlich als gelungen bezeichnet werden. Cicero handelt die Mehrzahl der Topoi (*loci*) zweimal ab,⁷⁸ weshalb die Schrift im ersten Zugang unübersichtlich wirkt. Was Cicero zu diesem eigenwilligen Aufbau veranlasst hat, bleibt unklar: Cicero schrieb das *opusculum* nach eigenem Bekunden eilig auf einer Seereise zusammen (top. 5), sodass der Aufbau assoziativ erfolgt sein könnte. Ebenso ist denkbar, dass er es seiner ursprünglichen Idee nach beim ersten, knappen Durchgang der *loci* (bis top. 24) bewenden lassen wollte, nach der Verschriftlichung aber feststellte, dass die Ausführungen zu spärlich wären, um Trebaz' *tacita flagitio* (top. 5) zu befriedigen und sich den Caesar-Intimus gewogen zu halten (vgl. fam. 7, 21). Dafür könnte sprechen, dass Cicero zu dieser Zeit eine ausführlichere Behandlung der Thematik plante und der erste Durchgang entsprechend seiner einleitenden Bemerkung allein die *ars inveniendi* behandelt (top. 7, s.o. Fn. 69) bzw. den *locus dialecticorum* nicht als solchen⁷⁹ erwähnt. Sofern wir wohlwollend seinem eigenen Bekunden zu Beginn des zweiten Durchgangs Glauben schenken möchten, könnte der Aufbau aber auch einem didaktisch-praktischen Anliegen entspringen und – wie Fuhrmann vermutet –⁸⁰ in einer entsprechenden Tradition des hellenistischen Schulbetriebs stehen: Danach böte der erste Durchgang einen Überblick, den der ge-

⁷⁷ Im Ergebnis verteidigen Ciceros Originalität für die juristische Methodenlehre gegen Mommsen, Wieacker u.a. in gleicher Weise Thomas, A Barzunesque View, in: Cicero's Law, 11, 18 („original contribution to legal methodology by Cicero himself“), 20 („definitive textbook of legal methodology“), 23 („originality and contribution to legal methodology“); jüngst nochmals Thomas, AÜHFD 69 (2020), 1249, 1251 („Cicero's *Topica* represents one of the key texts of Roman law as it sets out legal thinking“); vgl. ferner *Forschner*, Ius civile est aequitas constituta, in: Recht und Billigkeit, 37, 43 Fn. 27: „Die Philosophie ist für Cicero nicht Quelle des Rechts, sondern der Weg des Denkens, der Menschen zur Erkenntnis des Rechts führt.“

⁷⁸ Vgl. Bayer, *Topica*, 102 f.

⁷⁹ Ohne Verklammerung begegnen uns freilich in Cic. top. 19–21 Arten der Subjunktion, s.u. 159 ff.

⁸⁰ Fuhrmann, Die zivilrechtlichen Beispiele, in: *Topik und Rhetorik*, 51, 53.

neigte Leser bei ausreichender Mußezeit im zweiten Teil vertiefen kann.⁸¹ In jedem Fall erscheint es angezeigt, die einzelnen *loci* entsprechend unserem Anliegen, das methodische Programm der Schrift zu erhellen, in eine neue, übersichtlichere Ordnung zu bringen.

Dieser Neuordnung gliedern wir Beispielsfälle aus den juristischen Quellen an. Unser methodisches Erkenntnisinteresse ist qualitativer, nicht quantitativer Natur, was erlaubt, sich im Wesentlichen auf Entscheidungsbegründungen frühklassischer Juristen zu beschränken. Damit geht nicht die implizite Behauptung einher, Cicero habe mit seinen *Topica* unmittelbar die Juristen seiner oder der folgenden Generation beeinflusst. Um dies nachzuweisen, müsste man einen Wandel der Entscheidungsbegründungen von vor- zu nachciceronischer Zeit feststellen können. Quellenarmut der Vorklassik und fragmentarische Überlieferung vereiteln entsprechende Bemühungen, sodass mehr als eine bloße Koinzidenz angesichts der Quellenlage nicht auszumachen ist. Doch erlaubt unsere Beschränkung auf die frühklassische Jurisprudenz einen unmittelbaren Vergleich mit der Zuordnung dieser Quellen in Horaks „*Rationes decidendi*“; dies mag die sub B. (S. 126 ff.) an ihm geübte Kritik rechtfertigen.

Schließlich sind zwei naheliegende Einwände gegen die Angliederung juristischer Beispielsfälle vorwegzunehmen: Erstens ist die Zuordnung der Entscheidungsbegründungen zu einzelnen *Topoi* meist nicht trennscharf möglich, mithin vielfach intuitiv, um nicht zu sagen willkürlich. Indem unsere Neuordnung Ciceros ausdifferenziertem Topikkatalog folgt, muss sie eine umso höhere Angreifbarkeit in Kauf nehmen. Zweitens verleitet die Zuordnung zu der Annahme, der Jurist habe bewusst auf die entsprechenden *Topoi* rekurriert, seine Entscheidungsbegründung gleichsam mit den *Topica* in der Hand verfasst. Die bloße Möglichkeit, Argumente der römischen Juristen entsprechend einzuordnen, beweist dies freilich nicht.⁸² In ihrer Kürze lässt eine Entscheidungsbegründung oft nicht erkennen, inwieweit sich der Jurist der Argumentationslehre bewusst bediente.⁸³ Doch bedeutet – wie wir sahen – die Anwendung des gemäßigten Topikbegriffs letztlich einen Rückgriff auf argumentatives Gemeingut. Angesichts der nicht unerheblichen Zahl an Entscheidungsbegründungen und eingedenk der rhetorischen Ausbildung, die römische Juristen als Angehörige der Oberschicht genossen, dürfen wir daher einen bewussten oder kraft Intuition und Erfahrung wenigstens mitbewussten Gebrauch der Argumentationslehre für plausibel halten.

Entsprechend unserer oben C. (S. 133 ff.) ausgemachten Grundunterscheidung gliedern wir die *Topica* nach *inventio* (I., Cic. top. 8–49, 68–71) und *iudicatio*

⁸¹ Cic. top. 25: „utrum igitur hactenus satis est? Tibi quidem tam acuto et tam occupato puto. Sed quoniam avidum hominem ad has discendi epulas recepi, sic accipiam, ut relquarum sit potius aliquid, quam te hinc patiar non satiatum discedere.“

⁸² Platschek, SZ 132 (2015), 581, 583, 585, 587 (wohl überhaupt unbeweisbar).

⁸³ Coing, SZ 69 (1952), 24, 34.

(II., top. 53–57). Die *loci* Ursache und Wirkung (*ab efficientibus causis, ab effectis rebus*, top. 22 f., 58–67) entziehen sich dieser Einordnung und werden daher mit Teilen des schillernden *locus comparationis* (top. 23, 68–71) gesondert behandelt (III.). In top. 71 „perfecta est omnis argumentorum inveniendorum praeceptio“. Das letzte Drittel des Werkes behandelt keine Rechtsfragen („in eo ipso, de quo ambigitur“), sondern an die ermittelte Entscheidungsgrundlage *extrinsecus* herangeführte Tatfragen, „etsi ea nihil omnino ad vestras [sc. der Juristen] disputationes pertinent“, top. 72. Wir erwähnen sie folglich nur der Vollständigkeit halber kurz am Schluss (IV.).

I. *inventio*

Gegenstand der *ars inveniendi* ist das Auffinden überzeugender Argumente.⁸⁴ Die *ars iudicandi* kann dagegen allenfalls durch logische Richtigkeit der Schlüsse überzeugen. Beiden *artes* gemein ist, dass ihre *loci*, „in quibus argumenta inclusa sunt“, unmittelbar der Lösung von Rechtsfragen dienen (*in eo ipso*) und nicht als Tatfragen *extrinsecus* die Validität gefundener Argumente im Einzelfall betreffen (Cic. top. 8, s. o.). So mag etwa ein rechtlich auf den ersten Blick überzeugendes *argumentum a similitudine* im konkreten Fall leicht dadurch zu enträften sein, dass auf tatsächlicher Ebene die Ausführungen einer Partei weniger glaubwürdig sind als im Vergleichsfall (top. 73 ff.).

Die *inventio* gliedert sich in *definitio*⁸⁵ (1.) und *res adfectae* (2.). Während jene eine Argumentation auf begrifflicher Ebene innerhalb des konkreten Rechtsfalls vorbereitet, werden ihm diese auf rechtlicher, nicht tatsächlicher Ebene angefügt (*ad-ficere*). So sind etwa Vergleichs- und Gegenfälle im zu beurteilenden Fall nicht enthalten, werden also – begrifflich betrachtet – von außen an ihn herangeführt.

1. *definitio*

Cicero definiert die Definition als „oratio, quae, id, quod definitur, explicat, quid sit“ (top. 26). Sie ist es, „quae quasi involutum evolvit“ (top. 9). Die Definition zielt also auf die enthüllende Erläuterung dunkler, verwickelter, aus sich heraus unverständlicher Begriffe.⁸⁶ Die Auslegung ist dabei im Gegensatz zu Cic. inv. 2, 153 nicht mehr auf die Erläuterung von Bedeutungsunsicherheiten *in scripto* beschränkt. Dafür unterscheidet der Arpinate vor Darstellung der einzelnen Definitionstechniken allgemein⁸⁷ nach ihrem Gegenstand „unum earum rerum, quae sunt; alterum earum, quae intelleguntur“ (top. 26). Diese Differenzie-

⁸⁴ Cic. top. 6 f., 71; Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 161, 171.

⁸⁵ Sie zu entwickeln ist kein deduktiver Akt (Horak, Rationes decidendi, 223 m.w.N. Fn. 39), gehört also zur *inventio*.

⁸⁶ Vgl. auch das Cic. top. 26 parallele *explicare* und das *involutum* (top. 9) entsprechende *obscura* in Brut. 152, dazu Buchwitz/Ehmer, in diesem Band, 23 f.

⁸⁷ Cic. top. 26 f. sind gleichsam „vor die Klammer“ gezogen: „primum de ipsa definitione dicatur“.

rung hat lediglich empirische Bedeutung: Während real existierende Gegenstände („*quae cerni tangive possunt*“) von Juristen nur *interdum* definiert werden müssen, sei dies bei solchen, die „*cerni tamen animo atque intellegi possunt*“, *saepe* der Fall (top. 27). Für sie führt Cicero beispielhaft einige Rechtsinstitute – u. a. *usucapio* und *tutela* – an, womit er der wachsenden Technizität der juristischen Sprache Rechnung trägt.⁸⁸ Methodisch muss man bei beiden Arten der Begriffsbestimmung „*usque eo persequi, dum proprium efficiatur, quod nullam in aliam rem transferri possit*“, was Cicero an den Beispielen *hereditas* und *gentiles* vorführt (top. 29).⁸⁹

Die Definition an den Anfang zu stellen, ist aus zwei Gründen überzeugend: Erstens ist begriffliche Reflexion Grundvoraussetzung systematischen Denkens und damit unerlässlich zur Entwicklung kohärenter Rechtsinstitute.⁹⁰ Zweitens führt Cicero als Anwendungsbeispiel (*formula argumenti*) der Definition ihre Wirkung als Obersatz eines Syllogismus bzw. Enthymems an (top. 9).⁹¹ Damit unterstreicht er gleich zu Beginn nochmals das spezifisch juristische Wechselspiel aus *inventio* und anschließender *iudicatio*,⁹² wodurch er die Komplementarität der kurz zuvor (top. 6) scharf geschiedenen Begriffe hervorhebt.

Als drei Wege der Definition werden die Aufzählung der Teile (*partium enumeratione*, a)), Etymologie (*notatio*, b)) und Metapher (*translatio*, c)) unterschieden.⁹³

a) *partium enumeratio*

Cic. top. 10 handelt allgemein von der Definition durch Aufzählung der Teile.⁹⁴ In top. 28 werden die auflistende *partitio* (aa)) und die analysierende, alle Arten einer Gattung benennende *divisio* unterschieden (bb)).

⁸⁸ Vgl. d’Orta, SDHI 83 (2017), 485, 497 f.

⁸⁹ Hierzu Thomas, AÜHFD 69 (2020), 1249, 1252 f.; s. ferner Martini, Le definizioni, 38, 40.

⁹⁰ Coing, Zur Methodik, in: St. Arangio-Ruiz I, 365, 368–372; Thomas, AÜHFD 69 (2020), 1249, 1252.

⁹¹ Baier, in diesem Band, 46 ff., zur *formula* a. a. O., 50 ff.; der Begriff könnte auch darauf verweisen, dass das folgende Beispiel ein Blankett für beliebige Syllogismen sei. Als weiteres Beispiel mag ein Enthymem des Cicerofreundes Servius bei ULP. 44 Sab. D. 34, 2, 27, 3 dienen: „*Cui aurum vel argentum factum legatum est, si fractum aut collisum sit, non continetur: Servius enim existimat aurum vel argentum factum id videri, quo commode uti possumus, argentum autem fractum et collisum non incidere in eam definitionem, sed infecto contineri.*“ Dazu Miglietta, Servius, 191 Fn. 287 auf 192 und 457 f.

⁹² Vgl. abermals Giaro, SZ 105 (1988), 180, 237, s. o. Fn. 72.

⁹³ Cic. top. 10 nennt die Metapher nicht, in top. 32 heißt es aber „*saepe etiam definiunt et oratores et poetae per translationem verbi*“, sodass die Metapher zu den Definitionsformen zu rechnen ist. Evtl. ließ Cicero sie infolge ihrer geringen juristischen Relevanz im ersten Durchgang außen vor.

⁹⁴ Zum aristotelischen Ursprung Coing, SZ 69 (1952), 24, 29; Baier, in diesem Band, 46 f.

aa) *partitio*

Nach Cíc. top. 28 liegt eine *partitio* vor, wenn die Gesamtsache „in membra discerpitur“. Anders als bei der *divisio* ist es hier zwar nicht zwingend erforderlich, dass ein „genus sine ullius praetermissione dividitur“ (top. 31). Man handle aber *inscipienter*, wenn man etwa bei Definition der Vormundschaftsverhältnisse mittels *partitio* nicht alle *membra* benenne.⁹⁵ Nicht fehlerhaft sei dies dagegen im Falle einer *res infinita*, etwa der unüberschaubaren Vielzahl möglicher Stipulationsformeln (top. 33). Einen solchen Fall behandelt auch der republikanische Frühklassiker Tubero⁹⁶ in CELS. 19 dig. D. 33, 10, 7, 1:⁹⁷

Tubero hoc modo demonstrare supellectilem [*species*, M.E.] temptat: instrumentum quoddam patris familiae rerum ad cottidianum usum paratarum [*genus*], quod in aliam speciem non caderet, ut verbi gratia penum argentum vestem ornamenta instrumenta agri aut domus. (...)

Um den exakten Umfang eines Vermächtnisses zu bestimmen, definiert Tubero den im allgemeinen Sprachgebrauch nicht hinreichend präzisen und daher erklärungsbedürftigen Begriff Hausrat (*supellex*). Ihn wählte sein Zeitgenosse Cicero als Beispiel für *res*, „quae cerni tangive possunt“ (top. 27, s.o.). Oberbegriff der *supellex* ist aus der Gesamtheit der *res partis familiae* (Genitivus partitivus) das zum täglichen Gebrauch bestimmte *instrumentum*.⁹⁸ Aufgrund der Vielzahl möglicher Gegenstände wählt Tubero den Weg der Negativdefinition („quod in aliam speciem non caderet“) und listet *aliae species* beispielhaft aus („ut verbi gratia“).

Obwohl es sich damit zweifelsohne um eine *partitio* handelt, verwendet Tubero den Begriff *species*. Laut Cicero ist dieser Begriff nach überkommener Terminologie den Arten der analysierenden Definition zuzuweisen, wobei er selbst der besseren Deklinierbarkeit wegen *forma* vorschlägt (top. 30). Tubero war sich also entweder der Unterscheidung von *partitio* und *divisio* nicht bewusst oder Ciceros Terminologie konnte sich nicht durchsetzen.

⁹⁵ Cíc. top. 33 greift hier eine bereits unter vor- und frühklassischen Juristen bestehende Kontroverse zur *divisio* der Vormundschaftsverhältnisse auf (vgl. GAI. 1, 188: Quintus Mucius Scaevola: *quinque genera*; Servius Sulpicius Rufus: *tria*) und schlägt ob der Schwierigkeiten bei der Kategorisierung stattdessen eine vollständige *partitio* vor, dem andere späterhin folgten (vgl. GAI. 1, 188: „alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent“); näher Buchwitz, in diesem Band, 236 f.

⁹⁶ Kunkel, Herkunft, 37.

⁹⁷ Zur methodischen Einordnung der Stelle Coing, Zur Methodik, in: St. Arangio-Ruiz I, 365, 380–382, 385, auch mit weiterem Beispiel von Tuberos Lehrer Ofilius in ULP. 25 Sab. D. 32, 55, 1: Ein auf *lignum* lautendes Vermächtnis umfasse alles, „quae alio nomine non appellatur“.

⁹⁸ Die Definition wird auch aufgeschlüsselt bei Martini, Le definizioni, 122.

bb) divisio

Cic. top. 28 führt als Beispiel einer *divisio* die rechtsgeschäftliche Veräußerung (*abalienatio*)⁹⁹ einer *res Mancipi* an. Es bestehen zwei Arten rechtsgeschäftlicher Übereignung, die einem römischen Bürger quiritisches Eigentum an *res Mancipi* verschaffen: *mancipatio* und *in iure cessio* (GAI. 2, 22–25). Cicero zählt diese abschließend (*aut. . . aut*) auf, wobei er erstere, wie er es gern tat, etwas umständlich als *nexu traditio* bezeichnet.¹⁰⁰ Unklar bleibt, worin der Unterschied zur Aufzählung aller *membra* der *tutela* liegt. Eventuell können Ciceros berühmte und vieldiskutierte¹⁰¹ Definitionen des *ius* (*civile*) helfen: In top. 28 gliedert er es im Wege der *partitio* – da es sich um eine *res finita* handeln dürfte vollständig – in *leges*, *senatus consulta*, *res iudicatae*, *auctoritas iuris peritorum*, *edicta magistratum*, *mos* und *aequitas*; in top. 31 folgt die *divisio* in *lex*, *mos* und *aequitas*. Müssen alle erstgenannten Quellen in der abschließenden Dreiheit enthalten sein, kann *lex* hier nicht mehr das Komitialgesetz, sondern nur allgemein geschriebenes Recht im Gegensatz zum ungeschriebenen *mos* bezeichnen. Damit fielen Senatsbeschlüsse, Edikte etc. in der *divisio* unter *lex*.¹⁰² Die veränderlichen Rechtsquellen – im Prinzipat treten etwa die *constitutiones principum* hinzu (GAI. 1, 2) – könnten so vollständig eingeordnet werden. Auf die *membra* der *tutela* und *formae* der rechtsgeschäftlichen Übertragung von *res Mancipi* gewendet, ginge Cicero also davon aus, dass die verschiedenen Vormundschaftsverhältnisse zwar zu einem konkreten Zeitpunkt abschließend aufzählbar sind, der Bestand aber bei überzeitlicher Betrachtung dynamisch ist. Zu denken ist hier etwa an die verschiedenen Fälle der magistratischen Tutel.¹⁰³ Die ertümlichen Formalakte der Übereignung von *res Mancipi* waren demgegenüber seit Jahrhunderten unveränderlich und abschließend.

Gleichwohl ist diesen beiden Beispielen im Gegensatz zu jenen in Cic. top. 29 gemein, dass sie nicht das Herausarbeiten des *proprium* demonstrieren. Freilich ohne vollständige *divisio*, die sich zumindest bei den frühklassischen Juristen nicht findet, bietet eine labeonische *interpretatio* zur Definition des Edikts-

⁹⁹ Heumann/Seckel, Handlexikon, s.v. abalienare.

¹⁰⁰ Vgl. Kaser, RPR I, 43 m.w.N. Fn. 15; daran stört, dass *traditio* juristischer Terminus technicus für die formfreie rechtsgeschäftliche Übereignung von *res nec Mancipi* ist, s. Kaser, RPR I, 416.

¹⁰¹ Nörr, Divisio und Partitio, 20 f., 41, dagegen Flume, Gewohnheitsrecht, 13; der Streit betrifft im Wesentlichen die Deutung der juristischen Rechtsquellenkataloge, mag hier also dahinstehen. S. jüngst Thomas, AÜHFD 69 (2020), 1249, 1256–1258.

¹⁰² Im Ansatz ebenso, doch in der Einteilung abweichend Ferrary, Le droit naturel, in: Testi e problemi, 92, der Senatsbeschlüsse der *lex*, Edikte dagegen dem *mos* zuordnet; zur *aequitas* s. Forschner, Ius civile est aequitas constituta, in: Recht und Billigkeit, 37, 48 f.

¹⁰³ Kaser, RPR I, 357–359.

wortlauts dieses Verhältnis von Gesamt- zu Teilmenge, überliefert bei ULP. 28 ed. D. 13, 6, 1, 1:¹⁰⁴

(...) inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. (...)

Ulpian zitiert hier Labeos Definition der Leihe (*commodatum*),¹⁰⁵ um den Anwendungsbereich der entsprechenden Vorschriften des prätorischen Edikts zu bestimmen.¹⁰⁶ Danach ist *commodatum* als *species* eine Teilmenge der Gattung *utendum dari*, die neben *res mobiles* auch Grundstücke umfasst. Einmal mehr zeigt sich, dass Cicero mit seinem Vorschlag, *species* durch *forma* zu ersetzen, nicht durchdrang.

b) *notatio*

Die regelmäßig als Etymologie übersetzte *notatio* bei Cicero behandelt in diesem Band eingehend Willems; ihre argumentative Nutzbarmachung durch die römischen Juristen wurde bereits verschiedentlich untersucht.¹⁰⁷ Ich beschränke mich daher auf wenige Hinweise: Das Argument *ex notatione* dient nach Cicero allein der Definition. Es tritt daher zurück, wenn der Bedeutungsgehalt eines Wortes bekannt ist und keiner Erhellung bedarf.¹⁰⁸

Nach heutigem Verständnis bezeichnet Etymologie die „Wissenschaft von der Herkunft und Geschichte der Wörter und ihrer Bedeutungen“. ¹⁰⁹ In Rom verfolgt sie einen anderen Zweck: Soweit die *notatio* – wie etwa im Falle des *assiduus* in Cic. top. 10 – die Genese eines Wortes erklärt, zielt sie nicht auf die Enthüllung der wirklichen Herkunft des Wortes, sondern auf ein eingängiges, für Laien leicht nachvollziehbares Argument.¹¹⁰ Die Erklärungen greifen hier, von der Stoa inspiriert, auf außerhalb des Wortes liegende Sachverhalte zurück.¹¹¹

Im zweiten Durchgang der Topoi (Cic. top. 35–37) scheint es mir nicht mehr um diese „echten“, aber falschen Etymologien zu gehen. Das Argument soll nicht mehr aus stark konstruierten Sachverhalten, sondern *ex vi nominis* gewonnen

¹⁰⁴ Horak, *Rationes decidendi*, 97; Guzmán Brito, REHJ 5 (1980), 17, 19 f.

¹⁰⁵ A. A. Martini, *Le definizioni*, 146 Fn. 22, nach dem nicht die Leihe definiert, sondern lediglich mithilfe der Dialektik vom *utendum dare* differenziert wird. Allerdings ist einer Definition die Grenzbestimmung schon begrifflich inhärent.

¹⁰⁶ ULP. 28 ed. D. 13, 6, 1 pr.–1: „Ait praetor: ‚Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo.‘ [1] Huius edicti interpretatio non est difficilis.“

¹⁰⁷ Willems, in diesem Band, 181 ff. Weitere Beispiele für Etymologieargumente der frühklassischen Jurisprudenz bei Sacchi, *L'ars hermenēumatis*, in: Scr. Corbino VI, 381, 389 Fn. 37; Coing, *Zur Methodik*, in: St. Arangio-Ruiz I, 365, 373 f.

¹⁰⁸ Cic. top. 35: „Sed cum intellegitur, quid significetur, minus laborandum est de nomine.“ Dazu Willems, in diesem Band, 182.

¹⁰⁹ www.duden.de/rechtschreibung/Etymologie (23.01.2021).

¹¹⁰ Willems, in diesem Band, 185 und 199 f.

¹¹¹ Behrends, *Gesetz und Sprache*, in: *Nomos und Gesetz*, 135, 196.

werden (Cic. top. 35). Damit vollzieht Cicero einen Wandel dieses Argumentationstopos nach, der bei den römischen Juristen mit Q. Mucius Scaevola verknüpft wird.¹¹² Nach Behrends „versuchten die neuen Juristen-Etymologien, jeweils den gewünschten Wortinhalt in die Wortform einzuzwängen und auf diese Weise in die Wortgestalt möglichst konkrete Aussagen hineinzulegen“.¹¹³ Während sein Beispiel¹¹⁴ *mutuum* von *ex meo tuum* aus heutiger Sicht nicht weniger weit von einer ernstzunehmenden Etymologie entfernt ist, als *assiduus* von *ab asse dando*, zeigt die nach Cic. top. 37 auf Q. Mucius Scaevola zurückgehende, aus heutiger philologischer Sicht zutreffende Zerlegung von *postliminium*¹¹⁵ in *post* und *limen* eine andere Zielrichtung: Gewinnt der Jurist hieraus das Argument, *postliminio* kehrten Dinge zurück, wenn sie „redierint post [sc.: nach Verlassen] ad idem limen“, bezieht er sich nicht auf Herkunft oder Geschichte des Wortes, sondern nimmt eine (sehr) eng am Wortlaut orientierte Auslegung vor.¹¹⁶

c) *translatio*

Die Metapher als dritte Form einer Definition begegnet uns erst im zweiten Durchgang, Cic. top. 32:

Saepe etiam definiunt et oratores et poetae per translationem verbi ex similitudine cum quadam suavitate.

Diese Definition der Metapher ist insofern unglücklich, als Cicero den Ähnlichkeitstopos gleichfalls als *argumentum a similitudine* bezeichnet (s.u. S. 148 ff.). Das seinem Präturkollegen Aquilius Gallus entlehnte Beispiel, der Strand sei die Zone, „qua fluctus eluderet“ (Cic. top. 32), zeigt aber, dass Gegenstand der Metapher nicht der Vergleich zweier Rechtsfälle, sondern – wie heute – die bildhafte Ähnlichkeit zur Erhellung des Begriffs ist. Derart manierierte, inhaltsschwache Argumente sind bei den Juristen unüblich. Die fälschlich Cicero zugeschriebene Definition des Strandes bei CELS. 25 dig. D. 50, 16, 96 pr. lautet denn auch ohne jede *suavitas*, dafür präziser: „Litus est quousque maximus fluctus a mari pervenit.“¹¹⁷

¹¹² Wieacker, RRG I, 630 f.

¹¹³ Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 195.

¹¹⁴ Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 197; vgl. Gal. 3, 90.

¹¹⁵ Willems, in diesem Band, 185 ff.

¹¹⁶ Ähnlich verfuhr BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 1995 – 2 BvL 37/91 – BVerfGE 93, 121–165, Rn. 52 zum Halbteilungsgrundsatz im Steuerrecht: Zum Ergebnis, die steuerliche Gesamtbelastung solle die hälftige Teilung zwischen privatem und öffentlichem Nutzen nicht überschreiten, gelangte es durch eine eng am Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 GG orientierte Auslegung: „Sein Gebrauch [sc.: des Eigentums] soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“ „Zu-gleich“ wurde sehr wörtlich als „zu gleichen Teilen“ verstanden.

¹¹⁷ Dazu mit Nachweisen und im Ergebnis anderer Ansicht Rüfner, in diesem Band, 263 mit Fn. 49, nach dem sich Ciceros nicht mit Aquilius Gallus' Definition decke und im Ergebnis durchgesetzt habe.

Die von Cicero beschriebene Bildhaftigkeit könnte uns allerdings bei PAUL. 54 ed. D. 41, 2, 1, 3 begegnen, wobei nicht sicher ist, ob der bildhafte Vergleich von den hernach erwähnten Frühklassikern Ofilius und Nerva filius oder von Paulus selbst stammt:¹¹⁸

Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.

Dass ein Geisteskranker keine *possessio* im Rechtssinne erwerben kann, wird damit begründet, dass seine tatsächliche Inhabung derjenigen eines Schlafenden vergleichbar ist, wenn man diesem etwas in die Hand legt. Spinnt man den Gedanken dahin fort, dass der Gegenstand dem Schlafenden sogleich aus der Hand „kullert“, wäre der Argumentation eine *quaedam suavis* zuzusprechen. Doch scheint mir der Fokus eher auf der juristischen Komponente des beidenefalls aktuell fehlenden Bewusstseins zu liegen, sodass es sich eher um eine Vergleichsfallbildung handelte. Außerdem dient der Vergleich mit einem Schlafenden – anders als bei Ciceros Strand-Metapher – nicht der Definition der Geisteskrankheit.

2. *res adfectae*

Wie eingangs sub 1. (S. 138 f.) geschildert, liegen die „argumenta ex eis rebus, quae quodam modo adfectae sunt“ (Cic. top. 11), nicht im jeweiligen Begriff oder konkreten Rechtsfall selbst, sondern werden von außen an ihn herangeführt. Während wir auf den *locus ex coniugatione* hier nur abgrenzend zur *notatio* als Form der *definitio* eingehen (a)), können die *argumenta a genere* und *a forma* mit einigen juristischen Beispielen versehen werden (b) und c)). Der Schwerpunkt liegt juristisch allerdings auf den *argumenta a similitudine* und *a differentia* (d) und e)). Abschließend erwähnt Cicero noch das *argumentum ex contrario* (f)).

a) *coniugatio*

Die Verwandtschaft¹¹⁹ verbindet „eiusdem autem generis verba“, wie etwa *sapiens*, *sapienter* und *sapientia* (Cic. top. 12). Führt Cicero sodann als Beispiel an: „Si compascuus ager est, ius est compascere“, steht dies zwar ohne Zweifel der *notatio* nahe (top. 38). Der Unterschied liegt aber darin, dass die Argumentation nicht in einer aus der konkreten Wortform (hier: *compascuus*) gewonnenen Bedeutung liegt, sondern durch ein sich vom selben Stamm ableitendes Wort (*compascere*) auf begrifflicher Ebene von außen herangeführt wird.¹²⁰

¹¹⁸ Zum Urheber der Begründung und Interpolationsvermutungen Horak, *Rationes decidendi*, 149 Fn. 5; zu den Frühklassikern s. Kunkel, *Herkunft*, 29 f., 130.

¹¹⁹ Näher Willems, in diesem Band, 194 ff.

¹²⁰ Während Cic. top. 38 „pluvia et pluendo“ als *coniugata* nebeneinanderstellt, folgert in ULP. 43 ed. D. 50, 16, 194 „donum Labeo a donando“ (*notatio*, s. Horak, *Ra-*

b) *argumentum a genere*

Ciceros Beispiel zum Gattungstopos in top. 13 behandelten wir im Zusammenhang seiner Grundunterscheidung von *inventio* und *iudicatio* (s.o. S.135 Fn. 75). In Cic. top. 39 stellt er zum Gattungsargument fest: „non erit necesse id usque a capite arcessere.“ Daraus erhellt, dass Cicero keineswegs auf eine systematische Ordnung des gesamten Rechtsstoffs zielte.¹²¹ Die damit zu erreichenden obersten Begriffe wären so abstrakt, dass sie sich nicht zur Begründung einer konkreten Entscheidung eigneten.¹²² Die von ihm intendierte Funktion des Gattungsarguments verdeutlicht Cicero mit einer *interpretatio* des Zwölftafelsatzes zur *aqua pluvia nocens*.¹²³ Eine praxistaugliche Einordnung dieses Begriffes muss den Gattungsbegriff nicht im *caput* ansiedeln, sondern ihn so weit herunterdifferenzieren, dass er gerade noch über dem konkreten Fall steht, in dem er angewendet werden soll.¹²⁴ Es geht also um die wechselseitige Annäherung von Norm und Fall, Konkretisierung abstrakten (Gesetzes-)Rechts und begriffliche Schematisierung der Wirklichkeit.¹²⁵

Diese Funktion nimmt das *argumentum a genere* auch bei Labeo¹²⁶ in ULP. 43 ed. D. 50, 16, 194 an:

Inter ‚donum‘ et ‚munus‘ hoc interest, quod inter genus et speciem: nam genus esse donum Labeo a donando dictum, munus speciem: nam munus esse donum cum causa, ut puta natalicium, nuptalicium.

Anlass der Definition soll aufgrund ihrer Stellung im 43. Buch des ulpianischen Ediktskommentars die Tatbestandsschilderung „si donum munus operas redemerit“ (PAUL. 59 ed. D. 50, 16, 53 pr.) im prätorischen Edikt gewesen sein,¹²⁷ bei deren Vorliegen der Freilasser seine *partis bonorum possessio* am Nachlass des Freigelassenen verliert, dieser also die *libera testamenti factio* erlangt (PAP. 5 resp. D. 38, 1, 41).¹²⁸ Das Gattungsargument bezog sich also auf

tiones decidendi, 97). Ciceros etwas gekünstelt wirkende Unterscheidung konnte sich also nicht durchsetzen.

¹²¹ Buchwitz/Ehmer, in diesem Band, 17.

¹²² Vgl. Behrends, Index 24 (1996), 1, 45, der *capita* als Wert- und Pflichtbegriffe versteht.

¹²³ XII tab. 7, 8, Quellen bei Flach, Zwölftafelgesetz, 116–118.

¹²⁴ Behrends, Index 24 (1996), 1, 44.

¹²⁵ Behrends, Index 24 (1996), 1, 44; das Prinzip ist bis heute unverändert, wird durch die steigende Zahl abstrakter Normen vielmehr verstärkt, vgl. Gast, Recht als ius argumentandi, in: Rhetorische Rechtstheorie, 297, 297.

¹²⁶ Ob neben der Eymologie (s.o. Fn. 120) auch das Gattungsargument von Labeo stammt, kann man gegen Horak, Rationes decidendi, 205 Fn. 42 aufgrund seiner syntaktischen Stellung bezweifeln.

¹²⁷ Zur begrenzenden Funktion des prätorischen Edikts hinsichtlich der Dienstpflichten Freigelassener vgl. Lenel, EP, 338.

¹²⁸ Lenel, Pal. II, col. 711 Nr. 1155 mit Fn. 1; Otto/Schilling/Sintenis, CIC IV, h. fr. Fn. 353.

eine abstrakte Tatbestandsschilderung des Edikts und will durch die klassenlogische Unterscheidung der Gattung *donum* von ihrer Art *munus* eine exakte Zuordnung des Einzelfalls – Vorrang des spezielleren *munus* – ermöglichen, das Edikt somit bis zur „Subsumtionsreife“ konkretisieren.¹²⁹ Nach Labeo ist zwischen der Schenkung als Ausdruck allgemeiner Freigiebigkeit (*a donando* – vgl. *animus donandi*) und der konkret anlassbezogenen (*cum causa*) etwa im Falle des Geburtstags- oder Hochzeitsgeschenks zu unterscheiden.

Damit vertieft Labeo noch die Widersprüchlichkeit der – nach Paulus – prätorischen Worte: Ist dem *libertus* etwas als Bedingung der Freilassung auferlegt (*impositum*), widerstreitet dies dem Freiwilligkeitsgedanken der *donatio*.¹³⁰ Labeo begreift nun *munus* als *species*¹³¹ „Anstandsschenkungen“ der Gattung *donum*. Auch eine „Anstandsschenkungen“ ist aber letztlich freiwillig, sodass hierdurch *munus* der rechtlichen Verpflichtung beraubt wird.¹³² Weiterhin bleibt – ohne dass es sich dabei um eine inhaltliche Schwäche der Argumentation Labeos handelte – methodisch fraglich, worin sich dieses Gattungsargument von der Definition durch *partium enumeratio* unterscheidet. Es werden zwar weder alle Arten der Gattung *donum* genannt (*divisio*), noch mehrere Beispiele aufgelistet (*partitio*).¹³³ Doch dient die Unterscheidung *genus-species* nicht als von außen herangeführtes selbstständiges Argument der Fallentscheidung, sondern zur *interpretatio* des Ediktswortlauts, mithin definitorischen Zwecken. In gleicher Weise verwischt Cicero die Grenze, wenn er in top. 40 schreibt:

Si dolus malus est, cum aliud agitur, aliud simulatur, enumerare licet, quibus id modis fiat, deinde in eorum aliquem id, quod arguas dolo malo factum includere.

Formal betrachtet erschöpft sich die Definition zwar in „cum aliud agitur, aliud simulatur“, sodass die anschließende Aufzählung von Beispielsfällen der Gattung *dolus malus* zu den *res adfectae*, genauer dem *argumentum ex comparatione* zu rechnen ist. In der Sache dient diese von Behrends sogenannte „neue Methode“ intensiver Wortlautarbeit aber zur Vorbereitung der Subsumtion,¹³⁴ die Cicero sodann in der *iudicatio* abhandelt. Insofern steht die Aufzählung der *partitio* nahe.¹³⁵

¹²⁹ *Giara*, Rechtswahrheiten, 258.

¹³⁰ Zur Freiwilligkeit *Kaser*, RPR I, 662; üblicherweise steht statt der Trias allein *operae*, *Lenel*, EP, 340 Fn. 7.

¹³¹ Ciceros Vorschlag, *species* durch *forma* zu ersetzen (hier: Cic. top. 39), konnte sich wiederum nicht durchsetzen; so schon oben S. 140.

¹³² Vgl. *MARCIAN*. 1 publ. iudic. D. 50, 16, 214: „Munus proprie est, quod necessarie obimus lege more imperiove eius, qui iubendi habet potestatem.“

¹³³ Die Beispiele „ut puta“ beziehen sich nicht auf das *genus*, sondern die *species*!

¹³⁴ *Behrends*, Index 24 (1996), 1, 46.

¹³⁵ *Behrends*, Index 24 (1996), 1, 47.

Ein „reines“, nicht der Definition dienendes Gattungsargument begegnet uns dagegen bei dem Serviusschüler ALF. 6 dig. D. 5, 1, 76:¹³⁶

Proponebatur ex his iudiciis, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicium mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere: neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur [Gattung, M.E.], sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuissent, cum ex illis nemo nunc viveret: itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilo minus eandem navem esse existimari. quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuisset, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis constiteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari. [Vergleich]

Alfen erörtert die Frage, ob ein Richterkollegium¹³⁷, aus dem nach Verhandlung des Falles einige entschuldigt ausscheiden und ersetzt werden, nach dieser Umbesetzung noch dasselbe sei. Widrigenfalls bedürfte es einer prätorisch dekretalen *translatio iudicii* auf ein neues Urteilsgericht.¹³⁸ Der Jurist antwortet nicht nur auf den vorgetragenen Fall der *singulorum iudicium mutatio*, sondern entscheidet selbst für den Fall, „si omnes iudices mutati essent“, dass es sich bei dem neu besetzten Urteilsgericht um „rem eandem et iudicium idem“ handle.¹³⁹ Der Serviusschüler abstrahiert das *genus* „Richterkollegium“ von seinen *partes*, den einzelnen Richtern. Der Vorgang dient hier – anders als in den vorgenannten Fällen – nicht der Definition eines Begriffs, etwa des Richterkollegiums, sondern unmittelbar als Sachargument zur Entscheidung für die Kontinuität des Spruchkörpers. Wie C. top. 40 kombiniert er nun diese Gattung „ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur“ mit dem *argumentum ex similitudine* (s. sogleich d)) und begründet seine Entscheidung damit, dass auch Legion, Volk, Schiff und der Mensch nach einem Wechsel all ihrer *partes* bzw. *particulae* dieselben blieben.¹⁴⁰ Dabei zählt wenigstens die Frage nach der Identität des (Theus-)Schiffes zum philosophischen Schulgut und wurde entsprechend auch

¹³⁶ Zu Alfen s. Kunkel, Herkunft, 29.

¹³⁷ Roth, Alfeni Digesta, 172 leitet aus *nonulli* ab, dass es sich eher um ein Zentumviralgericht oder die *decemviri* handeln dürfte, als um – üblicherweise nur drei – Rekuratoren.

¹³⁸ Roth, Alfeni Digesta, 173.

¹³⁹ Turelli, SDHI 84 (2018), 61, 62 f.

¹⁴⁰ Mantello, L'analogia, in: St. Martini II, 605, 649 f.; zur parallelen Struktur der Beispiele s. Turelli, SDHI 84 (2018), 61, 68–71.

schon von Servius behandelt.¹⁴¹ Das Beispiel der *nos ipsi* ist gar *argumentum ad absurdum*,¹⁴² wenn Menschen infolge des Wechsels der *particulae minimae*, aus denen sie nach philosophischer Lehre bestünden, bei gegenteiliger Ansicht nach einem Jahr nicht mehr dieselben wären.

Sachlich ist mit dieser von Horak treffend als „eher überredend als überzeugend“ bezeichneten Begründung freilich nichts gewonnen.¹⁴³ Die Beispiele betreffen nur den kontinuierlichen Wechsel der *partes*, nicht aber Alfens Extremfall des gleichzeitigen Wechsels aller Richter *causa audita*,¹⁴⁴ auf den sich die Begründung unmittelbar bezieht.¹⁴⁵ Teleologische Erwägungen – namentlich die fehlende Prozesskenntnis der neuen, nun zur Entscheidung berufenen Richter – fehlen in der rein rhetorischen Responsenbegründung gänzlich,¹⁴⁶ was Roth zu der Vermutung veranlasst, es könnte sich eingedenk der vor Kollegialgerichten auftretenden Gerichtsredner um ein „forensisches Lehrstück“ handeln.¹⁴⁷

Das Alfen-Fragment ist damit zwar ein methodisch einwandfreies *argumentum a genere*, inhaltlich aber ebenso zu beanstanden, wie Labeos Differenzierung von *donum* und *munus*.

c) *argumentum a forma*

Das mit dem Gattungs- korrespondierende Artargument erwähnt Cicero nur im ersten Durchgang (top. 14). In seinem Beispiel ist Sitz des Arguments nicht das *genus* Ehefrau, sondern die Art *uxor in manu* in Abgrenzung zur manusfreien Ehefrau.¹⁴⁸

d) *argumentum a similitudine*

Der Ähnlichkeitstopos¹⁴⁹ nimmt zusammen mit seinem Komplementärbegriff der Verschiedenheit die zentrale Stellung unter den Entscheidungsbegründungen

¹⁴¹ Nörr, SZ 126 (2009), 1, 44 f.; zur Entwicklung des Schiffsbeispiels von Servius über Labeo und Proculus bis PAUL. 14 Sab. D. 41, 1, 26 pr. s. *Miglietta*, Servius, 323 ff. Roth, Alfeni Digesta, 175–177 folgert aus POMP. 30 Sab. D. 41, 3, 30, dass Alfens Beispielen die stoische Körperlehre zugrundeliegt; so auch *Turelli*, SDHI 84 (2018), 61, 72 f.; *Sacchi*, L'ars hermenēumatis, in: Scr. Corbino VI, 381, 385 Fn. 19.

¹⁴² Horak, Rationes decidendi, 264; zum *argumentum ad absurdum* s. nochmals unten 153 f.

¹⁴³ Horak, Rationes decidendi, 264. Möglicherweise handelt es sich um die Fortbildung einer nur auf den Fortbestand des *lis* als *eadem res* bezogenen Ansicht seines Lehrers Servius, vgl. *Turelli*, SDHI 84 (2018), 61, 76, 91.

¹⁴⁴ Ein „allmählicher“ Wechsel zwischen – modern gesprochen – Ende des Erkenntnisverfahren (*causa audita*) und Urteilspruch ist ohne juristische Relevanz und kann daher als gleichzeitig bezeichnet werden.

¹⁴⁵ Roth, Alfeni Digesta, 174 Fn. 89; zu Interpolationsvermutungen s. Horak, Rationes decidendi, 231 mit Fn. 20 f.

¹⁴⁶ Horak, Rationes decidendi, 233, 269; zustimmend Roth, Alfeni Digesta, 171 Fn. 76, 177.

¹⁴⁷ Roth, Alfeni Digesta, 178.

¹⁴⁸ Näher *Backhaus*, in diesem Band, 70 ff.

römischer Juristen ein. Diese Bedeutung tritt in den *Topica* quantitativ zutage,¹⁵⁰ sofern man das *argumentum a similitudine* – wie hier – als Oberbegriff des gelegentlich als Analogie übersetzten *argumentum ab adiunctis* und des Vergleichstopos (*ex comparatione*) versteht.

Ein solches Verhältnis legt Ciceros unübersichtliches Nebeneinander der drei Topoi freilich nicht nahe: Die Analogie erscheint im ersten wie im zweiten Durchgang unabhängig vom Ähnlichkeitstopos und nicht einmal in seiner unmittelbaren Nähe (Cic. top. 18, 50 bzw. 15, 41 f.). Der Vergleich steht im ersten Durchgang noch weiter entfernt (Cic. top. 23), im zweiten folgt der *locus comparationis* unter dieser Bezeichnung gar erst in top. 68–71. Allerdings bezeichnet Cic. top. 43 im Anschluss an die *similitudo* im engeren Sinne die *conlatio* als „alterum similitudinis genus“; sie liege vor, „cum una res uni, par pari comparatur“. Diese *parium comparatio* kehrt in Cic. top. 71 als Unterfall des *locus comparationis* wider. Für unsere Einordnung, die bei der *comparatio* weiter differenziert, streiten aber sachliche Erwägungen:

Als Beispiel einer allgemeinen *similitudo*, deren juristischen Nutzen der Arpinate eher gering veranschlagt,¹⁵¹ führt Cic. top. 42 eine *inductio* an, die „ex pluribus conlationibus“ das Argument hervorbringt:

Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.

Der Prozessvertreter hat wie der Vormund und Fiduziar eine Treuhänderstellung inne,¹⁵² die ihm ermöglicht, in fremdes Vermögen einzugreifen. Auch Gesellschafter und Mandatar sind an die *fides* gebunden.¹⁵³ Mit letzterem hat der *procurator* weiterhin die Fremdinteressenwahrung gemein,¹⁵⁴ zumal die Ermächtigung zur Prozessführung per *mandatum* erteilt wird.¹⁵⁵ Wenn nun Nörr definiert: „Bei der Analogie geht es um die Übertragung einer an einem Fall (oder an mehreren Fällen) explizit oder implizit gewonnenen Regel auf einen anderen Fall“,¹⁵⁶ so trifft dies auch auf Ciceros Beispiel der *similitudo* zu: Die Regel, dass *tutela*, *societas*, *mandatum* und *fiducia* von Treubindung geprägt sind, wird unter impli-

¹⁴⁹ Eingehend, mit vergleichender Betrachtung der entsprechenden Ausführungen in Cic. de orat. und RHET. Her.: Mantello, L'analogia, in: St. Martini II, 605, 631 ff.

¹⁵⁰ So auch Backhaus, in diesem Band, 72 ff., der diesem Topos fünf Beispiele zuordnet.

¹⁵¹ Cic. top. 41: „Similitudo sequitur, quae late patet, sed oratoribus et philosophis magis quam vobis.“

¹⁵² Kaser, RZPR, 152.

¹⁵³ Kaser, RPR I, 574–577.

¹⁵⁴ Sie identifiziert Backhaus, in diesem Band, 75 als *tertium comparationis*.

¹⁵⁵ Kaser, RZPR, 152.

¹⁵⁶ Nörr, SZ 126 (2009), 1, 51 m.w.N.

ziter Betonung ihrer Gemeinsamkeiten auf den *procurator* übertragen.¹⁵⁷ In gleicher Weise billigt Labeo in ULP. 17 ed. D. 8, 5, 2, 3 dem Legatar eines *usufructus* prozessual ein *interdictum utile de itinere actusque* zu, weil er materiell dessen Interessenlage jener eines Käufers oder Erben gleich erachtet („quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta“).¹⁵⁸

Eine vergleichbare Funktion begegnet uns beim *argumentum ab adiunctis* in CīC. top. 18¹⁵⁹:

Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite numquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari. Adiungitur enim, ut secundum servorum, secundum exulum, secundum puerulorum tabulas possessio videatur ex edicto dari.

Hier wird die prätorische Einweisung in den Nachlassbesitz¹⁶⁰ aufgrund des Testaments einer Frau, die nie eine *capitis deminutio* erfuhr, verneint; dies erfolgt im Anschluss (*adiunctio*) an die unstreitigen Fälle, dass andernfalls auch auf die testamentarischen Verfügungen von Sklaven, Exilierten und Kindern hin die *bonorum possessio* zu gewähren wäre. Gegen die strukturelle Nähe der beiden ciceronischen Anwendungsbeispiele könnte man anführen, dass es sich hier um erfundene Vergleichsfälle handeln dürfte,¹⁶¹ aus denen man kaum eine praktische Regel bildet. Da aber eine lateinische Entsprechung zu ἀναλογία fehlt und begriffliche Annäherungen an sie zur Bezeichnung unterschiedlicher methodischer Operationen gebraucht wurden, scheint eine näherungsweise Wiedergabe mit *similitudo* angezeigt und ein weiterer Streit um Worte nicht zielführend.¹⁶²

Die *parium comparatio* schließlich ordnet bereits Cicero mit den Worten „alterum similitudinis genus“ als Unterfall der *similitudo* ein (s. o.), der durch *conlatio* gewonnen werde. Ihre Spezialität liegt darin, dass ein Argument hier nicht „ex pluribus conlationibus“, sondern aus dem binären Vergleich „par pari“ gewonnen

¹⁵⁷ Rūfner, in diesem Band, 252, zieht insoweit vergleichsweise den modernen Begriff der Gesamtanalogie heran.

¹⁵⁸ Näher Horak, Rationes decidendi, 249.

¹⁵⁹ Zu diesem Text Fuhrmann, Die zivilrechtlichen Beispiele, in: Topik und Rhetorik, 51, 64 f.; ferner zu seiner scheinbaren Widersprüchlichkeit zu CīC. fam. 7, 2: Biavasschi, Cicerone, in: Scr. Corbino I, 221, 221 ff.

¹⁶⁰ Vgl. dazu Kaser, RPR I, 675 f.

¹⁶¹ Vgl. CīC. top. 50: „sed locus hic [sc.: *ab adiunctis*] magis ad coniecturales causas (...) valet (...)“

¹⁶² Mantello, L'analogia, in: St. Martini II, 605, 608 ff. (Beispiele zum Funktionspektrum), 632 Fn. 42 (zur Bedeutung der *Topica*); Coing, SZ 69 (1952), 24, 33 übersetzt *argumentum a similitudine* mit Analogieschluss. Nörns strenger Definition genügt denn auch nicht nicht CīC. Tim. 13: „Omnia autem duo ad cohaerendum tertium aliquid anquirunt et quasi nodum vinculumque desiderant. Sed vinculorum id est aptissimum atque pulcherrimum, quod ex se atque de iis, quae stringit, quam maxime unum efficit. Id optime adsequitur, quae Graece ἀναλογία, Latine audendum est enim quoniam haec primum a nobis novantur *comparatio proportione* dici potest.“ Zu dieser Definition s. Sacchi, L'ars hermenēumatis, in: Scr. Corbino VI, 381, 385 f.

wird. Dies demonstriert CIC. top. 43¹⁶³ mit einem Beispiel, das die ausschließlich rurale Anwendbarkeit der *actio finium regundorum* und *actio aquae pluviae arcendae* mit „quemadmodum (...) sic“ parallelisiert.¹⁶⁴

Zu klären bleibt die Einordnung von CIC. top. 44 f. Beginnt § 44¹⁶⁵ mit den Worten „ex eodem similitudinis loco“, spricht *idem* für eine Anknüpfung an die zuvor erörterte *parium comparatio*, der Verweis auf den *locus similitudinis* dagegen für eine Zuordnung zum übergeordneten Ähnlichkeitstopos. Sodann meint Cicero, die *commemoratio exemplorum*, deren sich etwa der siegreiche Crassus in der *causa Curiana* vielfach bediente, pflegen die Juristen auch in ihrer Respondierpraxis häufig zu nutzen. Nachdem er kurz zuvor die *similitudo* als „oratoribus et philosophis magis quam vobis [sc. Juristen]“ bezeichnete, scheint dies – sofern man Cicero keinen Selbstwiderspruch unterstellen will – gegen eine Zuordnung zum Ähnlichkeitstopos zu sprechen. Doch ist eine methodische Verbindung zwischen „similitudines, quae ex pluribus conlationibus perveniunt“ (CIC. top. 42) und den *exempla plurima* der *causa Curiana* kaum zu leugnen. Berücksichtigt man die vom Arpinaten eingangs erwähnte Bandbreite der *similitudo* („quae late patet“, top. 42), dürfte der Unterschied darin liegen, dass dort mehrere Beispiele als Argumente zur Lösung einer Rechtsfrage – im Beispiel das *fidem praestere* des *procurator* – herangezogen werden, hier aber allgemein zur Argumentation bei verschiedenen Rechtsfragen des Falles *exempla plurima* angeführt werden. Dass eine klare Scheidung weder nötig noch möglich ist, zeigt Nörr in seiner zur Analogie abgrenzenden Definition: „Die *exempla* dienen der Bestätigung einer Regel durch die Aufzählung von Einzelfällen.“¹⁶⁶ Zu trennen ist diese beidenfalls bloße Reihung von Beispielen dagegen von einer gestuften *parium comparatio*, die durch wiederholte paarweise *conlatio* einer „Widerlegung durch Herausstellung anderer Aspekte“¹⁶⁷ vorbeugt, indem sie die Wertungsgesichtspunkte des zu entscheidenden Falles auch im Vergleichsfall der jeweiligen Stufe stärker herausarbeitet.¹⁶⁸

¹⁶³ „Quemadmodum, si in urbe de finibus controversia est, quia fines magis agrorum videntur, esse quam urbis, finibus regundis adigere arbitrium non possis, sic, si aqua pluvia in urbe nocet, quoniam res tota magis agrorum est, aquae pluviae arcendae adigere arbitrium non possis.“

¹⁶⁴ Mantello, L'analogia, in: St. Martini II, 605, 634. Zur Anwendbarkeit der Klagen nur auf ländliche Grundstücke s. einerseits Kaser, RPR I, 409, andererseits die *formula* bei Lenel, EP, 375 (*ager*) und ULP. 53 ed. D. 39, 3, 1, 17, wonach bereits Labeo und Cascellius die *actio aquae pluviae arcendae* wegen ihres räumlich begrenzten Anwendungsbereichs als *actio specialis* bezeichneten.

¹⁶⁵ Mantello, L'analogia, in: St. Martini II, 605, 643 f.

¹⁶⁶ Nörr, SZ 126 (2009), 1, 51.

¹⁶⁷ So das Risiko nach Nörr, SZ 126 (2009), 1, 51.

¹⁶⁸ Eine solche „doppelte *conlatio*“ nach CIC. top. 43 (*Babusiaux*, Papinians Quaestiones, 156 Fn. 725) bietet das freilich spätclassische Beispiel PAP. 19 quaest. D. 31, 69, 2, dazu und zum Ausgangsfall (h. fr. pr.) eingehend *Babusiaux*, Papinians Quaestiones,

Cic. top. 45¹⁶⁹ erweitert die *commemoratio exemplorum* schließlich um *ficta exempla similitudinis*, wobei der Arpinate bezüglich ihres juristischen Werts vage bleibt: „sed ea oratoria magis sunt quam vestra; quamquam uti etiam vos soletis“. Dem Juristen stehen zur Argumentation zwar anders als dem Redner keine *mirabilia* zu Gebote, doch können gerade bei Vertragsklauseln hypothetische Alternativformulierungen den Parteiwillen klären helfen.¹⁷⁰ Neben a priori hypothetische Vergleichsfälle¹⁷¹ zur Erhellung komplexer Rechtsfragen treten die über einige Juristengenerationen zunehmend „abgeschliffenen“, auf ein konkretes

155–157. Im Ausgangsfall hat der Erblasser Lucius Titius als Miterben eingesetzt, ihm aber aufgegeben, sich mit *centum aureis* zu begnügen. Papinian streicht entgegen Sabinus nicht die *institutio ex certa re*, sondern interpretiert sie als Fideikommiss zugunsten der Miterben. Die Lösung stützt er in § 2 über zwei Vergleichsstufen: (1.) Eine Mutter setzt ihren unmündigen Sohn testamentarisch als Erben ein, bestellt einen Vormund und gibt ihm bei Versterben des Sohnes vor Vollendung des 14. Lebensjahres fideikommissarisch die Herausgabe der Erbschaft an Sempronius auf. Wie im Ausgangsfall die *institutio ex certa re*, so ist hier die Tutorenbestellung durch die Mutter grundsätzlich unwirksam. Beidenfalls soll es aber nicht der Heilung bedürfen (Streichung der Beschränkung *ex certa re* bzw. Nachholung der *inquisitio*), sondern das Fideikommiss als solches wirksam sein. Die Weiterentwicklung des Ausgangsfall liegt in der Einführung der Tutel und dem deutlicher zutage tretenden Dreipersonenverhältnis: Erblasser bzw. Mutter – Lucius Titius bzw. Vormund – sonstige Miterben bzw. Sempronius. Gedankliche Sprünge – und damit Angriffspunkte im Sinne Nörrs – liegen darin, dass sich die Tutel auf den im Dreipersonenverhältnis nicht relevanten Sohn bezieht und die Wirksamkeit des Fideikommisses auch für den Vergleichsfall noch nur behauptet wird. Diese Lücke schließt die zweite Vergleichsstufe: (2.) Gibt der Vater in einem unwirksamen Testament dem Tutor des Unmündigen die Ausfolgung eines (Einzel-)Fideikommisses auf, ist dies trotz unwirksamer Testamentserrichtung wirksam, weil weder der Erblasser, noch der Vormund aus eigenem, sondern aus dem Recht seines Mündels leistet. Wie in Ausgangsfall und erster Vergleichsstufe haben wir eine grundsätzlich unwirksame Verfügung mit wirksamem Fideikommiss, wie in der ersten Vergleichsstufe zudem eine Tutel. Das Dreipersonenverhältnis wird modifiziert: Erblasser bzw. Vater als Erblasser – Lucius Titius bzw. Vormund für lebendes (!) Mündel – sonstige Miterben bzw. (einzel-)fideikommissarisch Bedachter (andere Ansicht *Babusiaux*, Papinians Quaestiones, 157, die neben die sonstigen Erbberechtigten das Mündel stellt). So rückt das hier abweichend zur ersten Vergleichsstufe noch lebende Mündel in das Dreipersonenverhältnis ein. Die doppelte Besetzung dieser Position mit Vormund und Mündel spiegelt die Stellung als Erbe und Fideikommissbelasteter im Ausgangsfall. Die Positionen werden im zweiten Vergleichsfall personell getrennt; die Fremdnützigkeit der Tutel zielt übertragen auf den Ausgangsfall auf die Pflichtigkeit des Lucius Titius in seiner Funktion als Fideikommissbelasteter. Der Erblasserwille würde nicht mit Sabinus durch Streichung der Begrenzung der Einsetzung des Lucius Titius auf die *certa res*, sondern allein durch die ihm auferlegte Begrenzung auf *centum aureis* verwirklicht.

¹⁶⁹ Zum angeführten Beispiel der *mancipatio* einer *res nec Mancipi* vgl. Kaser, SZ 68 (1951), 131, 149.

¹⁷⁰ ALF. 3 dig. D. 17, 2, 71 pr., dazu Horak, Rationes decidendi, 205–208; zu ALF. 2 dig. D. 39, 2, 43, 1 s.u. S. 156 ff.

¹⁷¹ Weitere Beispiele bietet Mantello, L'analogia, in: St. Martini II, 605, 645 ff., etwa LAB. 2 post. D. 33, 4, 6, 1, wobei die Fiktizität aus der Wendung „perinde habendum esse ac si“ folgt (a. a. O., 648).

Problem hin verkürzten Versatzstücke ursprünglich realer Fälle, die als schulmäßige und insofern hypothetisch gewordene Standardfälle figurieren.¹⁷²

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Cic. top. 41–45 verschiedene Spielarten der sich weit erstreckenden *similitudo* darstellen.¹⁷³ Dass Cicero so verstanden werden wollte, zeigt der Beginn von top. 46: „Sequitur similitudinem differentia“. Es bleibt, das Spezifische der *argumenta ab adiunctis* (aa)) und *ex comparatione* (bb)) herauszuarbeiten und mit juristischen Beispielen zu unterlegen.

aa) argumentum ab adiunctis

Cic. top. 18 hat mit seiner Gleichsetzung einer prätorischen Gewährung der *bonorum possessio* aufgrund der Verfügung einer testierungsfähigen Frau mit jener eines Sklaven eine rhetorische, beim Adressaten ein Störgefühl („das kann doch nicht sein!“) hervorrufende Komponente. Dieser extreme Vergleichsfall rückt das *argumentum ab adiunctis* in die Nähe einer *reductio ad absurdum*,¹⁷⁴ die in den *Topica* im Übrigen fehlt. Legt man in den nebulösen Ausführungen in Cic. top. 50 den Schwerpunkt auf die Überzeugungswirkung *in iudiciis*, könnten wir dem *argumentum ab adiunctis* alle besonders eingängigen, *prima facie* „schlagenden“ juristischen Ähnlichkeitsargumente zuweisen. Ein solches nutzt Labeo¹⁷⁵ bei PAUL. 54 ed. D. 41, 2, 3, 5:

(...) non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Labeo lehnt den Doppelbesitz zunächst mit dem hypothetischen Beispiel ab, dass bei gegenteiliger Ansicht *ego* und *tu* auf derselben Stelle zu stehen scheinen. Die Bildhaftigkeit¹⁷⁶ erhöht er mit dem zweiten Beispiel, das man frei dahin übersetzen könnte, dass *tu* dem *ego* gleichsam auf dem Schoß säße – ein *argumentum ad absurdum*, deren rhetorische Wirkung die chiasmatische Struktur der Beispiele verstärkt. Ob seiner Bildhaftigkeit könnte auch der Vergleich von Geisteskrankem und Schlafenden, den wir bei der *translatio* erwähnten (s. o. S. 144), hierher rechnen.

Wiederum Labeo sieht in der Zahnlosigkeit eines Sklaven entgegen Servius keinen Redhebitionsgrund, „nam et magna (...) pars dente aliquo carent (...) et

¹⁷² Giaro, SZ 105 (1988), 180, 215; Rüfner, in diesem Band, 263.

¹⁷³ So implizit auch Babusiaux, Papinians Quaestiones, 156 Fn. 721.

¹⁷⁴ Giaro, SZ 105 (1988), 180, 215; Mantello, L'analogia, in: St. Martini II, 605, 645.

¹⁷⁵ Die Begründung folgt auf „quod est verius“, wäre also *prima facie* Paulus zuzuordnen. Doch begründete er das Ergebnis eingangs der Stelle in ähnlicher Weise, sodass es näher liegt, die vorliegenden Worte für labeonisch zu halten; ebenso Horak, Rationes decidenti, 283 m.w.N.

¹⁷⁶ Es handelt sich dennoch um keine *translatio* (s. o. S. 143 f.), da die Bildhaftigkeit nicht der Definition eines Begriffs, sondern sachlich der Ablehnung des Doppelbesitzes dient.

absurdum admodum est dicere, non sanos nasci homines, quoniam cum infantibus non simul dentes gignuntur“ (GELL. 4, 2, 12).¹⁷⁷ Weniger plakativ ist seine Argumentation in LAB. 2 post. D. 32, 29 pr.:

Qui concubinam habebat, ei vestem prioris concubinae utendam dederat, deinde ita legavit: ‚vestem, quae eius causa empta parata esset‘. Cascellius Trebatius negant ei deberi prioris concubinae causa parata, quia alia condicio esset in uxore. [*a differentia*, s.u. S. 156, M.E.:] Labeo id non probat, quia in eiusmodi legato non ius uxorum sequendum, sed verborum interpretatio esset facienda idemque vel in filia vel in qualibet alia persona iuris esset. Labeonis sententia vera est.

Der Text demonstriert, wie die inventive Verwendung konträrer Topoi zur Begründung gegenteiliger Entscheidungen herangezogen werden können. Cascellius und Trebaz betonen im vorliegenden Vermächtnisfall mit einem *argumentum a differentia* die Verschiedenheit von Ehefrau und Konkubine.¹⁷⁸ In voraugusteischer Zeit genoss die Konkubine keinerlei Ansehen, die Verbindung war sittlich bemakelt, der *favor uxoris* gebot den Vorzug der Ehefrau.¹⁷⁹ Infolge der augusteischen Ehegesetzgebung, die zahlreiche bisher erlaubte Ehen verbot, wuchs die rechtliche wie praktische Relevanz des Konkubinats, das eine soziale Aufwertung zur Ehe minderen Rechts erfuhr und vom sittlichen Makel befreit wurde.¹⁸⁰ Mangels vollständiger Gleichstellung zur *uxor*¹⁸¹ zieht Labeo zur *similitudo* nicht die Ehefrau, sondern die Tochter als Legatarin heran. Dadurch manifestiert er nicht nur den Wegfall der sozialen Anruchigkeit des Konkubinats, sondern erzeugt als Reaktion einen gewissen Mitleidseffekt mit der Tochter, deren Vater verstorben ist und die nun, wenn man den Vergleichsfall auf die Gegenansicht übertrüge, nichts erhalten würde.

bb) argumentum ex comparatione

Von der verstreuten Behandlung dieses Topos war bereits die Rede. Nachdem Cíc. top. 23 unter *argumentum ex comparatione* neben der *parium comparatio* auch die Größenschlüsse fasste,¹⁸² konnte ihm eingedenk seiner Grundunterscheidung von *inventio* und *iudicatio* in top. 6 eine eindeutige Zuordnung nicht mehr gelingen: Während Größenschlüsse funktional mathematische Exaktheit suggerieren, mithin nicht anders als durch Richtigkeit überzeugen können und daher äußerlich der *iudicatio* zuzurechnen sind,¹⁸³ beruht die *parium comparatio*

¹⁷⁷ Horak, *Rationes decidendi*, 270.

¹⁷⁸ Kunkel, *Herkunft*, 25 f., 28: Cascellius ist etwa im Alter seines Lehrers Servius, Trebaz 15–20 Jahre jünger.

¹⁷⁹ Wieling, *Testamentsauslegung*, 49.

¹⁸⁰ Wieling, *Testamentsauslegung*, 49.

¹⁸¹ Vgl. Kaser, *RPR* I, 329.

¹⁸² Irritierend für Coing, *SZ* 69 (1952), 24, 33: „*argumentum a maiore* (unter der Bezeichnung ‚*ex comparatione*‘)“.

¹⁸³ In Wahrheit liegen die Dinge schwieriger, s. daher unten S. 170.

von vornherein auf der Wertentscheidung, die beiden Fälle für *par pari* zu erachten.¹⁸⁴ Diese Wertung ist als inventiver Akt nicht deduzierbar. Es nimmt daher nicht wunder, dass sich die *parium comparatio* in CIC. top. 43 bruchlos der *inventio* einordnet, während sich der Arpinate in top. 71¹⁸⁵ eines völlig hilflosen Syllogismus bedienen muss, um die Einordnung zur *iudicatio* zu rechtfertigen. Dieser Gewaltakt ist unmittelbare Folge der Zusammenfassung mit den Größenschlüssen im ersten Durchgang der Topoi.

Die Funktionsweise der *parium comparatio* haben wir eingangs zur *similitudo* und *commemoratio exemplorum* abgegrenzt. Zahlreicher als die bereits mit einem juristischen Beispiel versehene komplexe, gestufte Form (s.o. S. 151 Fn. 168) sind die Fälle einstufiger *conlatio* nach dem Muster „quemadmodum ... sic“ (CIC. top. 43, s.o.). Erwähnt sei hier etwa GAI. 1, 165:¹⁸⁶

(...) eo enim ipso, quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex [sc.: XII tab.] ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat.

Das Zwölftafelgesetz bestimmte zum Intestaterben nach Freigelassenen die Patrone bzw. ihre Kinder, äußerte sich aber nicht ausdrücklich zur „libertarum et impuberum libertorum tutela“. Die *interpretatio* der *veteres* knüpft an die gradnächsten Agnaten an, die vom Zwölftafelgesetz nicht nur zu Intestaterben, sondern explizit auch zur gesetzlichen Tutel berufen werden.¹⁸⁷ Expliziert das Gesetz den Gleichlauf von Intestaterbfolge und gesetzlicher Tutel für die Agnaten, scheint es wertungsmäßig geboten, diesen Gleichlauf auch bei den zur Intestaterbfolge berufenen Patronen herzustellen, sie also in ergänzender Auslegung auch zu gesetzlichen Vormündern zu bestimmen.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten s. auch *Giario*, Rechtswahrheiten, 253.

¹⁸⁵ „Parium autem comparatio nec elationem habet nec summisionem; est enim aequalis. Multa autem sunt, quae aequalitate ipsa comparantur; quae ita fere concluduntur: Si consilio iuvare cives et auxilio aequa in laude ponendum est, pari gloria debent esse ei, qui consulunt, et ei, qui defendunt; at quod primum est; quod sequitur igitur.“ Mangels wertender inventiver Argumentation für eine Gleichordnung von *consilium* und *auxilium* ist der Obersatz bloße Behauptung. Dass der Vergleich als solcher nicht subsumtionsfähig ist, zeigt sich am inhaltsleeren Untersatz.

¹⁸⁶ Dazu *Horak*, Rationes decidendi, 245; für die hochklassische Zeit s. etwa IUL. 2 ex Minic. D. 14, 2, 8, dazu *Bund*, Zur Argumentation, in: St. Volterra I, 571, 582: Der Seewurf ist genauso wenig Ausdruck eines Dereliktionswillens, „ac si quis onere pressus in viam rem abiecerit mox cum aliis reversurus, ut eandem auferret“.

¹⁸⁷ XII tab. 5, 4 und 6, Quellen bei *Flach*, Zwölftafelgesetz, 83, 86; zur Einordnung unserer Stelle s. *Giario*, Rechtswahrheiten, 254, 263.

¹⁸⁸ Wenn UE 11, 3 (vgl. *Avenarius*, I.s. regularum, 300f.) dieses Ergebnis als *per consequentiam* bezeichnet, dann nicht im technisch-deduktiven Sinne von CIC. top. 20, s. u. S. 162. *Avenarius* übersetzt „als Folge einer Analogie“.

e) *argumentum a differentia*

Die *differentia* ist „rei maxime contraria superiori“ (Cic. top. 46), also Gegenbegriff der *similitudo*. Im ersten Durchgang der Topoi knüpft Cic. top. 16 an das Beispiel zum *argumentum a genere* aus top. 13 an, indem er hier nicht gemünztes Silber infolge der Beibehaltung des Gattungsnamens zum auf *argentum omne* lautenden Legat rechnet, sondern seine Verschiedenheit zu Forderungen im Hausbuch betont.¹⁸⁹ Im zweiten Durchgang benennt Cicero als *differentia* zwischen Frau und Mündel, die grundsätzlich beide zur wirksamen Vornahme eines Rechtsgeschäfts der *auctoritas tutoris* bedürfen, dass jene im Gegensatz zum *pupillus* unmittelbar empfangszuständig ist („recte ipsi mulieri sine tutore auctore solvas“, top. 46).¹⁹⁰ Die Beispiele deuten – in ihrer Kürze freilich ohne Argumentation – auf die für diesen Topos wesentliche Tätigkeit hin: das Herausarbeiten des Unterschieds. Diese Tätigkeit, das heute sogenannte „distinguishing“, ist im Common Law von überragender Bedeutung; in abgeschwächter Form gilt für das ebenfalls nicht kodifizierte römische Recht dasselbe.¹⁹¹

Im soeben zum *argumentum ab adiunctis* (s.o. S. 154) besprochenen Vermächtnisfall LAB. 2 post. D. 32, 29 pr. hoben die republikanischen Juristen Cascellius und Trebaz die Verschiedenheit von Ehefrau und Konkubine hervor. Unter den Frühklassikern argumentierte insbesondere der Serviusschüler Alfen gern mit einer *distinctio*,¹⁹² wie etwa in ALF. 2 dig. D. 39, 2, 43, I¹⁹³:

[Ausgangsfall, M.E.:] Cum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliret, damni infecti vicino repromisit adeoque restipulatus est: posteaquam paries sublatus esset et habitatores ex vicinis cenaculis emigrassent, vicinus ab eo mercedem, quam habitatores non redderet, petere vult: quaesitum est, an recte petet. respondit [hypothetischer Alternativfall:] non oportuisse eos, cum communem parietem aedificarent, inter se repromittere neque ullo modo alterum ab altero cogi potuisse: [Abwandlung des Alternativfalls:] sed si maxime repromitterent, tamen non oportuisse amplius quam partis dimidia, quo amplius ne extrario quidem quisquam, cum parietem communem aedificaret, repromittere deberet. [Antwort auf realen Fall:] sed quoniam iam in totum repromississent, omne, quod detrimenti ex mercede vicinus fecisset, praestaturum.

Im (realen) Ausgangsfall stipulieren sich Nachbarn für den Abriss und die Neuerrichtung einer gemeinsamen Hausmauer im Wege gemeinsamer Baufüh-

¹⁸⁹ Cic. top. 16: „Multum enim differt, in arca positum sit argentum an in tabulis.“

¹⁹⁰ Kaser, RPR I, 275 ff., 278; zu beiden Beispielen näher *Backhaus*, in diesem Band, 80 ff.

¹⁹¹ Näher zu dieser Methode bei Ermittlung der *ratio decidendi* im römischen Recht *Vacca*, La giurisprudenza, 126–130; für die Unterschiede zum Common Law – v. a. fehlender *stare-decisis*-Regel im römischen Recht – s. etwa *Behrends*, SZ 96 (1979), 379, 381–383.

¹⁹² *Horak*, Rationes decidendi, 206.

¹⁹³ Zum *casus perplexus* in h. fr. 2 s. u. S. 167f.

rung gegenseitig den Ersatz aller Schäden (*cautio damni infecti*).¹⁹⁴ Einer geht nun im Zuge der Bautätigkeit seiner Mieter und damit der Mieteinnahmen verlustig und will diese Einbußen (*lucrum cessans*) von seinem Nachbarn erstattet bekommen. Anstatt im Anschluss an „respondit“ sogleich die Frage des Ausgangsfalles zu beantworten, stellt Alfén für einen (hypothetischen) Alternativfall¹⁹⁵ fest: Keiner der beiden hätte verpflichtet werden können,¹⁹⁶ dem jeweils anderen den Ersatz seiner Schäden zu versprechen. Dahinter steht die Erwägung, dass Abriss und Neubau einer gemeinsamen Mauer grundsätzlich – und bei gemeinsamer Bauausführung unstrittig – im gemeinsamen Interesse liegen, sodass jede Seite ihre eigenen Nachteile für sich zu tragen hat.¹⁹⁷ Die Stipulation vollen Ersatzes führt hingegen zu einer sachlich unbegründeten Umkehrung der Schadenstragung.¹⁹⁸

Diesen Alternativfall wandelt Alfén sodann dahin ab, dass selbst für den Fall einer Stipulation allenfalls je die Hälfte der Schäden zu tragen gewesen wäre. Eine solche Stipulation wäre in ihren Wertungen rational nachvollziehbar: Der Nutzen einer Mauer als äußere Begrenzung eines Hauses ist – soweit es sich um eine gemeinsame handelt – wertmäßig für beide Seiten identisch; gleiches gilt für

¹⁹⁴ In der gemeinsamen Bauführung liegt die Besonderheit dieses Falles, s. *Rainer*, SZ 105 (1988), 488, 506.

¹⁹⁵ Andere Ansicht *Horak*, *Rationes decidendi*, 143, der die Entscheidung für aus (mehreren!) „allgemeineren Grundsätzen“ abgeleitet hält. Ob bereits zu Alféns Zeit eine allgemeine Regel freiwilliger Kautionsleistung im Falle gemeinsamer Bauausführung bestand, scheint mir angesichts uneindeutiger Quellen (s. Fn. 197) und der Feststellung von *Rainer*, SZ 105 (1988), 488, 506, Alfén beziehe sich auf eine Entscheidung des Servius, zweifelhaft. Alféns Feststellung liegt implizit als hypothetischer Alternativfall die Weigerung eines der Nachbarn zur Kautionsleistung zugrunde.

¹⁹⁶ Mit *Rainer*, SZ 105 (1988), 488, 506 Fn. 71 ist „non oportuisse“ unglückliche Wortwahl für „nicht notwendig“.

¹⁹⁷ *Backhaus*, *Casus perplexus*, 27: „Kompensation der beiderseitigen Vermögensgefährdung“. Zum Schadensersatz aus *cautio damni infecti* nach Einsturz einer gemeinsamen Mauer ULP. 43 Sab. D. 39, 2, 40, 1: „(...) quod si aequaliter utriusque oneribus pressus decidit, rectissime Sabinus scripsit, *parem utriusque causam esse*. sed si alter plures vel pretiosiores res amisit, melius est dicere, quia ambo onera imposuerunt, neutri adversus alterum competere actionem.“ Abweichend allerdings POMP. 21 Sab. D. 39, 2, 39 pr.: „Inter quos paries communis est, aedificiorum nomine, quae quisque propria habet, stipulari damni infecti *solent*: sed tunc ea cautio *necessaria* est, cum aut alter solus aedificat et vitium ex opere futurum est, aut alter *pretiosiora aedificia habet et plus damni sensurus sit* decidente pariete: (...)“. Anders als Alfén bezeichnet Pomponius die Kautionsleistung als üblich (*solent*), bezieht sich dabei jedoch nur auf die einseitige („aut alter solus aedificat“), nicht auf die gemeinsame Bauführung. Gegen Ulpian soll eine Kautionsleistung bei Wertgefälle notwendig sein; ob dies in unserem Fall vorlag (etwa nur der Anfragende Mieteinnahmen erzielte), die Kontroverse schon zu Alféns Zeiten bestand und er stillschweigend über diese Gegenansicht hinweggeht, bleibt offen. Zu beiden Fragmenten und ihrem Widerspruch s. *Rainer*, SZ 105 (1988), 488, 498 f., 510.

¹⁹⁸ *Backhaus*, *Casus perplexus*, 27.

die von beiden Grundstücken ausgehende Gefahr.¹⁹⁹ Nach dieser zweistufigen Alternativfallbildung²⁰⁰ hat Alfen die Divergenz zum Ausgangsfall hinreichend herausgearbeitet, um ihn zu entscheiden: Wenn die Parteien im vorliegenden Fall „in totum repromississen“ muss man sie beim Wort nehmen. Sie hätten hierzu nicht verpflichtet werden können und Wertungsgeschichtspunkte, die eine Umkehrung der Schadenstragung durch volle *repromissio* rechtfertigen, sind nicht ersichtlich. Gerade weil der Stipulationsinhalt der Parteien objektiv nicht zu erklären ist, muss man ihre privatautonome Entscheidung beim Wort nehmen, so dass das stipulierte *omne* zu gewähren ist.

Servius elegantes *argumentum a differentia* in PAUL. 6 Sab. D. 17, 2, 30 behandeln wir im Rahmen der Disjunktion (s.u. S. 164), seines Schülers Ofilius Ablehnung einer Analogie und damit vorgenommene Differenzierung in ULP. 53 ed. D. 39, 3, 1, 21 sogleich.

f) *argumentum ex contrario*

Das Beispiel für ein *argumentum ex contrario* in CIC. top. 17 ist halbherzig gewählt: Dass ein vermachter *ususfructus* nur Gebrauch (*usus*), nicht Verbrauch (*abusus*) gestattet, ist eher Definition als *res adfectae*.²⁰¹ Im zweiten Durchgang differenziert Cicero vier Arten dieses Topos, die er allerdings nicht mit juristischen Beispielen unterlegt. Begriffe, „*quae ex eodem genere contraria sunt*“, bezeichnet er als *adversa* (CIC. top. 47). Doch ist die Gattung in der Praxis nicht immer leicht zu bestimmen: In ULP. 53 ed. D. 39, 3, 1, 21 stellt sich die Frage, ob die *actio aquae pluviae arcendae* – anwendbar, wenn „*aqua pluvia mihi noceat*“ – analog auf den gegenteiligen Fall (*per contrarium*) übertragen werden kann, dass ein vom Nachbar errichtetes Gebäude das Herabfließen nützlichen Wassers auf mein Grundstück beendet. Ofilius und Labeo lehnen eine analoge Klage mit der Begründung ab: „*hanc enim actionem locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit*“.²⁰² Obwohl also Nutzen und Schaden (*prodesse, nocere*) einander als Gattungsgegensätze gegenüberstehen, schafft die Negation des einen (*non prosit*) keine Identität zum anderen (*noceat*).

Als zweite Art nennt CIC. top. 48 die *privantia* durch privative Präposition, im Lateinischen meist „in-“, im Beispiel top. 17 allerdings „ab-“. Die vage als „*quae cum aliquo conferuntur*“ beschriebenen Fälle in CIC. top. 49 kommen mit ihrem

¹⁹⁹ Backhaus, Casus perplexus, 28 und vergleiche den letzten Satz von POMP. 21 Sab. D. 39, 2, 39 pr.: „*alioquin si aequale periculum est, quantum quis vicino praestat, tantum ab eo consequitur*.“

²⁰⁰ Ihren Wert für das römische Recht erkennt Horak nach Mantello, L'analogia, in: St. Martini II, 605, 661: „È un profilo che sfugge decisamente da Horak, ma che contribuisce davvero a mettere ulteriormente in luce come il ragionamento giurisprudenziale per similitudine potesse contribuire a razionalizzare concetti e precetti nel cd. ‚sistema aperto‘ di *ius controversum* proprio dell'esperienza romana.“

²⁰¹ Vgl. Fuhrmann, Die zivilrechtlichen Beispiele, in: Topik und Rhetorik, 51, 63 f.

²⁰² Näher Horak, Rationes decidendi, 258.

letzten Beispiel „maius minus“ den Größenschlüssen nahe (s.u. S. 170). Die *negantia* als vierte Art sind mit dem Beispiel „si hoc est, illud non est“ Vorbereitung der Disjunktion (s.u. S. 163 ff.).²⁰³

II. iudicatio

Die Originalität seiner Trennung der *ars inveniendi* von der *ars iudicandi* als Dialektik im engen Sinne stoischer Aussagenlogik in Cīc. top. 6 haben wir eingangs sub C. (S. 133 ff.) gewürdigt. Hervorzuheben war dabei die Leistung, nach der richtungsweisenden Scheidung der Begriffe die *iudicatio* mit dem *locus dialecticorum* wieder in seine Behandlung der Topik zu integrieren. Die Trennung erhält er durch die scharfe Abgrenzung des Topos im zweiten Durchgang, wenn Cīc. top. 53 ihn mit den Worten „Deinceps est locus dialecticorum“ beginnt und in top. 57 mit „in quo est tota fere διαλεκτική“ beschließt.

Voraussetzung der *iudicatio* ist, wie wir oben B. (S. 126 ff.) sahen, dass die Entscheidungsgrundlage feststeht. Es muss ein Axiom vorliegen, dem der zu entscheidende Fall subsumiert werden kann, aus dem das Ergebnis also deduktiv abzuleiten ist. Das Axiom kann einerseits ein Gesetz, eine unter Juristen allgemein anerkannte *regula* oder eine ähnliche, vor und unabhängig von dem konkreten Fall entwickelte Norm sein. Andererseits kann es durch den Juristen mittels *inventio* ad hoc gebildet werden, namentlich in Form logisch nicht angreifbarer allgemeiner (Erfahrungs-)Sätze.

Cicero differenziert den *locus dialecticorum* in die drei Arten „ex consequentibus et antecedentibus et repugnantibus“ (top. 53), die wir unter den Oberbegriff der Subjunktion fassen (1.). In Cīc. top. 56 führt er von den „reliqui dialecticorum modi plures“ diejenigen *ex disiunctionibus* an, zu denen wir auch die *coniunctionum negantia* (top. 57) zählen (2.).

1. Subjunktion

Cicero nennt in top. 53 f. die ersten drei chrysippischen Schlussfiguren.²⁰⁴ Seinem praktischen Ansatz folgend, führt er ihre syllogistische Schlussform zunächst anhand des auf *argentum omne* lautenden Legats vor (s.o. S. 135) und legt dabei in eine rhetorische Frage gekleidet („nam quid interest“) – für die erste und zweite Schlussfigur zutreffend –²⁰⁵ ihre inhaltliche Gleichwertigkeit offen.

²⁰³ Vgl. das Beispiel zur *negantia coniunctionum* in Cīc. top. 57: „Non et hoc et illud; hoc autem; non igitur illud.“

²⁰⁴ Vgl. Pohlenz, Die Stoa, 51; Überblick zur stoischen Aussagenlogik bei Reinhardt, Topica, 307–309. Die dritte Schlussfigur gibt Cicero unzutreffend wieder, s. Fn. 205 f.

²⁰⁵ Die ersten beiden Schlussfiguren lauten bei Cīc. top. 53: „Si pecunia signata argentum est [A, M.E.], legata est mulieri [B]; est autem pecunia signata argentum [A]; legata igitur est [B]“ und: „Si numerata pecunia non est legata [A], non est numerata pecunia argentum [B]; est autem numerata pecunia argentum [B]; legata igitur est [A].“

Sodann erläutert der Arpinate abstrakt zutreffend den Aufbau des *primus* und *secundus conclusionis modus*, hinsichtlich des *tertius* allerdings von Chrysipp abweichend und unzutreffend verallgemeinernd.²⁰⁶

Richtig sind die Kondizionalien aus Folge, Voraussetzung und Widerspruch nur, wenn der Schluss notwendig ist:²⁰⁷ „ea enim dico consequentia, quae rem necessario consequuntur; itemque et antecedentia et repugnantia“ (Cic. top. 53). Das setzt eine als gültig anerkannte Regel voraus. Ein juristisches Beispiel bietet ALF. 5 dig. D. 28, 5, 45:

[Sachverhalt, M.E.]: Pater familias testamento duos heredes instituerat: eos monumentum facere iusserat in diebus certis: deinde ita scripserat: „qui eorum non ita fecerit, omnes exheredes sunt“: alter heres hereditatem praetermiserat, reliquus heres consulebat, cum ipse monumentum exstruxisset, numquid minus heres esset ob eam rem, quod coheres eius hereditatem non adisset. respondit [Regel:] neminem ex alterius facto hereditati neque alligari neque exheredari posse, sed uti quisque condicionem impleret, quamvis nemo adisset praeterea, [Ergebnis:] tamen eum heredem esse.

Fasst man Sachverhaltsschildung und Anfrage des verbliebenen Miterben zusammen, lautet die Frage: Wenn die Testamentsbedingung verlangt, dass beide Miterben ein Grabmal errichten und für den Fall, dass einer es nicht tut, beide enterbt sein sollen – ist der anfragende Miterbe, obwohl er das Grabmal allein errichtet, enterbt, wenn der andere die Erbschaft gar nicht antritt? Darauf folgt die zu Servius' Zeiten – auf ihn als Lehrer Alfens bezieht sich „respondit“ – wohl noch unstrittige Regel, dass des einen Erbenstellung nicht von der einen anderen betreffenden (Potestativ-)Bedingung abhängig gemacht werden kann.²⁰⁸ Daraus

Keht man die Negation in der zweiten Schlussfigur ($\neg A \rightarrow \neg B$; B; A), die Cicero aufgrund seines Beispiels so setzen musste, um, sind die Aussagen deckungsgleich zu den chrysippischen nach *Pohlentz*, Die Stoa, 51; verkürzt: $A \rightarrow B$; A; B bzw. $A \rightarrow B$; $\neg B$; $\neg A$. Die dritte Schlussfigur in Cic. top. 53 ist mit ihrer Negation wiederum dem Beispiel geschuldet: „Non et legatum argentum est [A] et non est legata numerata pecunia [B]; legatum autem argentum est [A]; legata igitur numerata pecunia [B].“ Also: $\neg(A \wedge \neg B)$, nach de-morganschem Gesetz folglich $\neg A \vee B$, was nichts anderes bedeutet als $A \wedge B$ mit der Schlussfolge A; B. Dagegen heißt es nach Chrysipp „nicht zugleich“, also: $A \mid B$; A; $\neg B$.

²⁰⁶ Cic. top. 54: „Appellant autem dialectici eam conclusionem argumenti, in qua, cum primum [A, M.E.] adsumpseris, consequitur id, quod adnexum [B] est, primum conclusionis modum [also: $A \rightarrow B$; A; B]; cum id, quod adnexum est [B], negaris, ut id [A] quoque, cui fuerit adnexum, negandum sit, secundus is appellatur concludendi modus [also: $A \rightarrow B$; $\neg B$; $\neg A$]; cum autem aliqua coniuncta negaris et his alia negatio rursus adiungitur et ex eis primum sumpseris, ut, quod relinquitur, tollendum sit, is tertius appellatur conclusionis modus.“ Mehr als zwei Aussagen sind bei Chrysipp nicht vorgesehen; in der vorliegenden Form ist der *tertius conclusionis modus* unzulässig, *Bayer*, Topica, 149.

²⁰⁷ Folgerichtigkeit ($\alpha\kappa\omicron\lambda\upsilon\theta\iota\alpha$) setzt voraus, dass die Aussagen miteinander nicht in Konflikt ($\mu\acute{\alpha}\chi\eta$) stehen, vgl. *Reinhardt*, Topica, 310.

²⁰⁸ Anders dann Labeo in PAUL. 5 Sab. D. 28, 5, 29, vgl. *Horak*, Rationes decidendi, 127. Zwar nicht auf eine Potestativbedingung bezogen, daher aber erst recht wie hier Celsus in ULP. 6 Sab. D. 28, 7, 2, 1.

ist ohne Weiteres logisch zu schließen, dass der Anfragende nicht enterbt ist: Streicht man den unwirksamen Teil der Bedingung, verbleibt nur mehr die Errichtung des Grabmals binnen einer bestimmten Frist, die in der Anfrage mit „cum ipse monumentum extruxisset“ außer Streit stand. Hier war es Servius also möglich, das Ergebnis aus einer Rechtsregel zu deduzieren. Ihre *inventio*, also die maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte, die zur Regelbildung führten, werden – wenigstens in diesem Fragment – nicht expliziert.

In gleicher Weise deduziert – nach Pomponius' Ansicht spitzfindig („mera suptilitate“) –²⁰⁹ Labeo in POMP. 32 Sab. D. 41, 3, 32, 2 mit gleichsam parenthetisch in die Schlussfolgerung eingefügtem Sachverhalt:²¹⁰

[Regel:, M.E.] Incertam partem possidere nemo potest: ideo [Sachverhalt] si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, [Ergebnis:] neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit.

Wenden wir uns abschließend den drei Arten der Subjunktion zu, die Cicero im ersten Durchgang der Topoi (top. 19–21) mit Beispielen versah:

a) ab antecedentibus

Als Beispiel eines notwendigen Schlusses aus einer Voraussetzung heißt es in Cic. top. 19:

Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet.

Antecedens ist hier nicht zeitlich im Verhältnis *virī culpa* zur *remissio mulieris*, sondern logisch zu verstehen: Das zur Scheidung führende Verschulden des Mannes ist Voraussetzung des Entfalles der *retentio propter liberos*.²¹¹ Nach Beendigung einer Ehe musste der Mann die geleistete *dos* an die Frau herausgeben, was sie mit der *actio rei uxoriae* erzwingen konnte.²¹² Diese auf *quod aequius melius* gerichtete Klage ließ die römischen Juristen Regeln entwickeln, unter welchen Umständen der Ehemann im Scheidungsfälle Teile der *dos* zurückbehalten durfte (*retentiones*).²¹³ So durfte er, da die Kinder üblicherweise bei ihm verblieben und ihm der Unterhalt oblag, für jedes der Ehe entstammende Kind ein Sechstel der *dos*, allerdings höchstens die Hälfte, zurückbehalten, „si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit“ (UE 6, 10).²¹⁴ Das Nichtverschulden

²⁰⁹ Vgl. Otto/Schilling/Sintenis, CIC IV, h. fr. Fn. 76.

²¹⁰ Näher Horak, Rationes decidendi, 122 f.; s ferner Giaro, Rechtswahrheiten, 213.

²¹¹ Reinhardt, Topica, 234 f. mit syllogistischen Gliederungsvorschlägen zum Text.

²¹² Kaser, RPR I, 336 f.

²¹³ Zur Klagformel Cic. top. 66 und Lenel, EP, 304 f.; zur Regelbildung Kaser, RPR I, 338.

²¹⁴ Vgl. Avenarius, l. s. regularum, 255 mit Fn. 39.

des Ehemanns ist nach dieser Regel e contrario negative Tatbestandsvoraussetzung der *retentio propter liberos*.

In gleicher Weise folgt Labeo aus dem Grundsatz²¹⁵ der Subsidiarität der *actio funeraria* in ULP. 25 ed. D. 11, 7, 14, 15:

(...) si quis mandatu heredis funeravit, non posse eum funeraria agere Labeo scribit, quia habet mandati actionem.

Die auf Ersatz der Bestattungskosten gerichtete Klage ist subsidiär, hat also als negative Tatbestandsvoraussetzung das Nichtvorliegen einer vorrangigen Klage. Hier konnte der Kläger sein Ziel mit der *actio mandati* erreichen, sodass die *actio funeraria* ausscheidet.

b) a consequentibus

Ciceros Beispiel eines Schlusses *a consequentibus* ist eine Abwandlung des Falles aus top. 19:²¹⁶ Wiederum schickt die Frau den Scheidungsboten. Mangels Erwähnung der *virī culpa* liegt das Verschulden nun bei ihr. Anders als im Ausgangsfall bestand kein *conubium*. Die Parteien waren also nicht fähig, eine gültige Ehe einzugehen.²¹⁷ In der Konsequenz dessen liegt es, dass die Kinder nicht im Rechtssinne mit ihrem natürlichen Vater verwandt sind („patrem non sequuntur“). Dies wäre aber Tatbestandsvoraussetzung²¹⁸ der *retentio propter liberos*, sodass Cicero auch hier per Subsumtion zu dem Schluss gelangt,²¹⁹ dass der Ehemann für die Kinder nichts der Mitgift einbehalten durfte.

Vergleichbar argumentiert Labeo im Fall eines Wahlvindikationslegats in LAB. 2 post. D. 33, 5, 20:²²⁰

Apud Aufidium libro primo rescriptum est, cum ita legatum est: ‚vestimenta quae volet triclinaria sumito sibi quae habeto‘, si is dixisset quae vellet, deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit, quoniam res continuo eius fit, simul ac si dixerit eam sumere.

²¹⁵ Formuliert in ULP. 25 ed. D. 11, 7, 14, 12, s. Horak, Rationes decidendi, 113.

²¹⁶ Cic. top. 20: „A consequentibus: Si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum conubium non esset, nuntium remisit: quoniam, qui nati sunt, patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet.“

²¹⁷ Kaser, RPR I, 315.

²¹⁸ Reinhardt, Topica, 236: „Arguing *a consequentibus* in an understanding along the lines of *ab antecedentibus* above would mean to argue against a certain proposition by showing that a necessary condition for it does in fact not apply.“ Zu Unrecht erblickt Babusiaux, Papinianus Quaestiones, 146 in einer rechtspolitisch erwünschten Lösung ein *argumentum a consequentibus*. Eine rechtspolitische Erwägung ist ein von der Wirkung her gedachter inventiver Akt, also *argumentum ab effectis rebus*, s.u. S. 168 f.

²¹⁹ Vgl. die abstrakte Schilderung der *consequentia* in Cic. Brut. 152, dazu Behrends, Index 24 (1996), 1, 42 und Buchwitz/Ehmer, in diesem Band, 22 ff.

²²⁰ Horak, Rationes decidendi, 104 f. m.w.N. zur Textkritik.

Die Wahl hat unmittelbar den Eigentumsübergang der gewählten Sache zur Folge („quoniam res continuo eius fit, simul ac dixerit eam sumere“). In der Konsequenz dieser Rechtsfolge liegt es, dass eine spätere „Umwahl“ ausgeschlossen ist.

c) a repugnantibus

Das wenig glückliche, rechtspolitisch motivierte Beispiel eines Unvereinbarkeitsschlusses in Cic. top. 21 ist nicht durch bloße Deduktion zu lösen, sondern bedarf der *inventio* als spezifisch juristischer Vorarbeit.²²¹

2. Disjunktion

In Cic. top. 56 begegnen uns die vierte und fünfte chrysippische Schlussfigur:²²²

Aut hoc aut illud; hoc autem; non igitur illud. Itemque: Aut hoc aut illud; non autem hoc; illud igitur. Quae conclusiones idcirco ratae sunt, quod in disiunctione plus uno verum esse non potest.

Das exklusive *aut ... aut* sowie der Nachsatz versichern uns der starken, ausschließenden Disjunktion Chrysipps.²²³ Die Worte „plus uno verum esse non potest“ greifen allerdings insofern zu kurz, als diese Schlussfiguren das Vorliegen einer der beiden Aussagen voraussetzen: Treffender wäre also „neque plus neque minus uno ...“. Von Chrysipps System werden nämlich (bei engem Verständnis)²²⁴ diejenigen Fälle nicht erfasst, in denen sich *hoc* und *illud* gegenseitig ausschließen, aber keines von beiden vorliegen muss. So schließen sich etwa Sitzen und Laufen aus, statt beider ist aber auch Liegen möglich.²²⁵ Diese Unter-

²²¹ Backhaus, in diesem Band, 94 f., der die Bedeutung des wertenden Elements in diesem Fall hervorhebt; zur rechtspolitischen Motivation Gilardeau, Cicéron, 123.

²²² Pohlenz, Die Stoa, 51.

²²³ Miquel, SZ 87 (1970), 85, 120. PROC. 2 epist. D. 50, 16, 124 bezeichnet allein diese Form als disjunktiv: „Haec verba ‚ille aut ille‘ non solum disiunctiva, sed etiam subdisiunctivae orationis sunt. disiunctivum est, veluti cum dicimus ‚aut dies aut nox est‘, quorum posito altero necesse est tolli alterum, item sublato altero poni alterum.“ Dazu eingehend Miquel, SZ 87 (1970), 85, 90 ff. Die nicht-ausschließende Disjunktion folgt als zweites *genus* des *subdisiunctivum*, s. Miquel, SZ 87 (1970), 85, 92 und so gleich Fn. 225 am Ende.

²²⁴ Reinhardt, Topica, 209 weist zutreffend darauf hin, dass „entweder ... oder“ nicht bedeutet, dass eine der beiden Aussagen vorliegen muss, sondern nur ihr gleichzeitiges Vorliegen ausschließt.

²²⁵ PROC. 2 epist. D. 50, 16, 124: „Ita simili figuracione verbum potest esse subdisiunctivum. subdisiunctivi autem genera sunt duo: unum, cum ex propositis finibus ita non potest uterque esse, ut possit neuter esse, veluti cum dicimus ‚aut sedet aut ambulat‘: nam ut nemo potest utrumque simul facere, ita aliquis potest neutrum, veluti is qui accumbit. alterius generis est, cum ex propositis finibus ita non potest neuter esse, ut possit utrumque esse, veluti cum dicimus ‚omne animal aut facit aut patitur‘: nullum est enim quod nec faciat nec patiatur: at potest simul et facere et pati.“

art der Disjunktion bezeichnet CIC. top. 57 als *coniunctionum negantia* und führt sie als sechste und siebte Schlussfigur an:²²⁶

Non et hoc et illud; hoc autem; non igitur illud. Hic modus est sextus. Septimus autem: Non et hoc et illud; non autem hoc; illud igitur.

Als juristisches Beispiel einer solchen Disjunktion mag Servius' Argumentation in seinem Streit mit Q. Mucius Scaevola dienen, ob eine Gesellschaft mit ungleicher Gewinn- und Verlustbeteiligung eingegangen werden kann. Neben einer kurzen Erwähnung dieser frühklassischen Kontroverse bei GAI. 3, 149 referiert Servius' Argumentation PAUL. 6 Sab. D. 17, 2, 30:

Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait [Disjunktion, M.E.:] nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: [*a differentia*, s.o. S. 156 ff.] sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.

Nach Mucius ist es nicht möglich, eine Gesellschaft mit ungleicher Gewinn- und Verlustbeteiligung einzugehen; dies sei *contra naturam societatis* (GAI. 3, 149). Seine Gegenansicht leitet Servius – rhetorisch geschickt – mit der *prima facie* konzедierenden, logisch nicht angreifbaren Disjunktion ein, dass – verkürzt ausgedrückt – Gewinn und Verlust einander ausschließen.²²⁷ Diese Aussage ist für eine Rechnungsperiode so unbestreitbar richtig wie trivial; indem Servius Mucius' Feststellung, die sich freilich nicht auf eine Rechnungsperiode, sondern von paritätischen Gerechtigkeitserwägungen geleitet auf die Gesamtdauer der *societas* bezog, einseitig, wörtlich, eng und wohl bewusst falsch interpretiert, zieht er Mucius unterschwellig ins Lächerliche.²²⁸ Es versteht sich von selbst, dass nichts verteilt werden kann, wenn nichts da ist!

Mit seiner Disjunktion will Servius also die Existenz einer Kontroverse verschleiern, wenn er sodann mit einem *argumentum a differentia*²²⁹ die (vermeintliche) Verschiedenheit zu jenen Fällen herausarbeitet, in denen der nach Begleichung aller Schulden verbleibende Gewinn oder Verlust der jeweiligen²³⁰ Abrechnungsperiode ungleich verteilt werden soll. Eine solche Gesellschaft ein-

²²⁶ Miquel, SZ 87 (1970), 85, 120f.

²²⁷ Hierbei handelt es sich um eine *coniunctionum negantia*, da die Rechnungsperiode nicht nur entweder mit positivem oder mit negativem Saldo enden, sondern auch ausgeglichen sein kann.

²²⁸ Horak, Rationes decidendi, 163, 165.

²²⁹ Auch dies stammt von Servius und nicht von Paulus, s. etwa Miglietta, Servius, 317, 322 Fn. 406.

²³⁰ Legt man – wofür die auf eine Rechnungsperiode bezogene Disjunktion streitet – den Fokus hierauf, ist entgegen Horak, Rationes decidendi, 165 Fn. 71 auch „eius lucri ... et eius damni“ keineswegs anstößig, *aut* sicher abzulehnen und allenfalls *vel* vorzuziehen.

zugehen ist seiner Ansicht nach möglich, womit er in der Sache das Gegenteil von Mucius entscheidet.

III. *inventio* oder *iudicatio*

Beendet Cicero die *iudicatio* in top. 57 mit den Worten „in quo est tota fere διαλεκτική“, deutet bereits das einschränkende *fere* darauf hin, dass er sich bei der Zuordnung der bis zum Abschluss seiner für Juristen relevanten *argumentorum inveniendorum praeceptio* (top. 71)²³¹ verbleibenden *loci rerum efficientium* (top. 58–66, 1.), *rerum effectarum* (top. 67, 2.) und *comparationis* (top. 68–71, 3.) unsicher ist.²³²

1. *locus rerum efficientium*

Schon abstrakt bleibt bei diesem Topos – wie auch dem folgenden *locus rerum effectarum* – unsicher, ob Cicero ihn der *inventio* oder *iudicatio* zuordnen möchte. Nachdem er sich mit der vorsichtigen Wortwahl *tota fere* (Cic. top. 57) die Möglichkeit offen hielt, auch das Folgende zur *iudicatio* zu rechnen, scheint der Beginn von top. 58 offen den Bruch zum *locus dialecticorum* zu vollziehen:

Proximus est locus rerum efficientium, quae causae appellantur; deinde rerum effectarum ab efficientibus causis.

In Cic. top. 60 wird die „causa efficiens aliquid necessario“ von derjenigen Ursache geschieden, die nicht notwendig eine bestimmte Folge zeitigt, der also „necessaria conclusio non sequitur“.²³³ Während die Notwendigkeit der Folge Kennzeichen der Subjunktion, nämlich Voraussetzung der Richtigkeit eines Schlusses ist (Cic. top. 53, s. o. S. 159 mit Fn. 205), stellt die nicht notwendige, also bloß mögliche Wirkursache eine Abweichung zur *iudicatio* dar.

Bleibt Cicero insofern vage, kann man versuchen, sich dem Topos funktional zu nähern. Cic. top. 62 nimmt eine weitere *causarum dissimilitudo* danach vor, ob eine Ursache „sine ulla appetitione animi, sine voluntate, sine opinione suum quasi opus“ bewirkt oder eine Wirkung nur vermittelt einer Willensentscheidung, eines Affekts, des Zufalls o. ä. zeitigt. Nachdem der Arpinate letztere u. a. nach Erkenn- und Steuerbarkeit kategorisierte, folgt eine Unterscheidung von *ignorata* und *voluntaria*, die juristisch als *culpa* und *dolus* bedeutsam ist.²³⁴ Daraus erhellt, dass er dem Ursachentopos zwar eine hohe argumentative Bedeu-

²³¹ Dass hier der juristisch relevante Teil endet, hebt Cicero gleich zweimal hervor: „*Perfecta est omnis argumentorum inveniendorum praeceptio*“ (top. 71) und einleitend zum *locus extrinsecus*: „*etsi ea nihil omnino ad vestras disputationes pertinent*“ (top. 72).

²³² Backhaus, in diesem Band, 99, spricht von „halb zwingenden“ Topoi“.

²³³ Weitere Differenzierungen zuvor in Cic. top. 58 f., s. Reinhardt, Topica, 320 f.

²³⁴ Cic. top. 63 f.: „*etiam ea, quae fiunt, partim sunt ignorata, partim voluntaria; ignorata, quae fortuna effecta sunt; voluntaria, quae consilio.* [64] *Nam iacere telum voluntatis est, ferire quem nolueris fortunae. Ex quo ‚aries subicitur‘ ille in vestris actionibus: si telum manu fugit magis quam iecit.*“

tung für Redner und Philosophen zuspricht, „in vestris [sc. causis] autem si non uberior, at fortasse subtilior“ (Cic. top. 65).²³⁵ Sodann heißt es in Cic. top. 66:

In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ‚ex fide bona‘ est aditum, plurimus earum usus est; ubi etiam ‚ut inter bonos bene agere oportet‘ in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est ‚quod aequius melius‘, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi, quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cuius ea negotia fuissent, quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum esset, alterum alteri praestare oportet, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.

Bei den gegenüber strengrechtlichen Klagen – namentlich solchen aus Stipulation – freieren, dem richterlichen Ermessen weiteren Raum gewährenden *bonae fidei iudicia* tritt die Bedeutung der Berücksichtigung aller subjektiven und objektiven Umstände des Falles besonders deutlich zu Tage.²³⁶ Die genannten Formelbestandteile ermöglichen eine flexible, interessengerechte Fallentscheidung. Kehrseite ihrer Offenheit ist ihre Ausfüllungsbedürftigkeit. Die Kontinuität der Rechtsprechung und Vorhersehbarkeit ihrer Entscheidungen sind nur zu gewährleisten, wenn die Ausfüllung dieser offenen Wertbegriffe nicht dem individuellen Gerechtigkeitsempfinden des einzelnen *iudex* anheimgestellt ist, sondern von den Juristen allgemeingültig und intersubjektiv vermittelbar durch konkretisierende Auslegung und begriffliche Operationalisierung mittels Fallgruppenbildung vorgenommen wird. Haben die Juristen durch *inventio* entsprechende Regeln entwickelt,²³⁷ können ihnen regelmäßige Fälle subsumiert werden, während außergewöhnliche Fallgestaltungen flexibel erfassbar bleiben.²³⁸ Entsprechend haben die Juristen aus der Wendung „quod aequius melius“ der *actio rei uxoriae* unter anderem die *retentio propter liberos* entwickelt (s. o. S. 161 f.). Infolge dieser bereits erfolgten Regelbildung (*tradiderunt*) ist es ein Leichtes zu ermitteln, in welchem Umfang der Mann seiner Frau die Mitgift herauszugeben hat („quid virum uxori“, Cic. top. 66).

In dieser Weise war auch die Ciceros Beispiel in top. 22 zugrundeliegende Einrichtung des *paries communis* bereits im 1. Jh. v. Chr. rechtlich durchgebildet.²³⁹

²³⁵ Hierzu auch Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 221 f.

²³⁶ Zu den Klagetypen s. nur Kaser, RPR I, 485 f. Die Abhängigkeit dieses Topos von den Umständen des Falles bestätigt das Beispiel des *paries communis* in Cic. top. 22 (s. sogleich im Haupttext) und rückt den Topos in die Nähe der hermagoreischen *status*-Lehre, s. Nörr, Cicero, topica 4.22, in: Symposium 1977, 269, 296, 301 f.; Dänzer, in diesem Band, 224 ff.

²³⁷ Vgl. etwa die Entwicklung der Voraussetzungen der *possessio libertatis sine dolo malo* nach Julian in ULP. 55 ed. D. 40, 12, 10: 1. „qui se liberos putant“; 2. „si pro liberis gerant“; 3. „desierit quasi fugitivus se celare“ (strittig).

²³⁸ Vgl. Spagnolo/Sampson, Principle and pragmatism, in: Principle, 1, 4, 6–8.

²³⁹ Rainer, SZ 105 (1988), 488, 493; eingehend zu dieser Stelle Nörr, Cicero, topica 4.22, in: Symposium 1977, 269.

Ab efficientibus causis hoc modo: Omnibus est ius parietem directum ad parietem communem adiungere vel solidum vel fornicatum. At qui in pariete communi demolendo damni infecti promiserit, non debet praestare, quod fornix viti fecerit. Non enim eius vitio, qui demolitus est, damnum factum est, sed eius operis vitio, quod ita aedificatum est, ut suspendi non posset.

Mit den Worten „omnibus est ius“ stellt Cicero einleitend die rechtlichen Grundsätze fest: Jeder Eigentümer einer gemeinsamen Hauswand darf an sie anbauen.²⁴⁰ Will nur einer sie abreißen und neu errichten, muss er seinem refektionsunwilligen Miteigentümer Kautio für daraus entstehende Schäden leisten (*cautio damni infecti*).²⁴¹ Stürzt nun bei den Abrissarbeiten ein Gewölbe des nachbarlichen Gebäudes ein, muss der Inhalt der Stipulation ermittelt werden: Die Kautio bezieht sich auf ein *vitium operis*, also fehlerhaft ausgeführte Abrissarbeiten. Die rechtmäßig an den *paries communis* angelehnten Wände müssen allerdings statisch selbständig sein.²⁴² Ist *causa efficiens* des Gewölbeeinsturzes nicht die unsachgemäße Durchführung des Abrisses des *paries communis*,²⁴³ sondern die instabile Bauweise des nachbarlichen Gewölbes, haftet der Bauausführende nicht aus der Kautio.²⁴⁴

Die geschilderten Rechtsfragen sind uns näherungsweise bekannt aus dem zum Verschiedenheitstopos behandelten Fall aus ALF 2 dig. D. 39, 2, 43, 1 (s. o. S. 156 ff.). Dort erfolgte die Bauausführung allerdings einmütig durch beide Miteigentümer, weshalb eine Kautionsleistung rechtlich nicht notwendig gewesen wäre. Über zwei Distinktionen gelangte der Serviussschüler zu dem Schluss, die Parteien mit ihrer privatautonomen Entscheidung, sich wechselseitig den Ersatz aller Schäden zu stipulieren, beim Wort zu nehmen. Der wegen des Mietzinsverlusts seines Nachbarn Zahlungsverpflichtete, versucht nun in h. fr. 2, sich seinen „Zahlungsschaden“ über die *restipulatio* ersetzen zu lassen:

Idem consulebat, possetne, quod ob eam rem dedisset, rursus repetere, quoniam restipulatus esset a vicino, si quid ob eam rem, quod ibi aedificatum esset, sibi damnum datum esset, id reddi, cum et ipsam hanc pecuniam, quam daret, propter illud opus

²⁴⁰ Diese Regel entspricht klassischem Recht s. Nörr, Cicero, topica 4.22, in: Symposion 1977, 269, 290; zu Bedeutung und Bezugspunkt des *vel solidum vel fornicatum* a. a. O. 277 f.

²⁴¹ Rainer, SZ 105 (1988), 488, 504 f. mit Quellen; Nörr, Cicero, topica 4.22, in: Symposion 1977, 269, 273. Für die Kautionsformel s. Lenel, EP, 551 f.

²⁴² Rainer, SZ 105 (1988), 488, 493 Zur Unterscheidung von *vitium loci aedium operis iam facti* und *vitium operis quod fit* s. Nörr, Cicero, topica 4.22, in: Symposion 1977, 269, 271 m. w. N.

²⁴³ Die Kautio erfasst nur Schäden durch *demoliri*, s. Nörr, Cicero, topica 4.22, in: Symposion 1977, 269, 297.

²⁴⁴ Für diese Auslegung des Textes auch Nörr, Cicero, topica 4.22, in: Symposion 1977, 269, 284 f., der a. a. O. 281–284 andere Interpretationen als unplausibel erweist, namentlich a. a. O. 281 f. gegen *Riposati*, Studi sui „Topica“ di Cicerone, 130, der *paries communis* sei der schadhafte *fornix*.

perderet. respondit non posse propterea quia non operis vitio, sed ex stipulatione id amitteret.

Es versteht sich von selbst, dass Alfen dem bauernschlaun Ansinnen des *rursus repetere* im Ergebnis nicht entsprechen konnte: Es hätte den in § 1 ermittelten und für gültig befundenen Stipulationswortlaut, nach dem jede Seite den Schaden der anderen zu tragen hat, abermals umgekehrt, sodass nun doch jeder seinen eigenen Schaden zu tragen hätte; das wäre zwar sachlich sinnvoll und entspräche dem als Alternativ- figurierenden Regelfall, würde aber dem zwar rational nicht nachvollziehbaren doch deshalb nicht weniger bindenden, per *distinctio* ermittelten Parteiwillen widerstreiten.²⁴⁵ Der Jurist löst das Problem unter Rekurs auf die Ursache des *damnum*.²⁴⁶ Implizit knüpft er damit wie Cicero an die *cautio* an. Diese bezog sich auf ein *vitium operis*. Das *damnum datum* des Konsulenten beruht aber nicht unmittelbar auf dem *vitium operis*, sondern auf der Stipulation.²⁴⁷ Ist sie *causa efficiens*, ist das *rursus repetere* aufgrund der *cautio* ausgeschlossen. Dass Alfen dieses Kausalitätsargument zur Aufrechterhaltung seines in h. fr. 1 inventiv mittels *distinctio* erzielten Ergebnisses nutzt, zeigt, dass auch h. fr. 2 der *inventio* zuzurechnen ist. Die vordergründig logische Kausalität ist hier eben keine naturwissenschaftliche, exakt bestimmbare, sondern über das Kriterium der Unmittelbarkeit eine wertende Zurechnung, mithin *inventio*.²⁴⁸

2. locus rerum effectarum

Der komplementäre Wirkungstopos („coniunctus huic causarum loco“, Cic. top. 67) gewinnt Argumente aus den Rechts- und tatsächlichen Auswirkungen einer rechtlich relevanten Handlung,²⁴⁹ vollzieht also den zuvor beschriebenen Prozess der *inventio* in umgekehrter Richtung. Das erste juristische Beispiel stammt vom Widmungsträger der *Topica* bei ULP. 81 ed. D. 39, 2, 24, 12:

Item videamus, quando damnum dari videatur: stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium loci operis damnum fit. ut puta in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei praecisae sunt: an teneat? ait Trebatius non teneri me damni infecti: neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus

²⁴⁵ Zu den möglichen Lösungen Horak, Rationes decidendi, 143; Backhaus, Casus perplexus, 29; klarstellende Replik Horak, SZ 101 (1984), 383, 385 f.

²⁴⁶ Vgl. Coing, Zur Methodik, in: St. Arangio-Ruiz I, 365, 383.

²⁴⁷ Zur unmittelbaren Kausalität überzeugend Backhaus, Casus perplexus, 29 f.; zustimmend Horak, SZ 101 (1984), 383, 385.

²⁴⁸ Zur Verwirrung um den Kausalitätsbegriff s. Horak, Rationes decidendi, 143 f. und die Fn. 247 Genannten; zur Zurechnung beim *locus rerum efficientium* s. Backhaus, in diesem Band, 96.

²⁴⁹ Cic. top. 23: „Ab effectis rebus hoc modo: Cum mulier viro in manum convenit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.“ Mit der *conventio in manum* verliert die Frau ihre Vermögensfähigkeit, vgl. Kaser, RPR I, 330 f.

sum. si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.

Wiederum handelt die Stelle – diesmal allerdings abstrakt – von der Auslegung einer *cautio damni infecti*. Ulpian möchte bestimmen, wann ein *damnum dari* vorliegt. Als Beispiel führt er ein mögliches *vitium operis* an: *Ego* gräbt in seinem Haus einen Brunnen, wodurch der Brunnen des *tu* versiegt. Anders als in den zuvor erörterten Fällen ist das Graben des einen Brunnens hier unbestreitbar *causa efficiens* des Versiegens des anderen. Nach Trebaz haftet *ego* gleichwohl nicht, weil „iure meo usus sum“. Gräbt er nicht nur, um seinem Nachbarn zu schaden, sondern um das Wasser nutzen zu können, so erstreckt sich sein Eigentum im Rahmen dieses Interesses auch auf den Erdraum seines Grundstücks.²⁵⁰ Würde diese Nutzung eines Schadensersatzpflicht auslösen, käme dies einer Beschränkung des Eigentums gleich. Um dies zu erreichen, müsste sich *tu* – regelmäßig gegen Zahlung eines Entgelts – eine entsprechende Dienstbarkeit am Grundstück des *ego* bestellen lassen. Trebaz argumentiert hier also implizit mit der Wirkung der Annahme eines *damnum*: Sie führte zu einer faktischen Servitut. Prima facie verhält es sich bei einer Vertiefung des Grundstücks von *ego*, die zu einer Instabilität der Mauern des *tu* führt, zwar nicht anders.²⁵¹ Doch wird hier nicht nur die Zuführung von Wasser verhindert, sondern unmittelbar das Gebäude des *tu* beschädigt, sodass ein ersatzpflichtiges *damnum* vorliegt.

Im zweiten juristische Beispiel bietet Labeo in ULP. 57 ed. D. 47, 10, 17, 7 ein rechtspolitisches Argument *ab rebus effectis*:

Si iussu domini servus iniuriam fecerit, utique dominus conveniri poterit etiam suo nomine. sed si proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem, quia et noxa caput sequitur nec in omnia servus domino parere debet: *ceterum et si occiderit iussu domini*, Cornelia eum eximemus.

Bestünde ein Grundsatz, dass man einen Sklaven nach seiner Freilassung nicht selbst für Delikte belangen kann, die er zuvor auf Befehl seines *dominus* beging, könnte er selbst nach dem cornelianischen Mordgesetz nicht belangt werden, wenn er jemanden auf Befehl seines Herrn umgebracht habe.²⁵² Das „*ceterum et si*“ exemplifiziert hier nochmals die Einordnungsschwierigkeiten des Topos: Einerseits liegt eine Deduktion aus dem hypothetischen Grundsatz vor, andererseits die *inventio*, den Grundsatz durch Schilderung seiner Auswirkungen *ad absurdum* zu führen.²⁵³

²⁵⁰ ULP. 53 ed. D. 39, 3, 1, 12 und als allgemeine Regel GAI. 2 testam. ad ed urb. D. 50, 17, 55; Kaser, RPR I, 406.

²⁵¹ Heute erfolgt die entsprechende Begrenzung des Eigentumsrechts ohne Dienstbarkeit ex lege (§ 909 BGB).

²⁵² Horak, Rationes decidendi, 119.

²⁵³ Giaro, Rechtswahrheiten, 317 ff., 323 erwägt treffend die Bezeichnung als „normative Induktion“.

3. *locus comparationis*

Den Zwiespalt des *locus comparationis* und seine sicher allein der *inventio* zuzuordnende Art der *parium comparatio* haben wir bereits behandelt (s.o. S. 154 f.). Zu behandeln sind nurmehr die Größenschlüsse aus Cic. top. 23 und 68–70, wobei wir uns insoweit auf die Einordnungsschwierigkeiten beschränken: Argumente *a maiore ad minus* und *a minore ad maius* suggerieren die logische Exaktheit der mathematischen Mengenlehre zu erzielen, obwohl sie wechselseitig austauschbar sind. Es ist zwar logisch nicht zu beanstanden, dasselbe Beispiel für Größenschlüsse in beide Richtungen zu verwenden.²⁵⁴ Doch können die beiden Schlussformen je nach gewünschtem Ergebnis in ähnlich gelagerten Fällen zu konträren Ergebnissen führen. Während in LAB. 2 post. D. 32, 29, 1 nach den republikanischen Juristen Q. Mucius Scaevola und C. Aquilius Gallus der Vermächtnisnehmerin bei strittigem Umfang „*maximam partem legatam esse, quia in maiore minor quoque inesset*“, gewährt Proculus in einem gleich gelagerten Fall bei ULP. 5 Sab. D. 28, 5, 9, 3 nur den kleineren Teil, „*quoniam inest quadrans in semisse*“.²⁵⁵ Das zeigt aber die logische Beliebigkeit der Größenschlüsse, deren Anwendung folglich wertungsabhängig ist, sodass sie der *inventio* zuzurechnen sind.

IV. Tatfragen und Präsentation des Falles vor Gericht

Cicero differenziert in top. 8 zwischen *loci* „in eo ipso, de quo agitur“ und solchen, die *extrinsecus* herangezogen werden. Zu den erstgenannten rechnet er definitorische Topoi und *res adfectae*, mithin unsere *inventio*. Dass Cicero an dieser Stelle die *iudicatio* nicht erwähnt, kann angesichts ihrer kurz zuvor erfolgten scharfen Trennung und seiner sich zunächst auferlegten Selbstbeschränkung nicht verwundern (top. 6 f.). Die extrinsischen Topoi grenzt der Arpinate formal und sachlich von den Ausführungen zur juristischen Methodenlehre ab. Er behandelt sie – von einer kurzen Erwähnung in Cic. top. 50 f. abgesehen – im ersten und zweiten Durchgang nur als Annex (top. 24, 72–100) und beeilt sich, jeweils hervorzuheben, dass „*Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem*“ (top. 51) gehört und er die *extrinsecus* herangezogenen Argumente behandle, „*etsi ea nihil omnino ad vestras disputationes pertinent*“ (top. 72). In aller Deutlichkeit stellt Cicero in top. 71 fest: „*Perfecta est omnis argumentorum inveniendorum praeceptio*.“

Die ergänzenden Erwägungen betreffen die Prozesspraxis, die Auswahl der *testimonia* (Cic. top. 73, 77) und ihre überzeugende Präsentation (*vis ad persuadendum scientiae*, top. 74).²⁵⁶ Damit schließt sich der Kreis zur eingangs for-

²⁵⁴ Cic. top. 23: „*Licet idem exemplum convertere*.“

²⁵⁵ Horak, Rationes decidendi, 94 f.

²⁵⁶ Übersicht zu Cic. top. 73–78 bei Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 161, 173 f. Auch die heutige Methodenlehre unterscheidet die Bestimmung der Richtigkeit der

mulierten Krise der spätrepublikanischen Jurisprudenz: Ihre „isolierte“ Argumentationsweise brachte den Juristen in aufsehenerregenden Fällen wie der *causa Curiana* Niederlagen gegen die Redner bei. Aus seinem Ziel der Bildung einer geistigen Elite aus Rednern, Philosophen und Juristen erklärt sich, dass Cicero das klassisch juristische, nach eingangs formulierter Ansicht intersubjektiv nicht vermittelbare und daher weithin missverständene *argumentum ex auctoritate* als ἀτέχνης bezeichnet (top. 24).²⁵⁷ So ist in Ciceros Beispiel die Definition des *ambitus aedium* nicht schon deshalb überzeugend, weil sie von P. Scaevola stammt. Mit den extrinsischen Topoi möchte Cicero also den Juristen das methodische Handwerkszeug der Gerichtsredner vermitteln. So differenziert er entsprechend der Status-Lehre Topoi der Tat (Cic. top. 50 f.) und der Person (Cic. top. 74 ff.).²⁵⁸ Abschließend greift er auch das *verba-voluntas*-Problem der *causa Curiana* auf und verweist zur Lösung von *ambiguitates* in Gesetzen, Testamenten, Stipulationen u. ä. auf andere Bücher (Cic. top. 95 f.).²⁵⁹

E. Fazit

Cicero unterscheidet bereits zu Beginn der *Topica* strikt *inventio* und *iudicatio*. Zur Abgrenzung beider Begriffe verbindet er – seinem philosophischen Eklektizismus entsprechend – aristotelische und stoische Gedanken,²⁶⁰ indem er zunächst Aristoteles’ *Topik* – vereinfacht und auf die römischen Bedürfnisse adaptiert –²⁶¹ von der engen, stoischen Dialektik trennt, um diese sodann als *locus dialecticorum* wieder in seine Behandlung der *Topik* einzuführen. Mit diesem Brückenschlag handelt Cicero das spezifisch juristische Wechselspiel aus Invention und Deduktion erstmals gemeinsam ab.²⁶² Seine *Topica* sind demnach eine spezifisch juristische Methodenlehre.²⁶³

Sachverhalts- und Gesetzesprämissen, wobei allein letzteres zur Rechtsdogmatik rechnet, vgl. Bäcker, *Rechtstheorie* 40 (2009), 404, 410 f.

²⁵⁷ Stolfi, *Argumentum auctoritatis*, in: Tra retorica, 85, 98 f. m.w.N. in Fn. 27, zum Zweck der Verweise und Zitate älterer Juristen a.a.O. 125; zum griechischen Ursprung s. Arist. Rh. 1355b35 und dazu Gnoli, *Sulla teoria*, in: Sem. Gardesano, 127, 130 f.

²⁵⁸ Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 161, 171; Thomas, *A Barzunesque View*, in: Cicero’s Law, 11, 19; Dänzer, in diesem Band, 221 ff.

²⁵⁹ Siehe die entsprechenden Ausführungen in Cic. inv. 2, 116 ff. und 144 ff. sowie part. 132–138, v. a. 132, 136.

²⁶⁰ Guzmán Brito, REHJ 32 (2010), 161, 170.

²⁶¹ Vgl. Baier, in diesem Band, 44.

²⁶² Vgl. Dänzer, in diesem Band, 220, der feststellt, dass Quintilian in seiner *Institutio oratoria* „das ciceronianische Experiment einer logisch-deduktiven, d.h. philosophischen *Topik* nicht wiederholt“.

²⁶³ Zuletzt sehr deutlich Thomas, *A Barzunesque View*, in: Cicero’s Law, 11, 18, 20, 23 und Thomas, AÜHFD 69 (2020), 1249, 1251, Zitate s.o. Fn. 77; in diesem Sinne wohl zuerst Mette, *Ius civile in artem redactum*, 63; zustimmend Crifò, *Ex iure ducere exempla*, in: St. Esposito II, 1103, 1104; vorsichtiger Reinhardt, *Topica*, 59. Andere An-

Praktisch allen ihren Argumentationsfiguren konnten Fälle der frühklassischen Jurisprudenz zugeordnet werden. Damit ist freilich nicht gesagt, dass sich die römischen Juristen an Ciceros *Topica* methodisch geschult oder sie auch nur gelesen hätten.²⁶⁴ Umgekehrt darf man aber aus der Tatsache, dass die römischen Juristen nicht über ihre Methode sprachen,²⁶⁵ keineswegs schließen, dass ihre Entscheidungsfindung reine Intuition ohne theoretischen Unterbau war.²⁶⁶ Es wäre eine Miss- oder Überinterpretation des Topos der „Isolierung des Rechts“ und entbehrte jeder Grundlage anzunehmen, die Rechtsschüler hätten mit Eintritt in den Juristenstand all ihre rhetorische Vorbildung verdrängt.²⁶⁷ Vielmehr ist kaum zu bestreiten, dass auch die Juristen im fachlichen Diskurs und in der Respondierpraxis von ihrer Ansicht überzeugen wollten und argumentative Topoi entsprechend auswählten. Dass es sich hierbei um eine „Spezialtopik“ handelt,²⁶⁸ die in besonderem Maße vom „Hin- und Herwandern des Blickes“ zwischen Fall und Recht geprägt ist,²⁶⁹ bestätigen uns Ciceros *Topica*, in denen er die allgemeinen rhetorischen Topoi in das spezifisch juristische Wechselspiel aus *inventio* und *iudicatio* kleidet.²⁷⁰ Demgegenüber verdeckt Horaks Unterscheidung von Entdeckungs- und Begründungszusammenhang den Weg der Entscheidungsfindung: Die *inventio* erfolgt in Ansehung des konkreten Falles, zur Konstituierung seiner Entscheidungsgrundlage.²⁷¹ Sie ist der wesentliche Teil der Entscheidungsfindung; die deduktive *iudicatio* erscheint demgegenüber in der Mehrzahl der Fälle als bloßer Reflex der zuvor erfolgten *inventio*, sodass in ihr zugleich die inhaltliche Begründung der Entscheidung liegt.²⁷² Besonders deutlich zeigen

sicht etwa *Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*, 36, der Ciceros „überall verwendbaren Topoi“ die „für ein bestimmtes Fach approbiert[en]“ gegenüberstellt.

²⁶⁴ Vgl. die Schlussfolgerungen aus dem missglückten Cicero-Zitat in CELS. 25 dig. D. 50, 16, 96 pr. (s.o. S. 143 mit Fn. 117) bei Nörr, Cicero-Zitate, in: Ciceroniana III, 111, 129, 143. Pauschal gegen Cicero-Rezeption durch die römischen Juristen Lübtow, Cicero, in: FS Wenger I, 224.

²⁶⁵ Lübtow, Das römische Volk, 568: „Die römischen Juristen pflegen auch nicht über ihre Methode zu sprechen, vielleicht, weil sie der Meinung waren, daß eine Wissenschaft, die Anlaß habe, sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu befassen, schon erkrankt sein müsse.“

²⁶⁶ Thomas, A Barzunesque View, in: Cicero's Law, 11, 19.

²⁶⁷ Zur methodisch-systematisierenden Nutzbarmachung der Vorbildung vgl. Wieacker, SZ 70 (1953), 93, 112 (Ciceros *Topica* als „Anschauungsmodell“ für einen „Systemgründriß didaktischer Elementarwerke“); Albanese, AUPA 47 (2002), 23, 44 f.

²⁶⁸ Giaro, SZ 105 (1988), 180, 258.

²⁶⁹ Engisch, Logische Studien, 15.

²⁷⁰ Giaro, SZ 105 (1988), 180, 254 f.

²⁷¹ Carsten Bäcker bezeichnet die Trennung in einer schriftlichen Mitteilung an den Verf. vom 01.02.2021 als künstlich, da der Jurist bei Entdeckung seiner Entscheidung fortwährend auf ihre Begründbarkeit blickt („Hin- und Herwandern des Blicks“), die Trennung daher keine methodische, sondern nur eine zeitliche wäre, je nachdem, ob die Erwägungen vor oder nach der Entscheidungsfindung angestellt werden.

²⁷² Zum Syllogismus als Scheinbegründung, die gerade nicht den Weg der Entscheidungsfindung nachvollzieht, s. Bäcker, Rechtstheorie 40 (2009), 404, 417 f.

dies die nur vordergründig der *iudicatio* zuzurechnenden Topoi, deren logischer Firnis die streitbare Wertentscheidung zu verdecken sucht.

Schließlich bestätigen die zahlreichen unmittelbar oder mittelbar auf Servius zurückzuführenden Fallentscheidungen, dass er sich tatsächlich, wie in CIC. Brut. 152 gerühmt, der Dialektik im weiteren Sinne bediente.²⁷³ In PAUL. 6 Sab. D. 17, 2, 30 verbindet er sie zudem in seiner Spitze gegen Q. Mucius Scaevola mit der von Cicero gelobten *elegantia loquendi*.²⁷⁴

F. Übersicht

Neuordnung der <i>Topica</i> nach der Grundunterscheidung	1. Durchgang	2. Durchgang
I. inventio	6	
1. definitio	9	26 f., 29
a) partium enumeratio	10	
aa) partitio		28, 30, 33 f.
bb) divisio		28, 30 f., 33 f.
b) notatio – Etymologie	10	35–37
c) translatio – Metapher		32
2. res adfectae – Beziehung zum Rechtsfall ²⁷⁵	11	
a) coniugata	12	38
b) argumentum a genere	13	39 f.
c) argumentum a forma	14	
d) argumentum a similitudine	15	41 f., 44 f.
aa) ab adiunctis – Analogie	18	50
bb) ex comparatione		43, 71
e) argumentum a differentia	16	46
f) argumentum ex contrario	17	47–49
II. iudicatio	6	
1. Subjunktion		53–56
a) ab antecessibus	19	53
b) a consequentibus	20	53
c) a repugnantibus	21	53
2. Disjunktion		56 f.
III. inventio oder iudicatio		
1. locus rerum efficientium	22	58–66
2. locus rerum effectarum	23	58, 67
3. locus comparationis	23	68–71
IV. Tatfragen: locus extrinsecus	24	72–100

²⁷³ Buchwitz/Ehmer, in diesem Band, 14 f.; Guzmán Brito, REHJ 5 (1980), 17, 24; zum Dialektikbegriff Waldstein, Iura 44 (1993), 85, 107, anderer Ansicht zu Unrecht Nörr, SZ 126 (2009), 1, 48.

²⁷⁴ Vgl. auch PAUL. 21 ed. D. 50, 16, 25, 1, dazu Miglietta, Servius, 156 f.

²⁷⁵ Sc.: für den die Entscheidungsgrundlage zu bilden ist.

Literaturverzeichnis

- Albanese*, Bernardo: *L'ars iuris civilis* nel pensiero di Cicerone, AUPA 47 (2002), 23–45
- Avenarius*, Martin: Der pseudo-ulpianische ‚*Liber singularis regularum*‘ – Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift; Analyse, Neu-edition und deutsche Übersetzung, Göttingen 2005
- Babusiaux*, Ulrike: Papinians *Quaestiones* – Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen, München 2011
- Bäcker*, Carsten: Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?, *Rechtstheorie* 40 (2009), 404–424
- Bäcker*, Carsten: Begrenzter Wandel – Das Gewollte als Grenze des Verfassungswandels am Beispiel des Art. 6 I GG, *AöR* 143 (2018), 339–392
- Bäcker*, Carsten: Juristisches Begründen – Subsumtion und Ponderation als Grundformen der Juristischen Methodenlehre, *JuS* 2019, 321–327
- Backhaus*, Ralph: *Casus perplexus* – Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz, München 1981
- Bayer*, Karl (Hrsg.): M. Tullius Cicero, *Topica* – Die Kunst, richtig zu argumentieren, München 1993
- Behrends*, Okko: Rezension zu Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Università di Cagliari, Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, Serie I (giuridica), Volume 19). Milano 1976. IV u. 160 S., *SZ* 96 (1979), 379–386
- Behrends*, Okko: Gesetz und Sprache – Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie, in: Behrends, Okko/Sellert, Wolfgang (Hrsg.), *Nomos und Gesetz – Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Göttingen 1995, 135–249
- Behrends*, Okko: Die Grundbegriffe der Romanistik – Zugleich eine Warnung vor dem l'art pour l'art, *Index* 24 (1996), 1–69
- Behrends*, Okko: Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht – Die geistigen Grundlagen des klassischen römischen Rechts mit einem vergleichenden Blick auf die Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule und der Gegenwart, in: Willoweit, Dietmar (Hrsg.), *Die Begründung des Rechts als historisches Problem*, München 2000, 19–135
- Beltrán Calfurrapa*, Ramón: La tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia, *RD Valparaíso* 39 (2012), 587–606
- Biavaschi*, Paola: Cicerone cambia opinione? – *Ad familiares* 7.21 e l'apparente ripensamento dei *Topica*, in: Piro, Isabella (Hrsg.), *Scritti per Alessandro Corbino*, Bd. 1, Tricase 2016, 221–243
- Bund*, Elmar: Zur Argumentation der römischen Juristen, in: *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Bd. 1, Mailand 1971, 571–587
- Bydlinski*, Franz: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien 1991, Nachdruck 2011

- Calboli Montefusco*, Lucia: Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli *status*, in: Mantovani, Dario (Hrsg.), *Per la storia del pensiero giuridico romano – dall'età dei pontefici alla scuola del Servio*. Atti del seminario di S. Marino, 7–9 gennaio 1993, Turin 1996, 209–228
- Coing*, Helmut: Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, SZ 69 (1952), 24–59
- Coing*, Helmut: Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz: Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung, in: Lauria, Mario/Brasiello, Ugo/Martino, Francesco de/Bozza, Francesca/Bonifacio, Franco (Hrsg.), *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz – nel XLV anno del suo insegnamento*, Bd. 1, Neapel 1953, 365–388
- Crifò*, Giuliano: Ex iure ducere exempla – Gaio Trebazio Testa ed i „Topica“ Cicero-niani, in: *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Bd. 2, Padua 1972, 1103–1124
- Di Fabio*, Udo: Art. 2 Abs. 1, Stand: 39. Lieferung, Juli 2001, in: Herzog, Roman/Herdegen, Matthias/Scholz, Rupert/Klein, Hans Hugo (Hrsg.), *Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz. Kommentar*, München, 92. Lieferung, August 2020
- d'Orta*, Maurizio: Il diritto nella ambiente in trasformazione. Forma e comunicazione giuridica nella tarda repubblica romana, SDHI 83 (2017), 485–500
- Ehmer*, Matthias: Miniatur: Ontologie des Problems an sich – Notiz zu *Gadamer's* „Wahrheit und Methode“, ZfPW 2020, 505–512
- Engisch*, Karl: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. Aufl., Heidelberg 1960
- Ferrary*, Jean-Louis: Le droit naturel dans les exposés sur les parties du droit des traités de rhétorique, in: Mantovani, Dario/Schiavone, Aldo (Hrsg.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007
- Flach*, Dieter (Hrsg.): *Das Zwölftafelgesetz – Leges XII tabularum*, Darmstadt 2004
- Flume*, Werner: *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, Opladen 1975
- Forschner*, Benedikt: *Ius civile est aequitas constituta* – Zum Verhältnis von *aequitas* und Recht bei Cicero, in: Armgardt, Matthias/Busche, Hubertus, *Recht und Billigkeit – Zur Geschichte der Beurteilung ihres Verhältnisses*, Tübingen 2021, 37–65
- Fuhrmann*, Manfred: Die zivilrechtlichen Beispiele in Ciceros ‚Topik‘, in: Schirren, Thomas/Ueding, Gert (Hrsg.), *Topik und Rhetorik – Ein interdisziplinäres Symposium*, Berlin 2000, 51–66
- Gadamer*, Hans-Georg: *Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 7. Aufl., Tübingen 2010
- Gast*, Wolfgang: Recht als *ius argumentandi*, in: Ballweg, Ottmar/Seibert, Thomas-Michael (Hrsg.), *Rhetorische Rechtstheorie – Zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg*, Freiburg 1982, 297–320
- Giario*, Tomasz: Über methodologische Werkmittel der Romanistik, SZ 105 (1988), 180–262
- Giario*, Tomasz: *Römische Rechtswahrheiten – Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Main 2007
- Gilardeau*, Éric: *Cicéron, père de la codification du droit civil*, Paris 2017

- Gnoli, Franco*: Sulla teoria della prova nella ‚Istituio oratoria‘ di Quintiliano (cenni introduttivi), in: Seminario romanistico Gardesano – all’Istituto milanese di Diritto romano e Storia dei diritti antichi. 19–21 maggio 1976, Mailand 1976, 127–137
- Guzmán Brito, Alejandro*: Dialectica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana, REHJ 5 (1980), 17–31
- Guzmán Brito, Alejandro*: Dialéctica y Retórica en los „Topica“ de Cicerón, REHJ 32 (2010), 161–195
- Heumann, Hermann Gottlieb/Seckel, Emil*: Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., Jena 1926
- Honoré, Anthony Maurice*: Legal Reasoning in Rome and Today, CLR 4 (1973), 58–67
- Horak, Franz*: Rationes decidendi – Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo, Bd. 1, Aalen 1969
- Horak, Franz*: Rezension zu Ralph Backhaus, Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 72. Heft). Beck, München 1981. XIV u. 230 S., SZ 101 (1984), 383–393
- Jhering, Rudolf von*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, 5. Aufl., Leipzig 1906
- Kaser, Max*: Neue Studien zum altrömischen Eigentum, SZ 68 (1951), 131–190
- Kaser, Max*: Zur Methode der römischen Rechtsfindung, Göttingen 1962
- Kaser, Max*: Das römische Zivilprozessrecht (= HAW, X.3.4), München 1966
- Kaser, Max*: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht (= HAW, X.3.3.1), 2. Aufl., München 1971
- Kaser, Max*: Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre, in: Kaser, Max (Hrsg.), Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode – Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen, Wien 1986, 9–41
- Kunkel, Wolfgang*: Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl., Graz/Köln 1967
- Lenel, Otto*: Palingenesia iuris civilis – Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta, Bd. 2, Leipzig 1889
- Lenel, Otto*: Das Edictum perpetuum – Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., Leipzig 1927
- Lübnow, Ulrich von*: Cicero und die Methode der römischen Jurisprudenz, in: Wilcken, Ulrich/San Nicolò, Mariano/Steinwenter, Artur (Hrsg.), Festschrift für Leopold Wenger – Zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern, Bd. 1, München 1944, 224–235
- Lübnow, Ulrich von*: Das römische Volk – Sein Staat und sein Recht, Frankfurt am Main 1955
- Mantello, Antonio*: L’analisi nei giuristi tardo repubblicani ed augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici, in: Studi in onore di Remo Martini, Bd. 2, Mailand 2009, 605–672

- Martini*, Remo: Le definizioni dei giuristi romani, Mailand 1966
- Masi Doria*, Carla: Principii e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico, in: Lovato, Andrea (Hrsg.), Tra retorica e diritto – Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica; incontro di studi Trani, 22–23 maggio 2009, Bari 2011, 19–41
- Mette*, Hans Joachim: *Ius civile in artem redactum*, Göttingen 1954
- Miglietta*, Massimo: „Servius respondit“ – Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I, Trient 2010
- Miquel*, Juan: Stoische Logik und römische Jurisprudenz, SZ 87 (1970), 85–122
- Mortensen*, Daniel E.: The Loci of Cicero, *Rhetorica* 26 (2008), 31–56
- Nörr*, Dieter: Divisio und Partitio – Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie, Berlin 1972
- Nörr*, Dieter: Spruchregel und Generalisierung, SZ 89 (1972), 18–93
- Nörr*, Dieter: Cicero-Zitate bei den klassischen Juristen – Zur Bedeutung literarischer Zitate bei den Juristen und zur Wirkungsgeschichte Ciceros, in: Mariotti, Scevola (Hrsg.), *Ciceroniana – Rivista di studi Ciceroniani. Atti del III Colloquium Tullianum*, Rom 1978, 111–150
- Nörr*, Dieter: Cicero, Topica 4.22. Zur Anwendung der cautio damni infecti bei einer Kommunmauer und zum rhetorisch-philosophischen Topos ἀπὸ τοῦ αἰτίου, in: Modrzejewski, Joseph/Liebs, Detlef (Hrsg.), Symposium 1977. Gesellschaft für Griechische und Hellenistische Rechtsgeschichte – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Chantilly, 1.–4. Juni 1977), Köln 1982, 269–305
- Nörr*, Dieter: exempla nihil per se valent – Bemerkungen zu Paul. 15 quaest. D. 46,3,98,8; 72 ad ed. D. 45,1,83,5, SZ 126 (2009), 1–54
- Nüßlein*, Theodor (Hrsg.): Marcus Tullius Cicero, De oratore – Über den Redner, Düsseldorf 2007
- Otto*, Karl Eduard/*Schilling*, Bruno/*Sintenis*, Karl Friedrich Ferdinand (Hrsg.): Das Corpus Juris Civilis – ins Deutsche übersetzt, Bd. 4, Leipzig 1832
- Platschek*, Johannes: Rezension zu Tessa G. Leesen, Gaius meets Cicero. Law and Rhetoric in the School Controversies (= Legal History Library 2). Nijhoff, Leiden 2010. XII, 357 S., SZ 132 (2015), 581–587
- Pohlenz*, Max: Die Stoa – Geschichte einer geistigen Bewegung, Göttingen 1948
- Pólya*, Georg: Mathematik und plausibles Schließen, Bd. 2: Typen und Strukturen plausibler Folgerung. Ins Deutsche übersetzt von Lulu Bechtolsheim, Basel 1963
- Rainer*, Johannes Michael: Der Paries communis im klassischen römischen Recht, SZ 105 (1988), 488–513
- Reinhardt*, Tobias: Cicero's Topica – Edited with a translation, introduction, and commentary, Oxford 2006
- Riposati*, Benedetto: Studi sui „Topica“ di Cicerone, Mailand 1947
- Roth*, Hans-Jörg: Alfeni Digesta – Eine spätrepublikanische Juristenschrift, Berlin 1999

- Sacchi*, Osvaldo: *L'ars hermenēumatis* dei giuristi romani tra propensione analogista e anomalista nel diritto, in: Piro, Isabella (Hrsg.), *Scritti per Alessandro Corbino*, Bd. 6, Tricase 2016, 381–426
- Savigny*, Friedrich Carl von: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814
- Schmidlin*, Bruno: *Die römischen Rechtsregeln – Versuch einer Typologie*, Köln 1970
- Schroeder*, Klaus-Peter: *Eine Universität für Juristen und von Juristen – Die Heidelberger Juristische Fakultät im 19. und 20. Jahrhundert*, Tübingen 2010
- Schulz*, Fritz: *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934
- Schulz*, Fritz: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961
- Spagnolo*, Benjamin/*Sampson*, Joe: *Principle and pragmatism*, in: Spagnolo, Benjamin/*Sampson*, Joe (Hrsg.), *Principle and pragmatism in Roman law*, Oxford u.a. 2020, 1–26
- Stein*, Peter: *Regulae iuris – From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh 1966
- Stolfi*, Emanuele: *„Argumentum auctoritatis“*, citazioni e forme di approvazione nella scrittura dei giuristi romani, in: Lovato, Andrea (Hrsg.), *Tra retorica e diritto – Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica; incontro di studi Trani*, 22–23 maggio 2009, Bari 2011, 85–135
- Thomas*, Philip: *Ars aequi et boni, legal argumentation and the correct legal solution*, SZ 131 (2014), 41–59
- Thomas*, Philip: *A Barzunesque View of Cicero: From Giant to Dwarf and Back*, in: Du Plessis, Paul J. (Hrsg.), *Cicero's Law – Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh 2016, 11–25
- Thomas*, Philip: *Definitions in Cicero's Topica*, AÜHFD 69 (2020), 1249–1264
- Turelli*, Giovanni: *Alfenus 6 dig. D. 5.1.76, L. 23. Per una lettura che ricomponga diritto e retorica*, SDHI 84 (2018), 61–92
- Vacca*, Letizia: *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano – Corso di Lezioni*, Turin 1989
- Viehweg*, Theodor: *Topik und Jurisprudenz – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München 1974
- Waldstein*, Wolfgang: *Topik und Intuition in der römischen Rechtswissenschaft – Zur Frage des Einflusses der griechischen Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft*, in: Horak, Franz (Hrsg.), *Festgabe für Arnold Herdlitzka – zu seinem 75. Geburtstag dargebracht von seinen Schülern und Freunden*, München u.a. 1972, 237–263
- Waldstein*, Wolfgang: *Cicero, Servius und die „Neue Jurisprudenz“*, Iura 44 (1993), 85–147
- Waldstein*, Wolfgang: *Max Kaser's Beitrag zur Erkenntnislehre*, SZ 115 (1998), 203–212
- Waldstein*, Wolfgang: *Teoria generale del diritto – Dall'antichità ad oggi*, Rom 2001
- Wieacker*, Franz: *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, SZ 70 (1953), 93–126

- Wieacker, Franz*: Gesetz und Richterkunst – Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung. Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 15. November 1957, Karlsruhe 1958
- Wieacker, Franz*: Der römische Jurist, in: *Wieacker, Franz* (Hrsg.), *Vom römischen Recht – Zehn Versuche*, 2. Aufl., Stuttgart 1961, 128–160
- Wieacker, Franz*: Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz, in: *Medicus, Dieter/Seiler, Hans Hermann* (Hrsg.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 3–27
- Wieacker, Franz*: Römische Rechtsgeschichte – Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt: Einleitung, Quellenkunde. Frühzeit und Republik (= HAW, X.3.1.1), München 1988
- Wieling, Hans Josef*: Testamentsauslegung im römischen Recht, München 1972
- Willems, Constantin*: Vermögensallokation in Verarbeitungsfällen – Eine Effizienzanalyse von Eigentumszuordnung und Ausgleichsansprüchen im Fall der *specificatio*, in: *Lo Cascio, Elio/Mantovani, Dario* (Hrsg.), *Diritto romano e economia – Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell’Impero)*, Pavia 2018, 569–600

Graeci ἐτυμολογίαν appellant, [...] nos autem [...] notationem appellamus (Cic. top. 35): **Das etymologische Argument in Ciceros *Topica***

Von *Constantin Willems*

A. Wortsinn und Etymologie als Argumentationstopos: <i>notatio</i> und ἐτυμολογία ..	181
B. Die Anwendungsbeispiele für das etymologische Argument in Ciceros <i>Topica</i> ..	182
I. <i>Assiduus</i>	183
II. <i>Postliminium</i>	185
C. Die <i>coniugatio</i> und das Beispiel der <i>actio aquae pluviae arcendae</i>	194
D. Fazit	199

Der Beitrag möchte den Argumentationstopos der Etymologie (*notatio*) vorstellen, wie ihn Cicero in seinen *Topica* präsentiert. Insbesondere werden die beiden von Cicero dort verwendeten Beispiele zur etymologischen Herleitung der Begriffe *assiduus* (Cic. top. 10) und *postliminium* (Cic. top. 36f.) analysiert und vor dem Hintergrund der Rechtsquellen verortet. Sodann wird auch auf die laut Cicero mit der Etymologie eng verknüpfte Argumentationsfigur der *coniugatio*, der Wortverwandtschaft (Cic. top. 38), eingegangen.

A. Wortsinn und Etymologie als Argumentationstopos: *notatio* und ἐτυμολογία

Aus der Etymologie gewonnene Argumente finden sich bei den römischen Juristen in großer Zahl: Eine Zusammenstellung bietet etwa Luigi Ceci in seinem 1966 erschienenen Werk „Le etimologie dei giureconsulti romani“.¹ In seinen *Topica* geht auch Cicero auf dieses gern verwandte Argumentationsmuster ein. Zu den Argumentationstopoi, die dem Gegenständlichen selbst anhaften („in eo ipso, de quo agitur, haerent“), zählt ausweislich von Cic. top. 8 auch der, bei dem das Argument *ex nota* folgt. In Cic. top. 10 wird sodann erläutert, dass eine solche *notatio* dann vorliege, wenn sich irgendein Argument unmittelbar *ex verbi vi*, also aus der Bedeutung² des Wortes selbst, ergibt.³ In Cic. top. 35 wird schließlich ausführlich auf diesen Topos eingegangen:

¹ Ceci, Le etimologie, 63–184.

² Zu diesem Bedeutungsgehalt von *vis* etwa Georges, Handwörterbuch II, Sp. 3515f., s. v. *vis*, Bedeutung B) 2) b).

Multa etiam ex notatione sumuntur. ea est autem, cum ex vi nominis argumentum elicitor; quam Graeci ἐτυμολογίαν appellant, id est verbum ex verbo ‚veriloquium‘; nos autem novitatem verbi non satis apti fugientes genus hoc notationem appellamus, quia sunt verba rerum notae. itaque hoc quidem Aristoteles σύμβολον appellat, quod Latine est ‚nota‘. sed cum intellegitur, quid significetur, minus laborandum est de nomine.

Viel wird auch aus der Bezeichnung (*notatio*) entnommen. Diese wiederum liegt vor, wenn aus der Bedeutung der Benennung (*nomen*) ein Argument herausgezogen wird – was die Griechen „Etymologie“ (ἐτυμολογία) nennen, das heißt wortwörtlich „Wahrreden“ (*veriloquium*), wir aber, der Neuartigkeit des nicht genügend geeigneten Wortes zu entgehen suchend, nennen diese Gattung *notatio* („Bezeichnung“), weil die Worte die Kennzeichen der Dinge sind. Daher nennt jedenfalls Aristoteles dies σύμβολον („Merkmal“), was auf Latein *nota* (ebenfalls „Merkmal“) ist. Wenn man aber erkennt, was es bedeuten soll, muss man weniger auf die Benennung geben.

Unter *notatio* versteht Cicero also das, was die Griechen ἐτυμολογία, „Etymologie“, nennen. Wörtlich meint dies das, was das Wort in seiner „wahren“, ursprünglichen Bedeutung besagt: lateinisch *veriloquium*. Inhaltlich gehe es darum, ein Argument „aus der Bedeutung der Benennung“ (*ex vi nominis*) zu ziehen. Seine Verwendung des Begriffes *notatio* rechtfertigt Cicero mit dem Verweis auf Aristoteles, der in diesem Kontext auch nicht von ἐτυμολογία, sondern von σύμβολον spreche.⁴ Schließlich wird darauf hingewiesen, dass der Topos der Etymologie gegenüber dem erkennbar Gemeinten subsidiär ist: Kann man eruieren, was das Wort tatsächlich bedeuten soll, tritt die Benennung, die originäre Wortbedeutung, dahinter zurück.

B. Die Anwendungsbeispiele für das etymologische Argument in Ciceros *Topica*

In seinen *Topica* gibt Cicero zwei Anwendungsbeispiele für das etymologische Argument, namentlich für die Begriffe *assiduus* (Cic. top. 10) und *postliminium*

³ Cic. top. 10: „tum notatio, cum ex verbi vi argumentum aliquod elicitor.“

⁴ Der Begriff σύμβολον findet sich in dieser Bedeutung etwa in ARIST. Soph. el. 165a6–8: „ἐπεὶ γὰρ οὐκ ἔστιν αὐτὰ τὰ πράγματα διαλέγεσθαι φέροντας, ἀλλὰ τοῖς ὀνόμασιν ἀντὶ τῶν πραγμάτων χρῶμεθα συμβόλιος“ – „Man kann beim Disputieren nicht die Dinge selbst hernehmen, sondern gebraucht statt ihrer, als ihre Zeichen, die Worte“ (Übersetzung: Rolfes, Aristoteles, Sophistische Widerlegungen, 2). Vom etymologischen Argument ist an dieser Stelle jedoch nicht explizit die Rede; Aristoteles schildert dieses in ARIST. Top. 112a32–36. Dort heißt es einleitend: „Ἐτι τὸ ἐπιχειρεῖν μεταφέροντα τοῦνομα ἐπὶ τὸν λόγον, ὥς μάλιστα προσήκον ἐκλαμβάνειν ἢ ὥς κείται τοῦνομα“ – „Um einen weiteren Ort zu erhalten, greift man die Sache in einer Weise an, daß man ein Wort auf seinen Begriff zurückführt und betont, daß man es durchaus diesem gemäß auffassen müsse, statt so, wie es gewöhnlich genommen wird“ (Übersetzung: Rolfes, Aristoteles, Topik, 39) – in dieser Passage findet sich der Begriff σύμβολον also gerade nicht. Zum Zusammenhang zwischen Ciceros Topos *ex nota* und dem Topos der Etymologie bei Aristoteles siehe *Riposati*, Studi, 86 f., *Reinhardt*, *Topica*, 210 und 274 f. sowie *Rubinelli*, *Ars Topica*, 122 f., 130 f. und 142 f.

(Cic. top. 36f.). Beide Beispiele sollen in der Folge einer Analyse unterzogen werden.

I. *Assiduus*

Zunächst wird in Cic. top. 10 als Beispiel für eine *notatio* auf die Wortbedeutung von *assiduus* eingegangen:

Cum lex assiduo vindicem assiduum esse iubeat, locupletem iubet locupletis; is est enim assiduus, ut ait L. Aelius, appellatus ab asse dando.

Wenn das Gesetz befiehlt, dass einem *assiduus* ein *assiduus* der *vindex*⁵ sei, befiehlt es einen Bemittelten für einen Bemittelten; denn dieser ist *assiduus*, wie Lucius Aelius sagt, so genannt *ab asse dando*, vom „Geldgeben“.

Bezug genommen wird hier auf ein Gebot „der“ *lex* schlechthin, also des Zwölftafelgesetzes. Gemeinhin wird angenommen, dass es in XII tab. 1, 4 hieß: „Assiduo vindex assiduus esto“.⁶ Da es bekanntlich keine inschriftliche Überlieferung der Zwölf Tafeln mehr gibt, muss eine Rekonstruktion anhand von literarischen Quellen erfolgen.⁷ Für den XII tab. 1, 4 zugeschriebenen Satz gibt es insgesamt drei Quellen.⁸ Zum einen den soeben angeführten Passus aus den *Topica* Ciceros, der das Zwölftafelgesetz ja als Kind auswendig gelernt hatte,⁹ zum anderen ein Fragment aus Aulus Gellius' *Noctes Atticae* (GELL. 16, 10, 5)¹⁰ sowie ein Lemma aus den *De compendiosa doctrina libri* des spätromischen Grammatikers und Lexikographen Nonius Marcellus (s. v. *proletarii*).¹¹

⁵ Näher zur Bedeutung von *vindex* in diesem Kontext als Gestellungsbürge Crawford, *Roman Statutes* II, 589 f.; Metzger, s. v. *vindex*, in: *Encyclopedia of Ancient History* XII, 7005 f.; Rißner, s. v. in *ius vocatio*, in: *Encyclopedia of Ancient History* VI, 3436.

⁶ Crawford, *Roman Statutes* II, 589; Flach, *Zwölftafelgesetz*, 41; Fiori, *Il processo privato*, in: *XII Tabulae* I, 45, 114.

⁷ Vgl. dazu auch Willems, *Antike Welt* 4/2020, 28, 28 f.

⁸ Crawford, *Roman Statutes* II, 588 f.; Flach, *Zwölftafelgesetz*, 41 f.

⁹ Dazu Cic. leg. 2, 9 und Harries, *Cicero and the Law*, in: *Cicero the Advocate*, 147, 153.

¹⁰ GELL. 16, 10, 5: „Nam Q. Ennius verbum hoc [scil. *proletarius*] ex duodecim tabulis vestris accepit, in quibus, si recte commemini, ita scriptum est: ‚assiduo vindex assiduus esto, proletario iam civi quisquis volet vindex esto.‘“ – „Quintus Ennius hat dieses Wort [*proletarius*] nämlich aus Euren Zwölf Tafeln übernommen, in denen es, wenn ich mich recht erinnere, so geschrieben ist: ‚Einem *assiduus* sei ein *assiduus* der *vindex*, einem *civis proletarius* sei bereits jeder, der will, *vindex*.‘“

Gellius berichtet hier von einem öffentlichen Gespräch über einen Passus aus den *Annalen* des Quintus Ennius (ENN. ann. 177–179), in dem der Begriff *proletarius* vorkommt (GELL. 16, 10, 1 f.). Gellius erläutert – dabei sogar einen *iuris peritus* belehrend (GELL. 16, 10, 3 f.) –, dass dieser Begriff aus dem Zwölftafelgesetz stamme, dessen Wortlaut sodann so wiedergegeben wird, wie man ihn noch heute als XII tab. 1, 4 unterstellt.

¹¹ NON. s. v. *proletarii* (ed. Wallace M. Lindsay, *Nonii Marcelli* I, 93 f.): „Proletarii dicti sunt plebei, qui nihil rei publica exhibeant, sed tantum prolem sufficient. [...] Varro, *De vita populi Romani*, lib. I: ‚quibus erant pecuniae satis, locupletis, assiduus, contrarios proletarios <appellabant>. assiduo neminem <alium> vindicem voluerunt

Eine Etymologie des Wortes *assiduus* findet sich in diesen Quellen nur bei Cicero. Das Wort *assiduus* meint Cicero zufolge, dass jemand über Vermögen verfügen müsse, es sei also gleichbedeutend mit *locuples*. Zur Begründung wird auf eine Etymologie verwiesen, welche auf einen gewissen Lucius Aelius¹² zurückgeführt wird: *assiduus* komme *ab asse dando*, meine also vom Wortsinn her, dass jemand in der Lage ist, Geld zu geben.

Dieses Beispiel ist nicht deshalb so passend für die Verwendung etymologischer Herleitungen bei der juristischen Argumentation, weil es zutrifft, sondern vielmehr im Gegenteil, weil die etymologische Herleitung fragwürdig erscheint. *Assiduus* kommt – so wird heute angenommen – vielmehr von *ad-sideo* (beständig irgendwo sitzen), meint also im Wortsinne „ansässig“.¹³ In diesem Sinne von „Grundbesitzer“¹⁴ wird heute die ursprüngliche Wendung in den Zwölf Tafeln oft verstanden,¹⁵ wenngleich teils auch die von Cicero insinuierte Mischbedeutung „propertied“¹⁶ bzw. „ansässige[r] und leistungsfähige[r] Bürger“ vorgeschlagen wird.¹⁷ In der Tat nähern sich beide Bedeutungsgehalte im Ergebnis an: Wer „ansässig“ ist, also über ein Grundstück im Stadtgebiet verfügt, wird allein dadurch auch begütert sein, also über ein gewisses Vermögen verfügen.¹⁸ Jedenfalls in den Zeiten von Cicero (1. Jh. v. Chr.), Aulus Gellius (2. Jh. n. Chr.) und Nonius Marcellus (3. bzw. 4. Jh. n. Chr.) war man wohl der Auffassung, maßgebliches Kriterium sei die Solvenz.

Somit passt das Beispiel zur langen Liste fragwürdiger Etymologien, die sich bei den römischen Juristen finden. Um nur ein Beispiel zu nennen: Fragwürdig erscheint etwa die bekannte Herleitung des Pfandes (*pignus*) von Faust (*pugnus*),

locupleti.“ – „Proletarier‘ werden die Plebejer genannt, die dem Staat nichts beibringen, sondern nur Nachkommen (*proles*) bieten können. [...] Varro, *De vita populi Romani*, Buch 1: ‚<Sie nannten> diejenigen, die ausreichend Geld hatten, Bemittelte bzw. *adsidui*, die Gegenteiligen ‚Proletarier‘. Für einen *adsiduus* wollten sie niemand <anderes> als *vindex* als einen Bemittelten‘.“

Nonius Marcellus beginnt das Lemma *proletarii* mit einer Etymologie dieses Begriffs, den er auf die *proles* (Nachkommenschaft) zurückführt – das einzige, was diese Gesellschaftsschicht aus den Reihen der Plebejer dem Staat zu bieten habe. Sodann wird Varro zitiert, der erläutert, dass im Gegensatz dazu diejenigen, die *pecuniae satis* sind, also über genügend Geld verfügen, und mithin *locuples* sind, also „Bemittelte“, *adsidui* genannt werden.

¹² Zu möglichen Kandidaten Bayer, Topica, 114 und Reinhardt, Topica, 212 f.: Wahrscheinlich handelt es sich um Ciceros Bekannten (Cic. Brut. 207) Lucius Aelius Stilo Praeconinus; so auch Harries, The Law, in: Cambridge Companion, 107, 110 und Thomas, AÜHFD 69 (2020), 1018, 1028 Fn. 58.

¹³ So Bayer, Topica, 114 und Reinhardt, Topica, 208; siehe aber noch Ihm, Art. *assiduus*, in: ThLL 2, 881,78, 881,78–882,6.

¹⁴ Kaser/Hackl, RZPR, 66 mit Fn. 27.

¹⁵ Vgl. Düll, Zwölf Tafelgesetz, 29; Flach, Zwölf Tafelgesetz, 176.

¹⁶ Crawford, Roman Statutes II, 590.

¹⁷ Düll, Zwölf Tafelgesetz, 74.

¹⁸ Vgl. dazu auch Reinhardt, Topica, 208 f. mit Fn. 6.

die Gaius in GAI. 6 XII tab. D. 50, 16, 238, 2 vorschlägt – für philologisch korrekt wird heute eine Herleitung von **pik* (stecken) oder *pangere* (befestigen) gehalten.¹⁹ Emmanuelle Chevreau schreibt in diesem Sinne generell über die juristischen Etymologien: „Ces étymologies ont la particularité d’être fausses sur le plan philologique“, um dann zu folgern: „Le caractère erroné des étymologies est très intéressant et est révélateur de leur fonction.“²⁰ Es gehe nicht darum, den historischen Ursprung eines Rechtsinstituts nachzuverfolgen, sondern es handle sich um eine „source d’argumentation“, warum ein bestimmtes Rechtsinstitut in einem bestimmten Sinne verstanden werden solle.²¹ Ähnlich hält auch Ulrike Babusiaux generell zu den Funktionen der Etymologie in der juristischen Literatur fest: „Genau wie in anderen Fachtexten dienen die juristischen Etymologien als Argument. Nur dies erklärt ihre Schwächen, ihre Angreifbarkeit, aber auch ihren Nutzen als Überzeugungs- und Darstellungsmittel in der juristischen Literatur.“²²

So steht es auch um CIC. top. 10: Hier wird aus dem Kontext des Zwölftafelgesetzes, der Gegenüberstellung von *assiduus* und *proletarius*, geschlossen, dass der *assiduus* über ein gewisses Vermögen verfügen muss, und dann eine vorgeblich auf Lucius Aelius zurückgehende etymologische Herleitung präsentiert, die dieses Ergebnis stützt.²³ Die Etymologie selbst ist also fragwürdig, das Ergebnis, das sie argumentativ stützen soll, dagegen sicherlich richtig.

Heute gehen wir zwar davon aus, dass es sich bei der in CIC. top. 10 vorgestellten Etymologie von *assiduus* um eine „definizione errata“²⁴ handelt. Auch eine falsche Etymologie kann jedoch als Argument von Nutzen sein, insbesondere wenn sie das Laienpublikum überzeugen kann. Dabei ist zudem daran zu erinnern, dass den Römern die Grenzen ihres Wissens um die sprach(wissenschaft)liche Korrektheit von Etymologien durchaus bewusst war – so bringt etwa Varro teilweise mehrere, einander widersprechende Etymologien bzw. etymologische Erläuterungsansätze für ein und denselben Begriff.²⁵

II. *Postliminium*

Das zweite Beispiel für die Etymologie als Argumentationstopos findet sich in unmittelbarer Folge zum einleitend zitierten Passus CIC. top. 35. In CIC. top. 36f.

¹⁹ Dazu etwa Schanbacher, Die Gegenwart, in: FS Mayer-Maly, 639, 645; Krämer, Pfand, 23 f.; Braukmann, Pignus, 27; De Iuliis, LR 2 (2013), 245, 246–250; Babusiaux, Fundamina 20 (2014), 39, 43; Scheibelreiter, SZ 136 (2019), 1, 34 Fn. 171.

²⁰ Chevreau, RIDA 61 (2014), 29, 30.

²¹ Chevreau, RIDA 61 (2014), 29, 30 f.; im Ergebnis ebenso Babusiaux, Fundamina 20 (2014), 39, 60.

²² Babusiaux, Fundamina 20 (2014), 39, 60.

²³ So auch Reinhardt, Topica, 209.

²⁴ Carcaterra, Definizioni, 98.

²⁵ Vgl. dazu etwa Baier, Werk, 90 mit Fn. 126.

wird auf die Kontroverse um den Wortsinn des Begriffs *postliminium* eingegangen:

Multa igitur in disputando notatione eliciuntur ex verbo, ut cum quaeritur, postliminium quid sit – non dico, quae sint postlimini; nam id caderet in partitionem, quae talis est: Postliminio redeunt haec: homo, navis, mulus clitellarius, equus, equa, quae frenos recipere solet –; sed cum ipsius postlimini vis quaeritur, et verbum ipsum notatur; in quo Servius noster, ut opinor, nihil putat esse notandum nisi ‚post‘, et ‚liminium‘ illud productionem esse verbi vult, ut in ‚finitimo‘, ‚legitimo‘, ‚aeditimo‘ non plus esse ‚timum‘ quam in meditullio ‚tullium‘; 37. Scaevola autem P. filius iunctum putat esse verbum, ut sit in eo et ‚post‘ et ‚limen‘; ut, quae a nobis alienata, cum ad hostem pervenerint, ex suo tamquam limine exierint, hinc ea cum redierint post ad idem limen, postliminio redisse videantur. Quo genere etiam Mancini causa defendi potest, postliminio redisse; deditum non esse, quoniam non sit receptus; nam neque deditionem neque donationem sine acceptione intellegi posse.

Vieles also wird durch Erörtern der Bezeichnung aus dem Wort herausgezogen, wie wenn gefragt wird, was „*postliminium*“ sei – ich sage nicht, was zum *postliminium* zählt: denn das fällt unter die Unterteilung (*partitio*), die derartig ist: Durch *postliminium* kehren diese zurück: ein Sklave,²⁶ ein Schiff, ein Packesel, ein Hengst und eine Stute, die daran gewöhnt ist, Zaumzeug zu erhalten –, sondern wenn die Bedeutung von *postliminium* selbst erfragt wird, und das Wort selbst bezeichnet wird. Diesbezüglich glaubt unser Servius, wie ich meine, dass nichts zu bezeichnen sei außer *post*, und will, dass *-liminium* jene Verlängerung des Wortes sei, wie in *finitimum*, *legitimum* oder *aeditimum* das *-timum* nicht mehr ist als bei *meditullium* das *-tullium*. 37. Scaevola aber, der Sohn des Publius, glaubt, dass das Wort verbunden ist, sodass in ihm sowohl *post* als auch *limen* steckt, sodass das, was von uns entfremdet wurde, wenn es an einen Feind gelangt ist, gleichsam aus seiner Grenze (*limen*) herausgegangen ist, wenn dieses über dieselbe Grenze (*limen*) von dahinter (*post*) zurückgeht, ersichtlich „hinter die Grenze“ (*postliminio*) zurückgekehrt ist. Auf diese Art kann auch im Fall des Mancinus verteidigt werden, dass er „hinter die Grenze“ (*postliminio*) zurückgekehrt sei; er sei nicht ausgeliefert worden, weil er nicht angenommen wurde; denn weder die Geiselstellung noch die Schenkung könne man sich ohne Annahme vorstellen.

Cicero bringt hier also – nachdem er die Gelegenheit genutzt hat, im Rahmen des Beispiels den Argumentationstopos der Etymologie (*notatio*) von dem der Untergliederung (*partitio*) abzugrenzen – gleich zwei mögliche etymologische Herleitungen des Begriffs *postliminium*. Dieses Rechtsinstitut hat seine Bedeutung bezüglich des Status eines Kriegsgefangenen, dem die Rückkehr aus der Gefangenschaft gelingt: Während die Kriegsgefangenschaft grundsätzlich den Verlust der persönlichen Freiheit und damit verbunden den Verlust der Fähigkeit, etwa *pater familias* und Eigentümer zu sein, nach sich zog, wurde der aus der Gefangenschaft Zurückgelangte so behandelt, als ob sein Status durchweg unge-

²⁶ Anders wohl *Cursi*, Struttura, 251: Cīc. top. 36 „usa il termine *homo* con riferimento al *liber*, ma ritengo non escluda neppure il *servus*“.

mindert geblieben wäre.²⁷ Im Anschluss geht Cicero auf eine *cause célèbre* des römischen Rechts, die *causa Mancini*, ein, den Rechtsfall des Konsuls Hostilius Mancinus, von dem neben Cicero²⁸ auch weitere literarische Quellen²⁹ sowie die Digesten berichten.

1. Die etymologischen Herleitungen von Servius Sulpicius und Quintus Mucius Scaevola

Bezüglich des Begriffs *postliminium* schildert Cicero eine Kontroverse, in der Servius *noster*, also Ciceros Studienfreund Servius Sulpicius Rufus,³⁰ und Scaevola, Publii *filius*, also wohl Quintus Mucius Scaevola, Konsul des Jahres 95 v. Chr.,³¹ verschiedene etymologische Herleitungen vertraten. Nach Servius ist ausschließlich der Wortbestandteil *post* maßgeblich, während es sich bei *-liminium* nur um ein Suffix ohne eigenen Bedeutungsgehalt³² handeln soll.³³ Scaevola geht dagegen – aus heutiger Sicht etymologisch korrekt³⁴ – von einem *compositum* aus *post* und *limen* aus, sodass der Komponente der Grenzüberschreitung³⁵ eine wesentliche Bedeutung zukomme. Wenn Cicero in *Cic. top.* 36 f. im

²⁷ Vgl. Lohsse, Die Ersitzung, in: FS Knütel, 667, 667; Lohsse, Die Beerbung, in: Facetten des röm. Erbrechts, 79, 80; Babusiaux, Röm. Erbrecht, 161 f.; Kaser/Knütel/Lohsse, RPR, § 52 Rn. 17.

²⁸ Etwa in *Cic. off.* 3, 108; *de orat.* 1, 181, 1, 238 und 2, 137; *Caec.* 98; *rep.* 3, 28; *har. resp.* 43.

²⁹ Nachweise zu anderen Autoren bei *Cursi*, Struttura, 57 Fn. 71.

³⁰ Vgl. zu diesem nur Stein, The Place of Servius, in: FS Wieacker, 175; Behrends, Servius, in: Juristen, 562 f.; Harries, Servius, in: Cicero's Law, 123; und zuletzt Lehne-Gstreintaler, Iurisperiti, 164–195.

³¹ So Wieacker, Die röm. Juristen, in: FG Lübtow, 183, 206 und *Cursi*, Struttura, 63 Fn. 89; für dessen Vater Publius Mucius Scaevola, den Konsul des Jahres 133 v. Chr., dessen Vater, Konsul des Jahres 175 v. Chr., ebenfalls Publius hieß, dagegen Kornhardt, SDHI 19 (1953), 3, 34. Nach Bona, SDHI 39 (1973), 425, 468 f., „Quinto Mucio Scaeva si è fatto portavoce [...] di un esempio di *ius controversum*, che vedeva impegnati il padre e Bruto.“

³² Hierin mag ein Wortspiel enthalten sein, wenn Cicero als Angehöriger der *gens Tullia -tullium* als etwas Bedeutungsloses darstellt, vgl. Reinhardt, Topica, 277.

³³ So auch Reinhardt, Topica, 277. Die Bedeutung von *productio verbi* als Suffix erkennt Urso, SDHI 58 (1992), 85, 106, wenn er schreibt: „è difficile pensare a una parola composta da una preposizione e da un sostantivo, il cui significato è dato della preposizione, mentre il sostantivo perderebbe tutto il suo valore“. Lehne-Gstreintaler, Iurisperiti, 170 sieht in dieser Definition ein Beispiel für die „antiquarische Neigung“ des Servius.

³⁴ Vgl. Korteweg, Art. *postliminium*, in: ThLL 10.2, 234,48, 234,48–234,54; siehe auch Reinhardt, Topica, 277.

³⁵ Vgl. Imbert, *Postliminium*, 22 („en-deça“) und *Amirante*, *Captivitas*, 23 („la rilevanza del fatto del ritorno“). *Cursi*, Struttura, 107, geht dagegen davon aus, dass *post* hier bereits als „avverbio di tempo“ zu verstehen ist, also gleichsam im Sinne von „später“; ebenso bereits de Visscher, *Aperçus*, in: FS Koschaker I, 367, 370 Fn. 14, der von einer „tendance indéniable chez Cicéron [...] à donner au préfixe *post* un sens temporel, évoquant un retour après la sortie des frontières“ spricht; vorsichtig Urso, SDHI 58 (1992), 85, 106: „se non erro, il *post* avrebbe il significato avverbiale di *postea*“, der

Sinne des „rhetorischen Pluralismus“³⁶ zwei widerstreitende etymologische Argumentationsansätze, Servius Sulpicius Rufus und Quintus Mucius Scaevola zugeschrieben, als „Argumentationsmöglichkeiten“³⁷ vorstellt, wird geradezu exemplarisch das argumentative Potenzial etymologischer Herleitungen deutlich. Hier kann man sich vorstellen, dass die technisch-grammatikalische Auffassung des Servius ein Laienpublikum weniger überzeugen konnte als das Kompositum-Argument des Quintus Mucius.

2. Zur Nutzbarmachung des etymologischen Arguments in der *causa Mancini*

Nachdem Cicero die beiden etymologischen Herleitungen von Servius Sulpicius Rufus und Quintus Mucius Scaevola vorgestellt hat, ergänzt er, dass sich die von Scaevola vorgebrachte Etymologie auch in der berühmten *causa Mancini* einsetzen lasse. Mancinus hatte – die Geschichte knapp erzählend³⁸ – versucht, die Stadt Numantia in der Provinz Hispania Tarraconensis einzunehmen, war allerdings gescheitert und mitsamt seinen Truppen festgesetzt worden. Die Bedingungen des Abkommens, mit dem er für sich und seine Leuten freien Abzug erstrebte, wurden in Rom für schändlich gehalten: Der Senat weigerte sich, den Vertrag zu bestätigen, und entschied sich, Mancinus im Wege der *deditio*³⁹ auszuliefern. Die Numantiner hatten allerdings kein Interesse an Mancinus und ließen ihn im Wortsinne stehen – nackt und gefesselt vor dem Stadttor, wie ihn die Römer ausgeliefert hatten. Zurück in Rom stellte sich die Frage nach dem *status* des Mancinus, nachdem ein Volkstribun, Publius Rutilius, ihn mit der Begründung aus der *curia* vertrieben hatte, er sei kein römischer Bürger mehr.

a) Der Fall des Mancinus in den Digesten

Von der *causa* des Mancinus berichtet auch ein Digestenfragment, das ursprünglich aus dem Kommentar des Juristen Pomponius zum Werk des Quintus Mucius Scaevola stammt,⁴⁰ POMP. 37 Q. Muc. D. 50, 7, 18:

aber sogleich folgen lässt: „Mi sembra però cheche in questo modo non ci sarebbe una vera fusione tra *post e limen*, mancherebbe il legame interno.“ Kreller, SZ 69 (1952), 172, 176 meint hingegen, „daß die alten ‚juristes grammairiens‘ (De Visscher) offenbar die zeitliche und die lokale Bedeutung von *post* nicht scharf auseinanderhielten“.

³⁶ So treffend Behrends, Servius' Tat, in: Das Röm. Recht, 151, 166.

³⁷ Behrends, Servius' Tat, in: Das Röm. Recht, 151, 166.

³⁸ Ausführlichere Darstellungen finden sich bei Wieacker, Die röm. Juristen, in: FG Lüntow, 183, 204 f.; Guarino, Coerenza, 98–100; Harries, Cicero, 144–146; Liebs, Bellum iustum, in: FS Behrends, 305, 313 f.; Indra, Status quaestio, 40; Forschner, Einheit, 13 oder Lehne-Gstreinhäler, Iurisperiti, 91 f.

³⁹ Dazu Ziegler, Völkerrecht, in: ANRW I.2, 68, 94–96.

⁴⁰ Nörr, Cicero-Zitate, in: Ciceroniana III, 111, 142 mit Fn. 117 vermutet, dass Pomponius Cicero an dieser Stelle nicht als Quelle verwendet habe, sondern „eher die republikanische Rechtsliteratur als nichtjuristische Quellen benutzt haben“ dürfte.

Si quis legatum hostium pulsasset, contra ius gentium id commissum esse existimatur, quia sancti habentur legati. et ideo si, cum legati apud nos essent gentis alicuius, bellum cum eis indictum sit, responsum est liberos eos manere: id enim iuri gentium convenit esse. itaque eum, qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus, quorum erant legati, solitus est respondere. quem hostes si non recepissent, quaesitum est, an civis Romanus maneret: quibusdam existimantibus manere, aliis contra, quia quem semel populus iussisset dedi, ex civitate expulsisse videretur, sicut faceret, cum aqua et igni interdiceret. in qua sententia videtur Publius Mucius fuisse. id autem maxime quaesitum est in Hostilio Mancino, quem Numantini sibi deditum non acceperunt: de quo tamen lex postea lata est, ut esset civis Romanus, et praeturam quoque gessisse dicitur.

Wenn jemand einen Gesandten der Feinde geschlagen hat, geht man davon aus, dass dies dem Völkergemeinrecht zuwider begangen wurde, weil die Gesandten für unverletzlich erachtet werden. Und daher ist, wenn Gesandte irgendeines Volkes bei uns sind, wenn der Krieg mit ihnen erklärt wird, gutachtlich geantwortet worden, dass sie frei bleiben: denn nach Völkergemeinrecht besteht Einigkeit, dass dies so sei. Daher pflegte Quintus Mucius gutachtlich zu antworten, dass der, der einen Gesandten geschlagen hat, den Feinden auszuliefern sei, von denen die Gesandten stammten. Wenn die Feinde diesen nicht annehmen, wurde gefragt, ob er ein römischer Bürger bleibe. Gewisse glaubten, dass er es bleibe, andere dagegen, weil das Volk einmal angeordnet hatte, jemanden wegzugeben, sei dieser ersichtlich aus der Bürgerschaft ausgestoßen, so wie man es machte, wenn man Wasser und Feuer verbot. Dieser Meinung war ersichtlich Publius Mucius. Dies aber ist in höchstem Maße bestritten worden bezüglich Hostilius Mancinus, den die Numantiner nicht als ihnen ausgeliefert angenommen haben. Diesbezüglich ist später ein Gesetz erlassen worden, dass er römischer Bürger sei, und es wird gesagt, dass er auch eine Prätur bekleidet hat.

Zunächst wird der Fall geschildert, dass ein – nach dem *ius gentium*, dem Völkergemeinrecht, als unverletzlich (*sanctus*)⁴¹ geltender – *legatus* einer fremden Völkerschaft durch einen Römer verletzt wurde (*pulsasset*). Ausgeführt wird, dass derartige Gesandte⁴² auch nach erfolgter Erklärung des Kriegs mit der diese entsendenden Völkerschaft frei blieben. Insofern sei der Täter, wie schon Quintus Mucius respondierte habe, den Feinden auszuliefern. Ein Problem ergab sich nun in dem Fall, dass der *deditus* von den *hostes* nicht angenommen wurde und sodann wieder auf römisches Territorium zurückkehrte. Die Frage war, „an civis Romanus maneret“ – war dieser immer noch römischer Bürger? Einige Juristen (*quidam*) waren der Ansicht, das römische Bürgerrecht sei nicht erloschen;⁴³ die Gegenansicht, unter anderem von Publius Mucius (Scaevola) vertreten, berief sich darauf, dass dieser durch einen einseitigen Akt,⁴⁴ durch Beschluss der Volksversammlung ausgeliefert wurde, also ersichtlich aus der Bürgerschaft aus-

⁴¹ Dazu Plescia, RIDA 41 (1994), 301, 317; D'Amati, Civis, 45.

⁴² D'Amati, Civis, 96 Fn. 283 spricht von einem „ambasciatore“.

⁴³ Hier könnte die „Vertragstheorie“ (dazu unten bei Fn. 59) gemeint sein; dazu Lehne-Gstreinthalder, Iurisperiti, 92.

⁴⁴ Vgl. Lehne-Gstreinthalder, Iurisperiti, 100.

gestoßen sei, „so wie man es machte, wenn man Wasser und Feuer verbot“.⁴⁵ Sodann wendet sich Pomponius dem prominenten Fall des Hostilius Mancinus zu, in dem dieser Streit praktisch relevant wurde. In diesem Fall wurde letztlich eine spezielle *lex* erlassen, die Mancinus das römische Bürgerrecht wieder verlieh – eine solche *lex de civitate* musste ebenfalls von der Volksversammlung beschlossen werden, war also gleichsam *actus contrarius* zur zuvor vom Volk erklärten *deditio*. Diesem Akt sollte allerdings – anders als einem Fortbestehen bzw. Wiederaufleben des Bürgerrechts nach dem in der Quelle nicht erwähnten *ius postliminii* – lediglich *ex nunc*-Wirkung zukommen. Dies folgt aus dem Passus am Ende des Fragments, dass Hostilius Mancinus, der zuvor ja bereits den *cursus honorum* mit dem Konsulat bis zur Spitze durchlaufen hatte, später (noch einmal) eine Prätur bekleidete.⁴⁶

Auch in einem weiteren Digestenfragment – verortet von den Kompilatoren im Titel D. 49, 15, *De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus* – klingt möglicherweise⁴⁷ die geschilderte Kontroverse an. Hier findet sich auch eine Verknüpfung mit dem *postliminium*, MOD. 3 reg. D. 49, 15, 4:

Eos, qui ab hostibus capiuntur vel hostibus deduntur, iure postliminii reverti antiquitus placuit. an qui hostibus deditus reversus nec a nobis receptus civis Romanus sit, inter Brutum et Scaevolam varie tractatum est: et consequens est, ut civitatem non adipiscatur.

Dass diejenigen, die von Feinden gefangen oder den Feinden ausgeliefert wurden, nach dem *ius postliminii* zurückkehren, wurde von alters her für richtig erachtet. Ob derjenige, der den Feinden ausgeliefert wurde und zurückgekehrt ist, aber von uns nicht wieder aufgenommen wurde, römischer Bürger ist, ist zwischen Brutus und Scaevola widersprechend abgehandelt worden. Und es ist folgerichtig, dass er das Bürgerrecht nicht erlangt.

Behandelt wird auch in dieser Quelle die Juristenkontroverse, ob das *ius postliminii* auch für diejenigen gilt, die als *dediti* wieder auf römisches Territorium zurückgekehrt sind. Es fällt auf, dass der vergeblich Ausgelieferte „nec a nobis receptus“ sein soll, d.h. wohl von den Römern nicht wieder aufgenommen wurde.⁴⁸ Insofern steht dieser Passus bei Modestin auf erste Sicht im Widerspruch zu den anderen zitierten Quellen, die von einer Nichtannahme durch die *hostes* aus-

⁴⁵ Die *intdictio aqua et igni* findet sich in zahlreichen Rechtsquellen, etwa in GAI. 1, 90, 128 und 161. Zu dieser Art des Verlusts des Bürgerrechts etwa Wieacker, Die röm. Juristen, in: FG Lübtow, 183, 206 mit Fn. 133; Guarino, Coerenza, 105; Crifò, Sul caso, in: Studies Schiller, 19, 27.

⁴⁶ Dazu Wieacker, Die röm. Juristen, in: FG Lübtow, 183, 207; Baumann, RIDA 25 (1978), 223, 226 mit Fn. 18; Cursi, Struttura, 69; Liebs, Bellum iustum, in: FS Behrends, 305, 314; Indra, Status quaestio, 42.

⁴⁷ Vgl. Cursi, Struttura, 65: „probabilmente“.

⁴⁸ Darauf macht auch Cursi, Struttura, 65 f. aufmerksam.

gehen – hier könnte entweder ein Missverständnis vonseiten Modestins⁴⁹ oder der Kompilatoren vorliegen oder aber auf die noch nicht erlassene *lex de civitate* zur „Wiedereinbürgerung“ angespielt werden.⁵⁰ Ernst Levy deutet die Frage, indem er zwischen dem Verlust der Freiheit, der nur bei Annahme des *deditus* durch die Feinde erfolgt, und Verlust des Bürgerrechts differenziert, für den „die Republik auch dann souverän zuständig sei, wenn nach dem ursprünglichen Sinn des zugrunde liegenden Tatbestandes die Mitwirkung eines nichtrömischen Staates unerlässlich schien“.⁵¹

Die Formulierung der Frage, „an ... civis Romanus sit“, deutet darauf hin, dass der im Fragment geschilderte Streit sich darum drehte, ob nicht nur die Freiheit, sondern auch das römische Bürgerrecht des Zurückgekehrten aufgrund des *ius postliminii* fortbesteht bzw. wiederauflebt.⁵² Die Antipoden in dieser Kontroverse waren laut Modestin (Marcus Iunius) Brutus⁵³ und (Publius Mucius) Scaevola.⁵⁴ Das von Modestin für folgerichtig (*consequenter*)⁵⁵ erachtete Ergebnis ist, dass der Zurückgekehrte das Bürgerrecht nicht (automatisch) wiedererlangt („civitatem non adipiscatur“); die von Pomponius abschließend erwähnte Möglichkeit einer *ad personam* erlassenen⁵⁶ *lex de civitate* ist damit allerdings nicht ausgeschlossen.

b) Ciceros Argumentationsentwurf

Kehren wir zurück zu Cicero und seinem Argumentationsentwurf für die *causa Mancini*. Dieser berühmte Rechtsfall wird von Cicero in *Cic. top.* 37 als „un caso di scuola, una esercitazione astratta“⁵⁷ verwendet: Cicero schildert nicht, wie in diesem Fall argumentiert wurde, sondern wie man – ausgehend von einem etymologischen Argument – als „Verteidiger“ des Mancinus hätte argumentieren können („defendi potest“). Die cause célèbre wird also als Anlass für eine juristische Etüde, eine argumentative Fingerübung genommen. Gezeigt wird, wie man eine etymologische Herleitung zum Ausgangspunkt nehmen und diese in einen Argumentationsstrang einweben kann.

⁴⁹ So Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae* I, 97 und 34; Crifò, Sul caso, in: *Studies Schiller*, 19, 21 und 25.

⁵⁰ So Sertorio, *Prigionia*, 32 Fn. 5 und *Cursi*, *Struttura*, 66 Fn. 95. Zur Frage auch Wieacker, *Die röm. Juristen*, in: *FG Lüntow*, 183, 206.

⁵¹ So Levy, *SZ* 78 (1961), 142, 151 f.

⁵² Indra, *Status quaestio*, 41, folgert daher, dass es sich nicht um einen Freiheitsprozess handelte.

⁵³ So Wieacker, *Die röm. Juristen*, in: *FG Lüntow*, 183, 205; Guarino, *Coerenza*, 102.

⁵⁴ Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae* I, 97, Guarino, *Coerenza*, 102, Fiori, *Homo sacer*, 271 Fn. 428 und *Cursi*, *Struttura*, 66 sprechen sich für Publius Mucius Scaevola aus.

⁵⁵ Zu dem Argumentationstopos der Folgerichtigkeit und der Bezeichnung einer Entscheidung als *consequens* etwa Waldstein, *SZ* 92 (1975), 26, insbesondere 44 f.

⁵⁶ Vgl. Wieacker, *Die röm. Juristen*, in: *FG Lüntow*, 183, 207 Fn. 138.

⁵⁷ *Cursi*, *Struttura*, 65.

In CIC. top. 37 entwirft Cicero die folgende Argumentation: Mancinus sei zwar ausgeliefert⁵⁸ worden (*deditus*), aber von den Feinden nicht angenommen worden. Daher könne er, wieder auf römisches Territorium zurückgekehrt, im Wege des *postliminium* in seine vorherige Rechtsposition als Römer eintreten; denn eine Auslieferung (*deditio*) sei – ebenso wie eine Schenkung (*donatio*) – ohne Annahme (*acceptio*) undenkbar. Franz Horak bezeichnet diese Entscheidungsbegründung in seinem Werk zu den *rationes decidendi* als „ein[e] Art von ‚Vertragstheorie‘, die wir bei Cicero ausgestaltet finden“.⁵⁹ Horak betont ebenfalls treffend, worum es sich bei diesem Argument handelt: „Was in der Topik steht, ist eine Anweisung, mit welchem topos man Mancinus hätte verteidigen können (*ex notatione, ἐτυμολογία*), nämlich aus der etymologischen Definition des *postliminium*, die bei Cicero vorausgeht: *post limen* – Mancinus war ja *post ad idem limen* zurückgekehrt.“⁶⁰

Wie Maria Floriana Cursi dargelegt hat, ist diese Argumentation Ciceros⁶¹ jedoch nicht stringent. Wenn eine *deditio* ohne *receptio* unwirksam sein soll, dann hätte Mancinus sein Bürgerrecht nie verloren, sodass sich die Frage, ob dieses nach dem *ius postliminii* wieder aufleben kann, gar nicht stellte!⁶² In CIC. top. 37 muss sich folglich die auf der – wohl korrekten – Etymologie aufbauende Argumentation in Gestalt von Ciceros „Vertragstheorie“ hinterfragen lassen.

3. Exkurs: Die etymologische Herleitung von *postliminium* in Justinians Institutionen

In Justinians Institutionen findet sich ebenfalls eine etymologische Herleitung von *postliminium*. In I. 1, 12, 5 wird das Problem behandelt, wie sich die Kriegsgefangenschaft des Vaters auf den rechtlichen Status seiner Kinder auswirkt. Dieser befinde sich ob des *ius postliminii* „in der Schwebe“⁶³ (*pendet*). In diesem Zusammenhang wird folgende Etymologie vorgetragen, I. 1, 12, 5:

[...] dictum est autem postliminium a limine et post, et eum qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit postliminio reversum recte dicimus. nam limina sicut in domibus finem quendam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. hinc et limes dictus est quasi finis quidam et terminus. ab eo postliminium dictum quia eodem limine revertebatur quo amissus erat. [...]

⁵⁸ Zu dieser Wortbedeutung Kaser, SZ 87 (1979), 445.

⁵⁹ Horak, *Rationes decidendi*, 240. Auch Wieacker, SZ 94 (1977), 1, 22 Fn. 83, spricht insofern von einer „Vertragstheorie“.

⁶⁰ Horak, *Rationes decidendi*, 240 Fn. 17.

⁶¹ Kornhardt, SDHI 19 (1953), 3, 33, Watson, *Law of Persons*, 246 und Wieacker, *Die röm. Juristen*, in: FG Lübtow, 183, 205 f. erwägen dagegen, ob dieses Argument nicht bereits vom in MOD. 3 reg. D. 49, 15, 4 (dazu sogleich im Text) genannten Juristen Iunius Brutus stammen könnte.

⁶² So Cursi, *Struttura*, 64 f.

⁶³ So Knütel/Kupisch/Lohsse/Rüfner, *Institutionen*, 23 (Rohübersetzung von Knütel).

[...] *postliminium* aber sagt man von *limen* und *post* her, und den, der von den Feinden gefangen wurde und später wieder auf unser Gebiet kommt, nennen wir mit Recht „hinter die Grenze“ (*postliminio*) zurückgekehrt. Denn wie in Häusern die Türschwellen eine gewisse Grenze darstellen, so wollten die *veteres*, dass auch die Grenze des Reichs eine „Türschwelle“ ist. Von daher wird auch der *Limes* gleichsam eine Art von Grenze und Ende genannt. Von daher wird das *postliminium* so genannt, weil er über dieselbe Grenze zurückgekehrt ist, über die er verlustig gegangen war. [...]

Auch hier findet sich also eine etymologische Herleitung, die grundsätzlich der von Cicero dem Scaevola zugeschriebenen, in zwei Wortbestandteile trennenden entspricht.⁶⁴ Ein kleiner, vielleicht wenig bedeutsamer⁶⁵ Unterschied ist, dass die Reihenfolge der Begriffe des Kompositums verkehrt wurde: Cicero spricht von einer Herleitung aus *post* und *limen*, die Institutionen von *limen* und *post*.

Justinians Institutionen ziehen sodann zwei Analogien: eine zu der Türschwelle eines Hauses, auf Lateinisch ebenfalls *limen*, die eine Art Grenze (*finis*) darstellt, die zweite zu den Grenzen des Imperium Romanum. Auch diese stellten eine Art *limen* dar. Man darf sich das Argument vielleicht derart vorstellen, dass genau so, wie der eigene Herrschaftsbereich eines *pater familias* in räumlicher Hinsicht auf seine *domus*⁶⁶ begrenzt war, auch der Herrschaftsbereich des Römischen Reichs durch dessen Grenzen determiniert war. Wenn in der Folge von *limes* die Rede ist, so meint dies nicht den Grenzwall zu den Germanen, sondern, zumal im 6. Jh. n. Chr., die gesamte Reichsgrenze.⁶⁷

Maßgeblich für die Frage des *ius postliminii* ist für Justinians Institutionen die Rückkehr „al di quà dei confini“,⁶⁸ die „idée d'un retour dans les frontières“.⁶⁹ Maßgeblich ist also das Element der Rückkehr über die Grenze, zurück ins römi-

⁶⁴ Vgl. de Visscher, Aperçus, in: FS Koschaker I, 367, 369: „L'explication fournie par les Institutes du Justinien se fonde sur une image, déjà indiquée par Cicéron.“

⁶⁵ Anders wohl Cursi, Struttura, 107: „I compilatori scompongono la parola, sovvertendo l'ordine delle sue componenti: *e limine et post*, a confermare il valore temporale di *post*, ormai del tutto svincolato dal riferimento al materiale superamento del confine.“

⁶⁶ Den besonderen Schutz des Hauses kannte schon Cicero, vgl. Cic. dom. 41: „Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam domus unius cuiusque civium?“ Hier auf zurück geht wohl der berühmte englische Satz „my home is my castle“, vgl. Blackstone, Commentaries, book 4, chapter 16: „And the law of England has so particular and tender a regard to the immunity of a man's house, that it stiles it his castle, and will never suffer it to be violated with impunity: agreeing herein with the sentiments of ancient Rome, as expressed in the works of Tully; *quid enim sanctius, quid omni religione munitius, quam domus unusquisque civium?*“ Siehe auch Broom, Legal maxims, 107. Schon Edward Coke führt in zwei Rechtsfällen die Maxime *domus sua cuique tutissimum refugium* auf, in Semayne's Case (1604; 5 Co. Rep. 91a) und in Lewis Bowle's Case (1615; 11 Co. Rep. 79b).

⁶⁷ Vgl. dazu nur Schallmayer, Limes, 16–32 („Der Limes als Reichsgrenze“).

⁶⁸ So Urso, SDHI 58 (1992), 85, 106.

⁶⁹ Vgl. de Visscher, Aperçus, in: FS Koschaker I, 367, 370 Fn. 14.

sche Herrschaftsgebiet. Paolo Urso hält daher die justinianische Herleitung in einer Gesamtbetrachtung von allen drei auch hier präsentierten etymologischen Herleitungen für „[l]’etimologia migliore“.⁷⁰

Interessant ist, dass sich diese etymologische Herleitung aus Justinians Institutionen in GAI. 1, 129, der Parallelstelle in den Gaius-Institutionen, die dem kaiserlichen Anfängerlehrbuch oft als Vorlage diente und an die auch der Anfang von I. 1, 12, 5 bis zur etymologischen Herleitung sehr eng angelehnt ist, nicht findet. Insofern lässt sich spekulieren, wie die Definition in die Institutionen Justinians gelangt sein mag. Es könnte sich um eine Zutat der Kompilatoren handeln, gegebenenfalls im Wissen um den Passus in Ciceros *Topica*. Ebenso könnte es sich um die vorjustinianische Glosse eines Cicero-Kundigen in dem von den Kompilatoren genutzten Exemplar der Gaius-Institutionen handeln.⁷¹ Vorlage für diese Etymologie könnte aber natürlich auch eines der anderen Werke gewesen sein, auf die die Kompilatoren Justinians zurückgegriffen haben, etwa die Institutionen Marcians, Florentins, Ulpian oder Paulus’ oder die Kommentare der Digestenjuristen.⁷² Der an der Erstellung der justinianischen Institutionen beteiligte konstantinopolitanische Rechtsprofessor Theophilus bringt diese lateinische Etymologie jedenfalls ebenfalls in seiner griechischen Institutionenparaphrase am Ende von Paraphr. Inst. 1, 12, 5.⁷³

C. Die *coniugatio* und das Beispiel der *actio aquae pluviae arcendae*

Wenn Cicero unmittelbar im Anschluss an die Ausführungen zur *notatio* in CIC. top. 38 den Topos der Argumentation *ex affectis rebus* behandelt, wird ferner noch eine der Etymologie eng verwandte Argumentationsfigur präsentiert.⁷⁴ CIC. top. 38:

[...] cuius est primus locus ex coniugatione, quam Graeci συζυγίαν vocant, finitimus notationi, de qua modo dictum est; ut, si aquam pluviam eam modo intellege-

⁷⁰ So Urso, SDHI 58 (1992), 85, 106.

⁷¹ Vgl. insofern Schlerath, Bemerkungen, in: Münchener Studien zur Sprachwissenschaft, 58, 68 bezüglich der in den Digesten überlieferten Etymologien des Gaius: „Alle aufgeführten Etymologien des Gaius, vor allem die, bei denen eine spätclassische Parallele vorliegt, stehen in dem dringenden Verdacht glossematische Zusätze zu sein. [...] Sicher sind sie nicht justinianisch.“

⁷² Vgl. die die Institutionen Justinians einleitende Const. Imp. 6: „Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum aliisque multis commentariis compositas [...]“. Zu diesen weiteren Vorlagen nur Knütel, in: Knütel/Kupisch/Lohsse/Rüfner (Hrsg.), Institutionen, 281, 284. Insbesondere zu Gaius noster etwa Behrends, Gaius noster, in: FS Knütel, 77–102 und Willems, Quod certatum est, in: Das Röm. Recht, 71, 73–75.

⁷³ Ferrini, Institutionum Graeca paraphrasis I, 59, Z. 23–25: „ἐξοῖται δὲ postliminon a limine et post, τουτέστιν ἀπὸ τοῦ οὐδοῦ καὶ τοῦ μετὰ ταῦτα.“

⁷⁴ Dazu Carcaterra, Definizioni, 98 f.

remus, quam imbri conlectam videremus, veniret Mucius, qui, quia coniugata verba essent ‚pluvia‘ et ‚pluendo‘, diceret omnem aquam oportere arceri, quae pluendo crevisset.

Sein erster Unterpunkt ergibt sich aus der Verwandtschaft (*coniugatio*), die die Griechen συζυγία („Zusammenfügung“) nennen, sehr nahe verwandt mit der Etymologie (*notatio*), von der soeben die Rede war. Wie, wenn wir als „Regenwasser“ (*aqua pluvia*) nur das verstehen wollten, das wir durch einen Regenguss gesammelt sehen, Mucius käme, der, weil die Worte *pluvia* („Regen-“) und *pluendo* („durch Regnen“) verwandt seien, sagen würde, dass man alles Wasser fernhalten dürfe, das durch Regen entstanden ist.

Der erste Unterpunkt des „Argumentationstopos, der aus solchen Sachverhalten besteht, die zu dem, über das gezweifelt wird, in irgendeiner Weise Bezug haben,“ („locus, qui constat ex eis rebus, quae quodam modo adfectae sunt ad id, de quo ambigitur“) ist der der Verwandtschaft (*coniugatio*). Wenn Cicero auch hier im Wege emblematischen Codewechsels⁷⁵ („quam Graeci συζυγίαν vocant“) auf den Terminus Technicus συζυγία („Zusammenfügung“) recurriert, verwendet er einen Begriff, den auch Aristoteles in seiner Topik im Anschluss an seine Behandlung der Etymologie in ARIST. Top. 112a32–36 verwendet, namentlich in ARIST. Top. 113a12, dort allerdings mit völlig anderer Bedeutung.⁷⁶

Cicero erläutert den Topos der Verwandtschaft (*coniugatio*) mit einem Beispiel zur Regenwasserabwehrklage, der *actio aquae pluviae arcendae*.⁷⁷ Auch diese entstammt wie schon das Beispiel vom *assiduus* dem Recht der Zwölf Tafeln, namentlich wohl Tafel VII;⁷⁸ angeknüpft wurde, wie uns noch die Digesten überliefern, an den Tatbestand „si aqua pluvia nocet“.⁷⁹ Die juristische Fragestellung betrifft den Punkt, ob von dieser Klage nur unmittelbar auf das Grundstück fallendes Regenwasser umfasst ist oder auch sonstiges, ursprünglich aus Regenfällen stammendes Wasser, das sich etwa irgendwo gesammelt bzw. aufgestaut hat und dann auf das Nachbargrundstück fließt. Die schon von Cicero geschilderte

⁷⁵ Vgl. dazu generell Babusiaux, Quod Graeci, in: Essays Sirks, 35–59.

⁷⁶ In dem Passus bei Aristoteles heißt es: „καθ' ἐκάστην γὰρ συζυγίαν τὸ μὲν αἰρετὸν τὸ δὲ φευκτόν, καὶ τὸ μὲν ἐπεικούς ἔθους τὸ δὲ φαύλου.“ In diesem Kontext bedeutet συζυγία also keineswegs „Verwandtschaft“, sondern eher „Zusammenfügung“ im Sinne von „Satz“. Schon *Riposati*, Studi, 93 mit Fn. 1 weist darauf hin, dass Aristoteles den Begriff „in altro senso“ verwende: „Aristotele [...] mai usa il termine συζυγία nel senso tipico ciceroniano. La sua terminologia tecnica oscilla variamente fra σύστοιχα [Arist. Rhet. 2.23 1397a 20] e πτώσεις [Arist. Top. 2.9 114a]“.

⁷⁷ Zu dieser etwa *Seyed-Mahdavi Ruiz*, Regelungen, 72 f.; *Möller*, Servituten, 78–81 und 293–298; *Möller*, Römischrechtliche Regelungskonzepte, in: Wasser – Wege – Wissen, 9–34.

⁷⁸ *Behrends*, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 235; *Möller*, Servituten, 80 f.; *Möller*, Römischrechtliche Regelungskonzepte, in: Wasser – Wege – Wissen, 9, 11; *Kaser/Knütel/Lohsse*, RPR, § 33 Rn. 16.

⁷⁹ So das wörtliche Zitat bei POMP. 7 Plaut. D. 40, 7, 21: „[...] sic et verba legis duodecim tabularum veteres interpretati sunt ‚si aqua pluvia nocet‘, id est ‚si nocere poterit‘ [...]“. Dazu *Behrends*, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 237.

juristische Kontroverse⁸⁰ klingt noch in einem in den Digesten überlieferten Fragment aus Ulpians Ediktskommentar an, ULP. 53 ed. D. 39, 3, 1 pr.:

Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. aquam pluviam dicimus, quae de caelo cadit atque imbre excrescit, sive per se haec aqua caelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit.

Wenn jemandem durch Regenwasser ein Schaden zugefügt wird, kann das Wasser mit der „Regenwasserabwehrklage“ (*actio aquae pluviae arcendae*) ferngehalten werden. „Regenwasser“ (*aqua pluvia*) nennen wir, was vom Himmel fällt und aus einem Regenguss emporwächst, sei es, dass dieses vom Himmel stammende Wasser für sich selbst genommen (*per se*) schade, wie Tubero sagt, sei es, dass es mit anderem vermischt sei.

Nach Ulpian umfasst *aqua pluvia* im Sinne der *actio aquae pluviae arcendae* jegliche *aqua caelestis*, also im weitesten Sinne vom Himmel stammendes, „himmlisches“ Wasser, egal, ob für sich genommen schadenbringend oder in Kombination mit anderen Wassermassen, wenn etwa ein Bach aufgrund von Regen über die Ufer tritt.⁸¹ Ulpian versteht *aqua pluvia* also in dem umfassenden Sinne, in dem Cicero Quintus Mucius Scaevola die Argumentation zumindest unterstellt.

Tubero war Ulpian zufolge wohl der von Cicero genannten Meinung, dass die Klage nur das Regenwasser im engeren Sinne umfasse.⁸² Alan Watson ist ferner

⁸⁰ Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 236 geht diesbezüglich von einem Streit zwischen einer „klassisch-restriktiven Theorie [...]“, die nur noch für Wasser haften lässt, das durch ein *opus manu factum* anders fließt, als es von Natur aus fließen würde“, und einem „naturrechtlichen Pflichtenbegriff], der nicht Gegenstände klassifiziert, sondern menschliches Verhalten leiten will“ aus.

⁸¹ Vgl. Gerkens, TR 63 (1995), 11, 12.

⁸² Dies dürfte sich aus der syntaktischen Stellung des *ut Tubero ait* zwischen den beiden *sive*-Sätzen ergeben. Dass eine namentliche Zuschreibung zwischen zwei mit *sive* eingeleiteten Gliedern steht, ist den Digesten ansonsten fremd; werden einem Juristen beide *sive*-Teile zugeschrieben, wird dieser vor oder hinter beiden genannt. Siehe für Ulpians Ediktskommentar etwa ULP. 11 ed. D. 4, 3, 7, 3 („[...] ait Labeo, sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem [...]“), 15 ed. D. 5, 3, 16, 5 („Idem Iulianus ait, sive quis possidens sive non rem venderit, petitione hereditatis eum teneri, sive iam pretium recepit sive petere possit, ut et hic actionibus cedat“), 18 ed. D. 9, 2, 7, 7 („Sed si quis de ponte aliquem praecipitavit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit aut continuo submersus est aut lassatus vi fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri, quemadmodum si quis puerum saxo inlisset“), 29 ed. D. 15, 3, 5, 1 („Idem [= Pomponius] ait, sive ratum habeat servi contractum dominus sive non, de in rem verso esse actionem“) oder 31 ed. D. 17, 1, 12, 5 („Si filio familias mandavi, ut pro me solveret, patrem, sive ipse solverit sive filius ex peculio, mandati acturum Neratius ait, quod habet rationem: nihil enim mea interest, quis solvat“).

So im Ergebnis auch Watson, Law of property, 157; Rodger, TR 38 (1970), 417, 422 f.; Sitzia, Ricerche, 149; Seyed-Mahdavi Ruiz, Regelungen, 75 Fn. 317; Möller, Römischrechtliche Regelungskonzepte, in: Wasser – Wege – Wissen, 9, 17. Dagegen vertritt Schönbauer, SZ 54 (1934), 233, 238, dass trotz des Einschubs beide *sive*-Fälle von Tubero befürwortet worden seien.

der Ansicht, diese Meinung habe nicht nur Tubero, sondern auch Gaius Trebatius Testa, dem die *Topica* gewidmet sind, so vertreten – in diesem Sinne sei die Verwendung der Verbformen in der ersten Person Plural in *Cic. top.* 38, *intellegeremus* und *videremus*, zu verstehen.⁸³ Doch dies ist keineswegs zwingend.⁸⁴ Eine andere Erklärung für die Verwendung des Plurals kann auf eine These von Okko Behrends, der auch seine Schüler Schahin Seyed-Mahdavi Ruiz und Cosima Möller folgen, aufbauen: Behrends zufolge soll die von Cicero vorgebrachte Ansicht bereits auf Servius Sulpicius Rufus zurückzuführen sein.⁸⁵ In diesem Fall würde in *Cic. top.* 38 wie schon in *Cic. top.* 36f. auf eine Kontroverse zwischen Quintus Mucius Scaevola und Servius rekurriert. Dazu würde es passen, wenn Cicero, der Servius in *Cic. top.* 36 als *Servius noster* bezeichnet, sich ihm auch in *Cic. top.* 38 in der ersten Person Plural anschließt.

Cicero gibt die – „veniret Mucius“, folglich hypothetische?⁸⁶ – Argumentation von Quintus Mucius Scaevola wieder, aufgrund der Wortverwandtschaft der *verba coniugata pluvia* („Regen-“) und *pluendo* („durch Regnen“) sei jegliches Wasser umfasst, das im weitesten Sinne „durch Regnen“ entstanden ist (*pluendo crevisset*). Argumentiert wird hier, um einen Begriff zu erläutern, nicht mit der etymologischen Bedeutung des Begriffs selbst, sondern mit dessen Wortverwandtschaft (*coniugatio*) zu einem anderen Begriff.⁸⁷

⁸³ Watson, Law of property, 156.

⁸⁴ Ebenfalls skeptisch Rodger, TR 38 (1970), 417, 427: „we can probably not put much faith in the force of the first person plural – it may be quite general and not really hint at Trebatius’ views at all“. Stilistisch hervorragend ist es, wie Rodger dies en passant ebenfalls mit einem in der ersten Person Plural formulierten Satz unterstreicht.

⁸⁵ Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 239–241; Seyed-Mahdavi Ruiz, Regelungen, 74; Möller, Römischrechtliche Regelungskonzepte, in: Wasser – Wege – Wissen, 9, 18.

⁸⁶ Rodger, TR 38 (1970), 417, 425 hält die gesamte Diskussion für fiktiv: „the point is that the discussion is fictitious – though the legal issue is undoubtedly genuine – and Quintus Mucius’ intervention in it is as fictitious as the rest. Cicero is putting words into his mouth – but with perfect good faith, since he makes it plain that the example is fictitious and anyway the words are quite reasonable. [...] The imperfect subjunctives make the hypothetical nature of the discussion clear – of course, Quintus Mucius could not intervene in person for the good reason that he had been dead for almost forty years“.

Für eine tatsächliche Entscheidung und Begründung durch Quintus Mucius Scaevola dagegen Coing, Zur Methodik, in: St. Arancio-Ruiz I, 365, 374 („die Feststellung, die nach Cicero Q. Mucius [...] getroffen hat“), Watson, Law of property, 156 mit Fn. 1, Sitzia, Ricerche, 151 („Cicerone, riportando il pensiero [...] di Mucio“), Seyed-Mahdavi Ruiz, Regelungen, 73 („die Meinung des Mucius“), Reinhardt, Topica, 283, Möller, Servituten, 297 Fn. 296 und Römischrechtliche Regelungskonzepte, in: Wasser – Wege – Wissen, 9, 15.

Zum möglicherweise dahinterstehenden Witz – „Mucius, der Theoretiker der Quellbegriffe, wird mit einem Beispiel kritisiert, in dem die von einem Quellprinzip hergeleiteten Pflichten sich gerade mit den Wirkungen des feuchten Elementes beschäftigen“ – Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 236.

⁸⁷ Vgl. Rodger, TR 38 (1970), 417, 423.

Dabei erscheint das Argument, *pluvialis* sei verwandt mit *pluendo* und müsse daher weit verstanden werden, allerdings nicht sonderlich überzeugend. Dies gilt insbesondere, da an dieser Stelle mit einer Wortverwandtschaft zur Gerund-Form argumentiert wird.⁸⁸ Etymologien durch die Verbindung von *a/ab* und Gerundium finden sich zwar bereits im obigen Beispielsfall in Cic. top. 10, *assiduus* komme *ab asse dando*, und auch ansonsten zahlreich in den Rechtsquellen;⁸⁹ dahinter steht womöglich, dass im Lateinischen oft Präposition und Gerundium stehen, wenn moderne romanische Sprachen Präposition und Infinitiv verwenden.⁹⁰ Bei *pluendo* fehlt jedoch gerade die Präposition, das Gerundium steht isoliert. Der isolierte Ablativ des Gerundiums wurde in Ciceros Zeiten jedoch nicht selten anstelle des Partizip Präsens verwendet.⁹¹ Egal, ob man diese Form nun kausal, instrumental, modal, temporal oder konditional⁹² versteht – besonders oft hat das isoliert stehende Gerundium im Ablativ eine zugleich temporale und modale Bedeutung⁹³ –, dürfte der Bezug auf die Wortverwandtschaft gerade zum (ggf. das Partizip Präsens Aktiv ersetzenden) Gerundium in diesem Kontext allerdings vielmehr für die engere Gegenauffassung streiten, die einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vorgang des Regnens fordert. Im Sinne dieser Gegenansicht lesen wir etwa in Ovids Metamorphosen von Regenwasser (*aqua pluvia*), das zu Sturzbächen (*rivi*) wird.⁹⁴ Cicero zeigt hier also auf, wie man – wohl vergeblich – versuchen könnte, gegen seine eigene, enge Auffassung zu argumentieren. Der Fall zeugt damit von einer gewissen Polemik gegen Quintus Mucius Scaevola und seine Art des Argumentierens, die vor den Augen der Leser der *Topica* keinen Bestand haben dürfte. Wie schon in Ciceros Darstellung der

⁸⁸ Wichtig ist hier die Verwandtschaft zur Gerundform, nicht – wie teils angenommen – zum Infinitiv. Dies bemerkt zu Recht Rodger, TR 38 (1970), 417, 423 gegen Coing, Zur Methodik, in: St. Arango-Ruiz I, 365, 374.

⁸⁹ Etwa in I. 4, 1, 2 (= PAUL. 39 ed. D. 47, 2, 1): *furtum a (au-)ferendo*; I. 4, 4 pr. (= ULP. 56 ed. D. 47, 10, 1): *contumelia a contemnendo*; ULP. l. s. spons. D. 23, 1, 2: *sponsalia a spondendo*; ULP. 68 ed. D. 43, 12, 1, 13: *statio a stando*; ULP. 37 ed. D. 47, 3, 1, 1: *tigna a tegendo*; PAUL. 59 ed. D. 50, 16, 57: *magistros a monendo*; ULP. 43 ed. D. 50, 16, 194: *donum a donando* (dazu auch Ehmer, in diesem Band, 144 Fn. 120); ALF. 2 dig. D. 50, 16, 202: *praevaricatores a varicando*.

⁹⁰ Hofmann/Szantyr, Grammatik II, 369 ff. mit Verweis auf das Beispiel *difficile ad faciendum*, wenn es im Französischen *difficile à faire* hieße; ebenso schon Kühner, Grammatik II.1, 563 mit Beispielen in Anm. 1.

⁹¹ So Kühner, Grammatik II.1, 564 in Anm. 3. Womöglich handelt es sich an dieser Stelle auch um einen den Infinitiv ersetzenden *ablativus causae*; zu dieser grammatikalischen Möglichkeit Hofmann/Szantyr, Grammatik II, 379 f.

⁹² Vgl. dazu Kühner, Grammatik II.1, 561 f.

⁹³ So Kühner, Grammatik II.1, 562.

⁹⁴ Ov. met. 8, 334 f: „*concava vallis erat, quo se demittere rivi adsuerant pluvialis aquae*.“ Weitere Nachweise bei Hoffmann, s.v. *pluvialis*, ThLL 10.1.2, 2470,62, 2471,31–54.

berühmten *causa Curiana*,⁹⁵ so wird auch hier die Argumentation des Quintus Mucius Scaevola, den Cicero auch in *Cic. top.* 37 als *Scaevola Publii filius* über seinen Vater als Jurist (nur) qua Familientradition definiert,⁹⁶ gleichsam mit einem Augenzwinkern vorgeführt.

D. Fazit

Einen Rechtsstreit gewinnt man nicht nur durch Rechtskenntnisse. Vielmehr muss die eigene rechtliche Position auch entsprechend vor Gericht präsentiert werden.⁹⁷ Dies gilt umso mehr für Prozesse, die – wie in Ciceros Zeiten – öffentlich, vor einem Auditorium von Schaulustigen ausgetragen wurden.⁹⁸ Gerade in einem solchen Szenario war es wichtig, Argumente zu verwenden, die auch Laien nachvollziehen konnten, zumal die Richter sich mitunter von der Stimmung der Zuschauer mitreißen ließen.⁹⁹ Yasmina Benferhat folgert daraus: „the best jurist will be defeated by the orator who has learned just enough law to seem keen on it“.¹⁰⁰ Dies war, wie Jill Harries schreibt, Cicero bewusst: „If law was not on his side, he had other weapons.“¹⁰¹ Das Werfen von Nebelkerzen etwa konnte die Aufmerksamkeit von der Schwäche des eigenen Standpunkts ablenken und eine Diskussion eröffnen, die die Gunst des Publikums auf die Seite desjenigen ziehen konnte, der in rechtlicher Hinsicht die schlechteren Karten hatte.¹⁰² Auch in diesem Kontext ist womöglich die *notatio*, die Etymologie, als Argumentationstopos zu sehen. Dass Ciceros juristische Ausführungen zur „Vertragstheorie“ beim *postliminium* in *Cic. top.* 37 ebenso wenig überzeugen können wie sich der Sache nach das von ihm in *Cic. top.* 38 befürwortete Verständnis der *aqua pluvia* durchsetzen konnte, zeigt aber, dass es letztlich beides braucht: Juristisch schlagende Argumente, ansprechend verpackt.

⁹⁵ Auch hier lässt Cicero in seiner Darstellung den hölzernen mit dem Wortlaut argumentierenden Quintus Mucius Scaevola schlecht aussehen gegenüber dem rhetorisch gewandten, auf den mutmaßlichen Erblasserwillen schauenden Lucius Licinius Crassus, der nicht zuletzt mit rednerischen Spitzen gegen Scaevola die Gunst des Publikums vor dem Zentumviralgericht gewinnen kann. Dazu aus der neueren Literatur Harries, *The Law*, in: *Cambridge Companion*, 107, 109; *Tellegen-Couperus/Tellegen*, *Reading a Dead Man's Mind*, in: *Cicero's Law*, 26, 32–35; *Schilling*, *Die Auslegung*, in: *Acta diurna*, 159, 160 f. Zum Fall in diesem Band auch *Baier*, in diesem Band, 54 f.

⁹⁶ Dazu generell auch *Benferhat*, *Cicero and the Small World*, in: *Cicero's Law*, 71, 75.

⁹⁷ *Harries*, *Cicero and the Law*, in: *Cicero the Advocate*, 147, 151 spricht insofern treffend von „connection of the issue of legal expertise with forensic effectiveness“.

⁹⁸ Vgl. dazu *Harries*, *Cicero and the Law*, in: *Cicero the Advocate*, 147, 149.

⁹⁹ So *Harries*, *Cicero and the Law*, in: *Cicero the Advocate*, 147, 149.

¹⁰⁰ *Benferhat*, *Cicero and the Small World*, in: *Cicero's Law*, 71, 75.

¹⁰¹ *Harries*, *Cicero and the Law*, in: *Cicero the Advocate*, 147, 158.

¹⁰² *Harries*, *Cicero and the Law*, in: *Cicero the Advocate*, 147, 158 nennt dies „fooling the judges“ und „creation of red herrings“.

Cicero geht es in den analysierten Fällen primär darum, aufzuzeigen, wie man unter Verwendung des Topos der Etymologie im Prozess *lege artis* argumentieren könnte. Insofern liegt der Fokus weniger auf dem Ergebnis als auf dem Begründungsweg.¹⁰³ Die gegebenen Beispiele zeigen dabei Potential und Grenzen dieses Argumentationstopos zugleich auf: Im Falle des *assiduus* in Cic. top. 10 wird ein obskurer Rechtsbegriff aus dem archaischen Zwölftafelrecht auch für den juristischen Laien nachvollziehbar erklärt. Die Argumentation mit der etymologischen Herleitung von *postliminium* in Cic. top. 37, die Quintus Mucius Scaevola zugeschrieben wird, kann laut Cicero dem Schulfall der *causa Mancini* eine überzeugende Lösung geben. Zugleich wird mit der etymologischen Herleitung von *postliminium* in Cic. top. 36, die Cicero Servius Sulpicius Rufus zuschreibt, ein Beispiel gegeben für eine nicht überzeugende Etymologie, bei der das Wort fast aller Silben beraubt wird. Hierüber scherzt der „Tullier“ Cicero, dass dann auch *-tullium* keine Bedeutung mehr hätte. Zudem unterstellt er Quintus Mucius bezüglich der *aqua pluvia* in Cic. top. 38 ein der Etymologie nahestehendes Argument der Wortverwandtschaft, das schon auf erste Sicht eher gegen die von diesem vertretene Ansicht streitet. Insofern wird deutlich, dass Vorsicht geboten ist, was Cicero selbst am Ende von Cic. top. 35 bemerkt: Mit der *notatio*, dem etymologischen Argument, sollte man nicht operieren, wenn die tatsächlich intendierte Bedeutung auf der Hand liegt.

Literaturverzeichnis

- Amirante*, Luigi: *Captivitas e postliminium*, Neapel 1950
- Babusiaux*, Ulrike: *Quod Graeci ... vocant – Emblematischer Codewechsel in den Juristenschriften*, in: Hallebeek, Jan/Schermaier, Martin Josef/Fiori, Roberto/Metzger, Ernest/Coriat, Jean-Pierre (Hrsg.), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 35–59
- Babusiaux*, Ulrike: *Funktionen der Etymologie in der juristischen Literatur*, *Fundamina* 20 (2014) 39–60
- Babusiaux*, Ulrike: *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, 2. Aufl., Köln u. a. 2021
- Baier*, Thomas: *Werk und Wirkung Varros im Spiegel seiner Zeitgenossen. Von Cicero bis Ovid*, Stuttgart 1997
- Baumann*, Richard A.: *Five Pronouncements by P. Mucius Scaevola*, *RIDA* 25 (1978), 223–245
- Bayer*, Karl (Hrsg.): *M. Tullius Cicero, Topica: Die Kunst, richtig zu argumentieren. Lateinisch und deutsch*, München u. a. 1993
- Behrends*, Okko: *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie*, in: Behrends, Okko/Sellert, Wolfgang (Hrsg.), *Nomos und*

¹⁰³ In diesem Sinne auch zu Cic. top. 38 *Rodger*, TR 38 (1970), 417, 425.

Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, Göttingen 1995, 135–249

Behrends, Okko: Servius Sulpicius Rufus, in: Stolleis, Michael (Hrsg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, München 1995, 562 f.

Behrends, Okko: Gaius noster, in: Altmeyden, Holger/Reichard, Ingo/Schermaier, Martin Josef (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, 77–102

Behrends, Okko: Servius' Tat – eine kopernikanische Wende? Eine Überprüfung anhand der Urteile Ciceros, in: Möller, Cosima/Avenarius, Martin/Meyer-Pritzl, Rudolf (Hrsg.), *Das Römische Recht – eine sinnvolle, in Auguralreligion und hellenistischen Philosophien wurzelnde Rechtswissenschaft? Forschungen von Okko Behrends in Vorträgen und Repliken revisited: Symposium zu Ehren von Okko Behrends am 31. Mai und 1. Juni 2019 im Sitzungsraum der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen in der Aula der Universität Göttingen*, Berlin u. a. 2020, 151–182

Benferhat, Yasmina: Cicero and the Small World of Roman Jurists, in: du Plessis, Paul J. (Hrsg.), *Cicero's Law. Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh 2016, 71–87

Blackstone, William: *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1769

Bona, Ferdinando: Sulla fonte di Cicero, de oratore, 1, 56, 239–240 e sulla cronologia dei decem libelli di P. Mucio Scevola, *SDHI* 39 (1973), 425–480

Braukmann, Michael: *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen 2008

Bremer, Franz Peter: *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, Bd. 1, Leipzig 1896

Broom, Herbert: *A selection of legal maxims, classified and illustrated*, Philadelphia 1845

Carcaterra, Antonio: *Le definizioni dei giuristi romano. Metodo mezzi e fini*, Neapel 1966

Ceci, Luigi: *Le etimologie dei giureconsulti romani*, Rom 1966

Chevreau, Emanuelle: Étymologie juridique et regula iuris, *RIDA* 61 (2014), 29–45

Coing, Helmut: Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz: Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung, in: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Bd. 1, Neapel 1953, 365–388

Crawford, Michael: *Roman Statutes*, Bd. 2, London 1996

Crifò, Giuliano: Sul caso di C. Ostilio Mancino, in: Bagnall, Roger S./Harris, William V. (Hrsg.), *Studies in Roman law in memory of A. Arthur Schiller*, Leiden 1986, 19–32

Cursi, Maria Floriana: *La struttura del postliminium nella repubblica e nel principato*, Neapel 1996

D'Amati, Laura: *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, Mailand 2004

De Iuliis, Federica: ‚Pignus appellatum a pugno‘. Una questione etimologica e di palinogenesi decemvirale, *Legal Roots* 2 (2013), 245–319

- de Visscher*, Fernand: Aperçus sur les Origines du Postliminium, in: Festschrift Paul Koschaker, Weimar 1939, Bd. 1, 367–385
- Düll*, Rudolf: Das Zwölftafelgesetz: Texte, Übersetzungen und Erläuterungen, 7. Aufl., Berlin 1995
- Ferrini*, Contardo: Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgato tributa, Bd. 1, Berlin 1884
- Fiori*, Roberto: Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa, Neapel 1996
- Fiori*, Roberto: Il processo privato, in: Cursi, Maria Floriana (Hrsg.), XII Tabulae – Testo e commento, Bd. 1, Neapel 2013, 45–150
- Flach*, Dieter: Das Zwölftafelgesetz, Darmstadt 2004
- Forschner*, Benedikt: Die Einheit der Ordnung: Recht, Philosophie und Gesellschaft in Ciceros Rede Pro Milone, München 2015
- Georges*, Karl Ernst: Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, 8. Aufl., Bd. 2, Hannover 1918 (Nachdr. Darmstadt 1998)
- Gerkins*, Jean-François: Exegèse de Paul. D. 39, 3 (de aqua et aquae pluviae arcendae), 2, 6, TR 63 (1995), 11–26
- Guarino*, Antonio: La coerenza di Publio Mucio, Neapel 1981
- Harries*, Jill: Cicero and the jurists: from citizens' law to the lawful state, London 2006
- Harries*, Jill: Cicero and the Law, in: Powell, Jonathan/Paterson, Jeremy (Hrsg.), Cicero the Advocate, Oxford 2008, 147–163
- Harries*, Jill: The Law in Cicero's Writings, in: Steel, Catherine (Hrsg.), The Cambridge Companion to Cicero, Cambridge 2013, 107–121
- Harries*, Jill: Servius, Cicero and the res publica of Justinian, in: du Plessis, Paul J. (Hrsg.), Cicero's Law. Rethinking Roman Law of the Late Republic, Edinburgh 2016, 123–141
- Hoffmann*, Manfred: s. v. pluvialis, in: ThLL 10.1.2 (2007), 2470,62–2471,59
- Hofmann*, Johann Baptist/*Szantyr*, Anton: Lateinische Grammatik Bd. 2: Lateinische Syntax und Stilistik, München 1972
- Horak*, Franz: Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen, Bd. 1, Aalen 1969
- Ihm*, Max: Art. assiduus, in: ThLL 2 (1902), 881,78–887,14
- Imbert*, Jean: Postliminium. Etude sur la condition juridique du prisonnier de guerre en droit Romain, Paris 1945
- Indra*, Miriam: Status quaestio: Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht, Berlin 2011
- Kaser*, Max: Noxae dedere oder noxae dare, SZ 87 (1979), 445 f.
- Kaser*, Max/*Hackl*, Karl: Das römische Zivilprozessrecht (= HAW, X.3.4), 2. Aufl., München 1996

- Kaser, Max/*Knütel*, Rolf/*Lohsse*, Sebastian: Römisches Privatrecht, 22. Aufl., München 2021
- Knütel*, Rolf: Zu dieser Übersetzung, in: *Knütel*, Rolf/*Kupisch*, Berthold/*Lohsse*, Sebastian/*Rüfner*, Thomas (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen*, 4. Aufl., Heidelberg 2013, 281–286
- Knütel*, Rolf/*Kupisch*, Berthold/*Lohsse*, Sebastian/*Rüfner*, Thomas (Hrsg.): *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen. Text und Übersetzung*, 4. Aufl., Heidelberg u. a. 2013
- Kornhardt*, Hildegard: Postliminium in republikanischer Zeit, *SDHI* 19 (1953), 3–39
- Korteweg*, Jan Cornelis: Art. postliminium, in: *ThLL* 10.2 (2000), 234,48–236,55
- Krämer*, Gerd: Das besitzlose Pfand, Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat, Köln 2007
- Kreller*, Hans: Juristenarbeit am postliminium, *SZ* 69 (1952), 172–210
- Kühner*, Raphael: Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache, Bd. 2.1, Hannover 1878
- Lehne-Gstreithaler*, Christine: *Iurisperiti et oratores. Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik*, Köln u. a. 2019
- Levy*, Ernst: Libertas und Civitas, *SZ* 78 (1961), 142–172
- Liebs*, Detlef: Bellum iustum, in: *Avenarius*, Martin/*Meyer-Pritzl*, Rudolph/*Möller*, Cosima (Hrsg.), *Ars iuris. Festschrift für Okko Behrends*, Göttingen 2009, 305–318
- Lindsay*, Wallace M.: *Nonii Marcelli De compendiosa doctrina libr. XX*, Bd. 1, Leipzig 1903
- Lohsse*, Sebastian: Die Ersitzung im Spannungsverhältnis des ius postliminii und der fictio legis Corneliae. Auf den Spuren der Klassikerkontroverse bei Paulus D.41,3,15 pr., in: *Altmeyden*, Holger/*Reichard*, Ingo/*Schermaier*, Martin Josef (Hrsg.): *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, 667–701
- Lohsse*, Sebastian: Die Beerbung des Kriegsgefangenen. Entwicklungsstufen der Auslegung der lex Cornelia de confirmandis testamentis, in: *Harke*, Jan Dirk (Hrsg.), *Facetten des römischen Erbrechts: Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin 2012, 79–111
- Metzger*, Ernest: s. v. vindex, in: *Bagnall*, Roger S. u. a. (Hrsg.), *The Encyclopedia of Ancient History XII*, Hoboken N. J. 2013, 7005–7006
- Möller*, Cosima: Die Servituten: Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht; mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB, Göttingen 2010
- Möller*, Cosima: Römischesrechtliche Regelungskonzepte für Regenwasser, in: *Czeguhn*, Ignacio/*Möller*, Cosima/*Quesada Morillas*, Yolanda/*Pérez Juan*, José Antonio (Hrsg.), *Wasser – Wege – Wissen auf der iberischen Halbinsel. Eine interdisziplinäre Annäherung im Verlauf der Geschichte*, Baden-Baden 2018, 9–34
- Nörr*, Dieter: Cicero-Zitate bei den klassischen Juristen. Zur Bedeutung literarischer Zitate bei den Juristen und zur Wirkungsgeschichte Ciceros, in: *Ciceroniana III. Atti del III Colloquium Tullianum* 1976, Rom 1978, 111–150

- Plescia*, Joseph: The *ius pacis* in ancient Rome, RIDA 41 (1994), 301–351
- Reinhardt*, Tobias: M. Tullius Cicero Topica, Oxford 2003
- Riposati*, Benedetto: Studi sui Topica di Cicerone, Mailand 1947
- Rodger*, Alan: Roman Rain-Water, TR 38 (1970), 417–431
- Rolfes*, Eugen: Aristoteles, Sophistische Widerlegungen (Organon VI), 2. Aufl., Hamburg 1922
- Rolfes*, Eugen: Aristoteles, Topik (Organon V), 2. Aufl., Hamburg 1922
- Rubinelli*, Sara: Ars Topica. The Classical Technique of Constructing Arguments from Aristotle to Cicero, Berlin 2009
- Rüfner*, Thomas: s.v. in *ius vocatio*, in: Bagnall, Roger S. u.a. (Hrsg.), The Encyclopedia of Ancient History VI, Hoboken N.J. 2013, 3436
- Schallmayer*, Egon: Der Limes. Geschichte einer Grenze, 2. Aufl., München 2007
- Schanbacher*, Dieter: Die Gegenwart der Geschichte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs BGHZ 130,101, in: Schermaier, Martin Josef/Rainer, Johannes Michael/Winkel, Laurens C. (Hrsg.), Iurisprudentia universalis, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, Köln 2002, 639–659
- Scheibelreiter*, Philipp: Ein großer Wurf? Gaius trifft Demosthenes. Überlegungen zu D. 50,16,233,2 (Gai. 1 leg. 12 tab.), SZ 136 (2019) 1–46
- Schilling*, Andreas: Die Auslegung letztwilliger Verfügungen anhand eines mutmaßlichen Willens im klassischen römischen Recht, in: Forschner, Benedikt/Willems, Constantin (Hrsg.), Acta diurna: Beiträge des IX. Jahrestreffens Junger Romanistinnen und Romanisten, Wiesbaden 2017, 159–174
- Schlerath*, Bernfried: Bemerkungen zu den Etymologien der römischen Juristen, in: Humbach, Helmut/Berger, Hermann (Hrsg.), Münchener Studien zur Sprachwissenschaft, Heft 7, München 1955, 58–73
- Schönbauer*, Ernst: Die actio aquae pluviae arcendae. Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Agrarrechtes, SZ 54 (1934) 233–257
- Sertorio*, Luigi: La prigionia di guerra e il diritto di postliminio, Turin 1915
- Seyed-Mahdavi Ruiz*, Schahin: Die rechtlichen Regelungen der Immissionen im römischen Recht und in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen unter besonderer Berücksichtigung des geltenden deutschen und spanischen Rechts, Göttingen 2000
- Sitzia*, Francesco: Ricerche in tema di Actio aquae pluviae arcendae: dalle XII tavole all'epoca classica, Mailand 1977
- Stein*, Peter G.: The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science, in: Behrends, Okko/Disselhorst, Malte/Lange, Hermann/Liebs, Detlef/Wolff, Joseph Georg/Wollschläger, Christian (Hrsg.), Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Göttingen 1978, 175–184
- Tellegen-Couperus*, Olga/Tellegen, Jan Willem: Reading a Dead Man's Mind: Hellenistic Philosophy, Rhetoric and Roman Law, in: du Plessis, Paul J. (Hrsg.), Cicero's Law. Rethinking Roman Law of the Late Republic, Edinburgh 2016, 26–49

- Thomas*, Philip J.: Definitions in Cicero's *Topica*, AÜHFD 69 (2020), 1018–1033
- Urso*, Paolo: Il matrimonio del prigioniero in diritto romano, SDHI 58 (1992), 85–142
- Waldstein*, Wolfgang: Konsequenz als Argument klassischer Juristen, SZ 92 (1975), 26–68
- Watson*, Alan: The Law of Persons in the Later Roman Republic, Oxford 1967
- Watson*, Alan: The Law of Property in the Later Roman Republic, Oxford 1968
- Wieacker*, Franz: Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts, in: Becker, Walter G./Schnorr von Carolsfeld, Ludwig (Hrsg.), Sein und Werden im Recht: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970, Berlin 1970, 183–214
- Wieacker*, Franz: Offene Wertungen bei den römischen Juristen, SZ 94 (1977) 1–42
- Willems*, Constantin: Recht unterhaltsam. Horaz, Martial und das römische Recht, Antike Welt 4/2020, 28–30
- Willems*, Constantin: Quod certatum est apud veteres, nos decidimus: Justinian als Jurist, in: Möller, Cosima/Avenarius, Martin/Meyer-Pitzl, Rudolf (Hrsg.), Das Römische Recht – eine sinnvolle, in Auguralreligion und hellenistischen Philosophien wurzelnde Rechtswissenschaft? Forschungen von Okko Behrends revisited, Berlin 2020, 71–87
- Ziegler*, Karl-Heinz: Das Völkerrecht der römischen Republik, in: Temporini, Hildegard (Hrsg.), Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt, Bd. I.2, Berlin 1972, 68–114

System und Praxis: Ciceros *Topica* und Quintilians *Institutio oratoria* 5, 10

Von Tobias Dänzer

A. Grundlagen: Begriff der Topik	209
B. These 1: Topik als offenes Denksystem	211
I. Beispiel 1: Definition	213
II. Beispiel 2: Gattung	217
C. These 2: Quintilian als Kritiker der Topik Ciceros	219
D. These 3: Topik als Unterscheidungsmittel	221
I. Topoi der Person und der Tat	221
II. Statuslehre, Wortlaut und Absicht	224

Der Adressat der *Topica* Ciceros, der angesehene Jurist C. Trebatius Testa, war offenkundig kein Freund ausführlicher Urteilsbegründungen. Dies machte sich Horaz in Satire 2, 1 zu Nutze, die als Wechselgespräch zwischen Trebatius und dem Dichter gestaltet ist und die Frage behandelt, ob Horaz weiter Satiren dichten solle:¹

„Trebati,
quid faciam? praescribe.“ „quiescas.“ „ne faciam, inquis,
omnino versus?“ „Aio“.

„Trebatus, was soll ich tun? Verordne etwas.“ – „Schweig.“ – „Ich soll überhaupt nicht mehr dichten, sagst du?“ – „Ja.“

Das Zitat persifliert den lakonischen Stil der römischen Juristen.² Trebatius antwortet zwar klar, doch gibt er weder Methode noch Begründung zu erkennen, wie er zu seinem Urteil gekommen ist. Was hier in einer satirischen Miniatur zur Sprache kommt, beschäftigt Rechtswissenschaftler seit jeher. Noch immer herrscht keine anerkannte Meinung über die Methode der römischen Juristen. Dabei reichen die Lehrmeinungen von quasi-mathematischer Präzision bei der Fallentscheidung – als Gewährsmann für diese Ansicht zitiert und kritisiert man

¹ HOR. sat. 2, 1, 4–6 (Übers. Verf.).

² Vgl. auch PETRON. 137, 9: „iurisconsultus ‚parret, non parret‘ habeto/atque esto quicquid Servius et Labeo.“ Dazu Horak, *Rationes decidendi*, 71.

noch immer gern Leibniz – bis hin zu juristischer Intuition – damit hat bekanntlich Max Kaser die Kasuistik der Juristen charakterisiert.³

Durch die Einführung des Begriffs der Topik in Theodor Viehwegs 1953 erschienener Schrift „Topik und Jurisprudenz“ erhielt die Methodendebatte neue Impulse.⁴ Obwohl Viehwegs Beitrag meist kritisch bewertet wurde, ist sein Einfluss bis heute greifbar.⁵ In den letzten Jahren ist die antike Theorie der Topoi erneut in den Blick der interdisziplinären rechts- und rhetorikgeschichtlichen Forschung geraten.⁶

Ziel dieses Beitrags ist es, aufzuzeigen, wie die Topik als Mittel der Unterscheidung von juristischer, philosophischer und rhetorischer Argumentation betrachtet werden kann. Hierfür werden mit Ciceros *Topica* und dem Kapitel 5, 10 der *Institutio oratoria* Quintilians Texte verglichen, die die Topik aus unterschiedlichen Blickwinkeln und mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung beleuchten: Während Cicero gewissermaßen als Jurist an den Juristen Trebatius schreibt, hat der Rhetoriker Quintilian den angehenden Anwalt im Blick, dem er die Anwendung der Topoi vor Gericht erläutert.

Um den Vergleich vorzunehmen, wird zunächst der Topikbegriff gesichert, der der Untersuchung zugrunde liegt. Anschließend werden drei Thesen formuliert:

(1) *Topik als offenes Denksystem*: Anhand der Topoi ‚Definition‘ und ‚Gattung‘ wird die argumentative Handhabung der Topik bei Cicero und bei Quintilian als philosophisch-logische und rhetorische Methode unterschieden. Damit kann gesehen werden, dass die Topik als offenes Denksystem fungiert, das sowohl deduktive und systematische als auch induktive und situationsbezogene Argumentationen zulässt.

(2) *Quintilian als Kritiker der Topik Ciceros*: Die zweite These ist rezeptionsgeschichtlich angelegt. Hier werden kritische Tendenzen herausgearbeitet, mit denen Quintilian Ciceros *Topica* und die Topik allgemein bedenkt. Aus dieser

³ Einen Überblick über die verschiedenen Positionen gibt Waldstein, SZ 92 (1975), 26, 26–29.

⁴ Viehweg, Topik. Vgl. Reinhardt, Topica, 71–72.

⁵ Kritik: Rezension Wieacker, Gnomon 27 (1955), 367–370; Horak, Rationes decidendi, 45–64; Blühdorn, TR 38 (1970), 269–314; Calboli, Topik, in: Topik und Rhetorik, 555–565. Vgl. Strauch, Verständliche Kritik, 391: „‚Topik und Jurisprudenz‘ ist ein Text, den man als Theoretiker mit Begeisterung lesen kann, für den Praktiker lässt er aber mehr Fragen offen als er beantwortet.“ Eine Rehabilitation der Thesen Viehwegs bei von Schlieffen, Sachlichkeit; Balkin, A Night, in: Law’s Stories, 211–224; Launhardt, Topik.

⁶ Vgl. Schirren/Ueding (Hrsg.), Topik und Rhetorik, 2000, darin besonders Calboli, Topik, 555–565. Zu Quintilian vgl. Henket, Status and loci, in: Quintilian and the Law, 179–190; Saiz Noeda, Proofs, in: Quintilian and the Law, 95–110; Leenes, Gaius meets Cicero; Kacprzak, Rhetoric and Roman Law, in: Oxford Handbook, 200–213.

Abgrenzung lässt sich die in These 1 getroffene Unterscheidung zwischen philosophischer und rhetorischer Argumentation vertiefen.

(3) *Topik als Instrument zur Unterscheidung von philosophischer, rhetorischer und juristischer Argumentation*: Hier wird gezeigt, wie die Topik auch für die juristische Methodik als Unterscheidungsmittel betrachtet werden kann. Dabei wird auch auf die Rolle des Richters eingegangen, der in seiner Urteilsfindung von philosophischen, juristischen und rhetorischen Argumentationsstrukturen beeinflusst war. Außerdem sollen Schnittpunkte zwischen juristischer und rhetorischer Argumentation in den rhetorischen Schulübungen aufgezeigt werden, die zu einem besseren Verständnis von Urteilsbegründungen beitragen können.

A. Grundlagen: Begriff der Topik

Nach Aristoteles ist die Topik das Schlussverfahren im Bereich der Meinungen, also wenn anerkannte Meinungen, nicht dialektisch erschlossene oder metaphysische Wahrheiten die Prämissen bilden.⁷ Diese Schlussverfahren dienen der argumentativen Überzeugung des Publikums, die gelingt, wenn die verwendeten Topoi die Zustimmung des Publikums finden.

Die Topoi haben zunächst nichts mit dem meist abwertend genannten Gemeinplatz (*locus communis*) zu tun.⁸ Vielmehr bezeichnen die *topoi* die Orte, *sedes* oder *loci*, an denen man Argumente auffinden kann – man könnte sie auch als Schubladen bezeichnen, in denen man eine bestimmte Art von Argumenten findet.⁹ Die Topoi kommen zum Zuge, wenn die Beweislage unklar, ungünstig oder erschöpft ist; sie sind also Mittel der kunstvollen Beweisführung (*πίστεις ἐντεχνοί*, *probationes artificiales*) des Redners, und werden seiner Erfindungsgabe, der *inventio*, zugeordnet. Die Topoi zerfallen schematisch in drei Gruppen:

⁷ ARIST. Top. 100a27–30: „ἀπόδειξις μὲν οὖν ἐστίν, ὅταν ἐξ ἀληθῶν καὶ πρώτων ὁ συλλογισμὸς ᾗ, ἢ ἐκ τοιούτων ἃ διὰ τινων πρώτων καὶ ἀληθῶν τῆς περὶ αὐτὰ γνώσεως τὴν ἀρχὴν εἴληφεν, διαλεκτικὸς δὲ συλλογισμὸς ὁ ἐξ ἐνδόξων συλλογιζόμενος.“ Zur aristotelischen und voraristotelischen Topik vgl. *Reinhardt*, *Techniques of Proof*, in: *Influences on Peripatetic Rhetoric*, 87–104; *ders.*, *RhM* 158 (2015), 225–246. Zur Topik in der antiken Rhetorik vgl. die Überblicksdarstellung von *Schirren*, *Topik*, in: *Rhetorik und Stilistik*, 1444–1459. Vgl. auch den Beitrag von *Baier*, in diesem Band.

⁸ Die scharfe Trennung von Topik und Gemeinplatz, die Quintilian in inst. 5, 10, 20 vornimmt, hat ihren Grund sicherlich auch darin, dass sich die Deklamationspraxis seiner Zeit besonders an den Gemeinplätzen bediente: „Excutiamus nunc argumentorum locos, quamquam quibusdam hi quoque, de quibus supra dixi, videntur. locos appello non, ut vulgo nunc intelleguntur, in luxuriam et adulterium et similia, sed sedes argumentorum, in quibus latent, ex quibus sunt petenda.“ Ein Gemeinplatz ist gewissermaßen ein erstarrter Topos meist moral- bzw. populärphilosophischen (z. B. gegen Laster) oder gerichtsprozessualen Inhalts (z. B. zur Entkräftung von Zeugen), den man in bestimmten Situationen vor Gericht leicht abrufen konnte.

⁹ Cicero hat das Bild des Schatzsuchers: de orat. 2, 174. Der Topos fungiert gewissermaßen als das X, das anzeigt, wo man zu graben hat.

Argumente können von Personen, *a personis*, von konkreten Sachen, *a rebus*, sowie aus allgemeinen Fragestellungen, vor allem aus philosophischen Überlegungen gewonnen werden. Personen und Sachen werden dem Einzelfall, *causa* oder *hypothesis*, die allgemeinen Fragen einer übergeordneten, philosophischen Fragestellung zugeordnet, griechisch *thesis*, lateinisch *quaestio philosopho conveniens*.¹⁰ Die Topoi liefern die Prämissen für einfache Schlussverfahren, woraus schließlich der künstliche, kunstvolle Beweis gewonnen wird.

Quintilian hat die Topik unvergleichlich knapp am Ende des Kapitels 5, 10 dargestellt, wobei seine Aufzählung (mit kleineren Abweichungen) der rhetorischen Tradition folgt:¹¹

Ergo, ut breviter contraham summam, ducuntur argumenta a personis, causis, locis, tempore (...), facultatibus (...), modo (id est, ut quidque sit factum), finitione, genere, specie, differentibus, propriis, remotione, divisione, initio, incrementum, summa, similibus, dissimilibus, pugnantibus, consequentibus, efficientibus, effectis, eventis, iugatis, comparatione (...).

Um also das Ganze noch einmal kurz zusammenzufassen: Beweise lassen sich herleiten von Personen,

von Sachverhalten, Örtlichkeiten, der Zeit (...), den Möglichkeiten (...), der Art und Weise, das heißt wie jeweils etwas geschehen ist,

von der Definition, Gattung, Art, dem Unterscheidenden, Eigentümlichen, dem Ausschalten, der Aufgliederung, dem Anfang, der weiteren Entfaltung, dem Ziel des Ganzen, dem Ähnlichen, Unähnlichen, Widersprüchlichen, dem aus etwas Folgenden, dem Bewirkenden, dem Bewirkten, dem Ergebnis und der Vergleichung (...).

Im Zitat ist die Dreiteilung der Topik in Personen, Dinge und allgemeine Kategorien abgebildet. Um die, wie Quintilian selber sagt,¹² unerschöpfliche Theorie der Topoi nachvollziehbarer zu machen, gibt er zu jeder Kategorie Beispiele. Wenig problematisch sind die Topoi der Person.¹³ Hierzu zählen z.B. Nationalität, Alter, Geschlecht, finanzielle Stellung einer Person. Für die Unterart ‚Geschlecht‘, *sexus*, hat Quintilian das Beispiel: Einen Raubüberfall traut man eher einem Mann zu, einen Giftmord eher einer Frau.¹⁴ Für den Topos ‚Stellung‘, *fortuna*: Eine Straftat begeht eher ein einsamer und mittelloser Mensch als ein angesehener reicher.¹⁵ Auch die Topoi der Umstände lassen sich gut nachvollziehen:

¹⁰ Weitere Benennungen bei QUINT. inst. 3, 5, 5 und 7.

¹¹ QUINT. inst. 5, 10, 94 (Übers. *Rahn*, Quintilianus I, 585). Vgl. CIC. de orat. 2, 162–177; top. 8–24; part. 5–7.

¹² QUINT. inst. 5, 10, 100: „innumerabilis argumentorum copia.“

¹³ QUINT. inst. 5, 10, 23–31.

¹⁴ QUINT. inst. 5, 10, 25: „sexus, ut latrocinium facilius in viro, veneficium in femina credas.“

¹⁵ QUINT. inst. 5, 10, 26: „neque enim idem credibile est in divite ac paupere, propinquis amicis clientibus abundante et his omnibus destituto (...).“

Hierher gehören die bekannten Fragen nach Motiv, Tatort, Tatzeitpunkt, Tatwerkzeug und Tathergang.¹⁶

Die Topoi, die vom konkreten Sachverhalt abgezogen und allgemeinen Fragen zugeordnet sind, könnte man als Denkkategorien bezeichnen, da sie möglichst umfassend menschliche Denkstrukturen abbilden.¹⁷ Die Topik ist gewissermaßen die Psychologie des Redners, mit deren Hilfe er versucht, sein Publikum zu überzeugen. Da sich die Topik mit Fragen des Denkens und Argumentierens beschäftigt bzw. das menschliche Denken abzubilden versucht, ist es nicht verwunderlich, sie vor allem in Kontexten anzutreffen, die auf Begründung und Überzeugung beruhen, und damit besonders in Philosophie, Rhetorik und Jurisprudenz.¹⁸

B. These 1: Topik als offenes Denksystem

In einer Passage des *Brutus* gibt Cicero dem Juristen Servius Sulpicius Rufus den Vorrang vor Quintus Mucius Scaevola, da dieser nur *magnus usus*, große Erfahrung, jener aber *ars*, eine systematische Herangehensweise im Umgang mit dem Recht, besessen habe.¹⁹ Servius habe versucht, die *scientia iuris* zu systematisieren, und zwar durch die Zerlegung des Ganzen in seine Teile, klärende Definition unklarer Begriffe, Auslegung dunkler Stellen, Distinktion sich widersprechender Punkte und schließlich der Gewinnung gültiger Anwendungsregeln.²⁰ Diese Systematisierung wird der philosophisch-dialektischen Methode, *dialectica*, zugeordnet.

Man liest die Stelle häufig programmatisch für Ciceros eigenes Projekt einer *ars iuris civilis*, dessen Verwirklichung in der nicht erhaltenen Schrift *De iure*

¹⁶ QUINT. inst. 5, 10, 32–52.

¹⁷ QUINT. inst. 5, 10, 53–93. Zur universalen Natur der Topik vgl. Hügli, Auf der Suche, in: Topik und Argumentation, 37–58; Kalivoda, Typologie der Topik, in: Persuasion und Wissenschaft, 129–142.

¹⁸ Vgl. Kacprzak, Rhetoric and Roman Law, in: Oxford Handbook, 200–213. Von Schlieffen, Sachlichkeit, 79: „Unter dem Begriff der Topen-Enthymeme könnte man alle allgemeingedanklichen und allgemein-juristischen Argumentationen zusammenfassen, wie z. B. das *argumentum e contrario*, *de minore ad maius*, *a fortiori* oder den Analogieschluß.“

¹⁹ CIC. Brut. 152: „Hic Brutus: ain tu? inquit: etiam ne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existumo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latenter explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicaretur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. hic enim adtulit hanc artem omnium artium maxumam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur. Dialecticam mihi videris dicere, inquit.“

²⁰ Hierzu Buchwitz/Ehmer, in diesem Band, 14 f., 22 ff.

civili in artem redigendo deutlichere Umrisse bekommen haben könnte.²¹ Als Teilprojekt zur Umsetzung dieses Programms hat man Ciceros *Topica* gesehen.²² Dies ist nachvollziehbar, wenn man die aufeinander bezogenen Redepartien des Crassus und des Antonius über das Rechtsstudium in *De oratore* ebenfalls programmatisch liest.²³ In der werkchronologisch späteren Rede des Antonius wird als Schwierigkeit des Rechtsstudiums die zu starke Berücksichtigung von Personen- und Fallmerkmalen in der juristischen Urteilsfindung moniert. So werden die Responsensammlungen des älteren Cato und des Juristen Marcus Iunius Brutus als abschreckende Beispiele genannt, da sie *nominatim*, also nach dem Namen des jeweiligen Ratsuchenden geordnet gewesen seien.²⁴ Es komme aber nicht auf Personen und Umstände an, sondern auf die zugrundeliegende, generelle Rechtsfrage:²⁵

perpetui iuris et universi generis quaestio non hominum nomina, rationem dicendi et argumentorum fontis desiderat.

Die Frage nach dem grundsätzlich geltenden Recht und einem allgemeinen Gattungsbegriff bedarf nicht der Personennamen, sondern sprachlicher Methodik und argumentativer Prinzipien.

Im Begriff der *argumentorum fontes* deutet sich begrifflich an, dass in der Topik als der Theorie der *argumentorum loci* die benötigte sprachliche Methodik (*ratio dicendi*) gefunden werden könne. Der abschließende Hinweis des Antonius, Crassus habe eine dergestalt geordnete Rechtstheorie in Aussicht gestellt, verknüpft die Antoniusrede mit der früheren des Crassus. Cicero hatte Crassus die Vorstellung einer Rechtssystematik skizzieren lassen, die durch die Anwendung einer *ars quaedam extrinsecus adhibita*, einer von außen angewandten, philosophischen Methode geschaffen werden könne.²⁶ Hauptaufgabe sei es, möglichst wenige Gattungsbegriffe (*genera*) zu finden, denen verschiedene Arten (*partes*) untergeordnet werden. Gattung und Arten müssten treffend definiert werden. Damit erhielte man ein vollkommenes System des bürgerlichen Rechts, das nicht länger schwierig und unverständlich, sondern bedeutend und ergiebig sei: „... perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem quam difficilem et obscuram.“²⁷ Unter Hinweis darauf, nicht vor dem geeigneten

²¹ Vgl. Reinhardt, *Topica*, 61–65. Zur verlorenen Schrift vgl. GELL. 1, 22, 7; QUINT. inst. 12, 3, 10.

²² Vgl. Reinhardt, *Topica*, 53–72. Vgl. auch Fuhrmann, Die zivilrechtlichen Beispiele, in: Topik und Rhetorik, 51–66; Buchwitz/Ehmer, in diesem Band, 19–21.

²³ Cic. de orat. 1, 167–203 (Crassus); 2, 128–142 (Antonius).

²⁴ Cic. de orat. 2, 142.

²⁵ Cic. de orat. 2, 141 (Übers. Verf.).

²⁶ Cic. de orat. 1, 188–190.

²⁷ Cic. de orat. 1, 190. Die spitzfindige juristische Textinterpretation karikiert er in Mur. 25, indem er sie als Buchstaben- und Interpunktionswissenschaft bezeichnet: „primum dignitas in tam tenui scientia non potest esse; res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae“; vgl. auch Cic. leg. 1, 14.

Publikum zu sprechen (wohl, weil es v.a. Redner sind), verzichtet Crassus auf konkrete Beispiele zur Darlegung seiner Theorie.²⁸ Im Juristen Trebatius allerdings fand Cicero den richtigen Adressaten, weshalb er in den *Topica* ausführt, was er in *De oratore* nur gestreift hatte. Eine bedeutende Rolle spielen, ganz in Übereinstimmung mit der theoretischen Skizze des Crassus, die Topoi ‚Definition‘ und ‚Gattung‘.

I. Beispiel 1: Definition

Cicero erklärt dem Trebatius Schritt für Schritt den Topos der Definition, wobei er ‚Erbschaft‘ durch Aufgliederung definiert:²⁹

Hereditas est pecunia

quae morte alicuius ad quempiam pervenit

iure

nec ea aut legata testamento aut possessione retenta.

Erbschaft ist Vermögen,

das durch den Tod einer Person an eine andere gelangt

auf dem Rechtsweg

und nicht in einem Testament als Legat oder aufgrund eines Besitzanspruchs zurückbehalten ist.

Die Methode der Definition, die vom allgemeinen Begriff zu den besonderen Merkmalen herabgeht, also begrifflich und deduktiv ist, bewirkt einen juristischen Obersatz, dem ein Tatbestand subsumiert werden kann. Diese Methode sei die der *veteres*, und das heißt mit Sicherheit eine philosophische Methode, keine juristische.³⁰ Die schrittweise Darlegung des Testamentsbegriffs in einer Schrift für einen angesehenen Juristen spricht ebenfalls dafür, dass diese Art der deduzierenden Definition nicht gängiger juristischer Usus war.³¹

Der Redner definierte anders, wie aus einem Deklamationsbeispiel hervorgeht, das Quintilian in der *Institutio oratoria* gibt.³² Bei einer Strandparty unter jungen Leuten hatte ein Gast abgesagt, was die übrigen veranlasst, einen Haufen (*tumulus*, mit der Konnotation ‚Grabhügel‘) aufzuschütten und seinen Namen daraufzusetzen. Als der Vater des fehlenden Gastes mit dem Schiff am selben Strand anlandet, liest er den Namen und erhängt sich aus Trauer über den vermeintlichen Tod seines Kindes. Hieraus ergibt sich die Frage, ob die jungen Leute der

²⁸ Cic. de orat. 1, 190: „hisce ego rebus exempla adiungerem, nisi apud quos haec haberetur oratio cernerem.“

²⁹ Cic. top. 29 (mit Auslassungen; Übers. Bayer, Cicero, 23, 25).

³⁰ Vgl. Reinhardt, *Topica*, 266: „Referring to philosophers rather than to jurists.“

³¹ Ein Beispiel für eine spätere juristische Erbschaftsdefinition, die Julian und Gaius verwenden, ist: „Nihil est aliud ‚hereditas‘ quam successio in universum ius quod defunctus habuit“ (GAI. 6 ed. prov. D. 50, 16, 24; vgl. IUL. 6 dig. D. 50, 17, 62).

³² QUINT. inst. 7, 3, 30–34.

Grund für den Tod des Vaters sind (*causa mortis*). Der Kläger definiert: „Schuld am Tod trägt der, *durch den* es geschehen ist, dass jemand umgekommen ist“ („*per quem factum est ut quis periret, causa mortis est*“). Der Beklagte verteidigt sich mit der Definition: „Schuld am Tod trägt, wer *wissentlich* etwas getan hat, wodurch ein Mensch *zwangsläufig* umkommen musste“ („*qui fecit quid sciens, per quod perire homini necesse esset*“).³³ Die Verteidigung setzt also Vorsatz und direkten kausalen Zusammenhang in die Definition des Gegners ein. Das Beispiel zeigt zunächst, dass Definitionen bei Gericht eine Rolle spielen, d.h. dass die Anwälte versuchen, den Richter von der jeweils eigenen Definition zu überzeugen. Dies hat Implikationen für den Umgang mit dem Topos der *definitio*: Er entsteht aus dem konkreten Fall heraus und wird an die Fallmerkmale und das jeweils eigene Argumentationsziel angepasst. Damit lässt sich die Denkrichtung als induktiv beschreiben: Die konkrete Streitsache erhält eine möglichst überzeugende, allgemein wirkende Definition, die nicht zuletzt aus der Auseinandersetzung mit den Definitionen der Gegenseite entsteht.

Zahlreiche weitere Beispiele aus den *Declamationes minores*, die dem Schulkontext Quintilians entstammen, zeigen, dass und wie dieser Schlagabtausch mit Definitionen von den angehenden Anwälten geübt wurde.³⁴ Definitorische Erklärungen von Begriffen des (meist fiktiven) Gesetzestextes stellten häufig den ersten Arbeitsgang dar, bevor die rhetorische Argumentation einsetzte.³⁵ Allerdings riet Quintilian seinem Redeschüler, bei der Anwendung der Definition vor Gericht äußerst behutsam vorzugehen, um dem Fall nicht zu schaden:³⁶

rarissime enim apud eos reperitur illa ex consuetudine philosophorum ducta servitus (est certe servitus) ad certa se verba adstringendi (...). nam est etiam periculosum, cum, si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur, optimaque est media illa via, qua utitur Cicero pro Caecina, ut res proponatur, verba non periclitentur.

Ganz selten nur findet sich bei den Rednern die aus der Gewohnheit der Philosophen stammende sklavische Bindung – denn es ist wirklich Sklavendienst – an bestimmte Worte (...). Es ist zudem noch riskant, da es, wenn man sich nur mit einem Wort vertan hat, so aussieht, als wäre unsere Sache ganz verloren, und am besten ist der Mittelweg, wie ihn Cicero in der ‚Rede für Caecina‘ wählt, den Sachverhalt anzugeben, bei den Worten aber nichts zu riskieren.

Für die sklavische Bindung an Worte machte Quintilian nicht nur die Philosophen verantwortlich, sondern auch die Juristen. Hierfür hatte er das Wort *cavilla-*

³³ QUINT. inst. 7, 3, 32.

³⁴ Vgl. *Dingel*, *Scholastica materia*, 89–108, 168 f. Vgl. auch QUINT. inst. 7, 3, 20: „ideoque in schola, ubi nobis ipsi fingimus contradictionem, duos ponere debemus fines, quales utrimque esse optimi poterunt.“

³⁵ Vgl. z.B. QUINT. decl. 340 zur Frage, wie *libertas* im Gesetz „Qui voluntate domini in libertate fuerit, liber sit“ zu definieren sei. Vgl. auch QUINT. decl. 342.

³⁶ QUINT. inst. 7, 3, 16 f. (Übers. *Rahn*, *Quintilianus II*, 65) mit Verweis auf CIC. de orat. 2, 108 f. in der Auslassung.

tio, also etwa ‚Haarspalterei‘.³⁷ Die Hauptaufgabe (*summus labor*) der *iuriconsulti* liege schließlich in der Begriffsklärung (*verborum proprietas*). Gleichwohl kannten auch die Juristen das Risiko der Definition, was Javolen bekanntlich in ähnlichen Worten zum Ausdruck brachte wie Quintilian.³⁸

Für die idealtypische rhetorische Definition schlug Quintilian einen Mittelweg zwischen juristisch-philosophischer Worthaftung und rhetorischer Argumentation vor, wie sie Cicero in der Rede *Pro Caecina* angewandt hatte. Auf Grundlage des Interdikts *de vi armata* hatte Aulus Caecina gegen Sextus Aebutius geklagt, da dieser ihm mit einer bewaffneten Gruppe den Weg zu einem Hof versperrt hatte, von dem Caecina glaubte, er gehöre zum Land, das ihm von seiner verstorbenen Frau vermacht worden war.³⁹ Vor dem Richter ging es besonders um zwei definitorische Bestimmungen aus dem Interdikt, das folgendermaßen lautete:⁴⁰

Unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti, eo restituas.

Hast du oder deine Hausgemeinde oder dein Verwalter diesen Mann gewaltsam mit versammelten oder bewaffneten Menschen von einem Ort vertrieben, so sollst du ihn dort wieder einsetzen.

Umstritten waren die Begriff *vis* (körperliche oder/und psychische Gewalt?) und *deicere* (impliziert *deicere*, dass man zuvor im Besitz der Sache, *possessio*, gewesen sein muss?). Cicero argumentierte mit Sinn und Billigkeit (*voluntas* und

³⁷ Vgl. QUINT. inst. 2, 15, 25 (*legalis cavillatrix*, als Übersetzung von σοφιστική in PLATON Gorg. 465c); 7, 4, 37 (*iuris cavillationes*); 7, 9, 4 (*ineptae cavillationes*); 10, 7, 14 (*infelix illa verborum cavillatio*); 12, 2, 14.

³⁸ IAV. 11 epist. D. 50, 17, 202: „Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.“ Zu Quintilian und Javolen vgl. Martini, Labeo 41 (1995), 169–180.

³⁹ Die genaueren Umstände des komplexen Falles sind hier nicht von Interesse. Vgl. aber die Zusammenfassung bei Stroh, Taxis und Taktik, 80: „Die vermögende Witwe Caesennia hat den A. Caecina geheiratet und stirbt nach kurzer Ehe. Erben sind: ihr Mann (Caecina) zu 69/72 des Vermögens, ein M. Fulcinius (Freigelassener ihres ersten Gatten) zu 2/72, Sex. Aebutius, ihr Geschäftsberater, zu 1/72. Sogleich gibt es Streit. Zunächst behauptet Aebutius, Caecina könne nach einem Gesetz Sullas als Bürger von Volaterrae überhaupt nicht erben. Caecina antwortet, indem er die Erbteilungsklage erhebt (*actio familiae heriscundae*). Jetzt meldet Aebutius Ansprüche an auf ein bestimmtes Grundstück, das nach der Ansicht Caecinas zur Erbmasse der Caesennia gehört: Das Grundstück sei sein Eigentum, Caesennia habe daran nur kraft des (von ihrem früheren Mann legierten) Nießbrauchsrechts die *possessio* gehabt. In der Tat kann er nachweisen, daß bei der früheren *auctio hereditaria*, wo das Grundstück versteigert worden war, er selbst den Zuschlag bekommen und den Preis bezahlt hatte. Caecina dagegen behauptet, seine verstorbene Gattin habe Aebutius das Geld gegeben, um es für sie zu kaufen – Dokumente fehlen.“ Aebutius versperrte Caecina mit einer teilweise bewaffneten Gruppe den Weg zum Grundstück, wo die in ihrem genauen Sinn umstrittene symbolische Gewalthandlung der *vis ac deductio moribus* vorgenommen werden sollte.

⁴⁰ Rekonstruktion des Interdikts aus CIC. Caec. in Frier, Rise, 173 (Übers. Verf.).

aequitas) des Interdikts gegen dessen buchstäblichen Wortlaut (*scriptum*).⁴¹ So definierte er in der Frage, ob durch die bewaffnete Blockade Gewalt angewendet worden sei, den Begriff *vis* folgendermaßen:⁴²

Etenim, recuperatores, non ea sola vis est, quae ad corpus nostrum vitamque pervenit, sed etiam multo maior ea, quae periculo mortis iniecto formidine animum perterritum loco saepe et certo statu demovet.

Rekuperatoren, es gibt nicht nur die Form von Gewalt, die unseren Leib und unser Leben trifft, sondern in noch viel stärkerem Maße gibt es die, die mit der Furcht vor drohender Todesgefahr unseren Geist voll Schrecken so oft aus seiner Ruhe und seinem festen Stand zwingt.

Die Definition enthält affektive rhetorische Elemente, besonders in der stilistischen Gestaltung („periculum mortis, formidine animus perterritus“), die auf Gefühlswirkung berechnet sind, sowie technischere Elemente wie das in den Digesten gängige *pervenire* oder *demovere*, das an den einschlägigen juristischen Begriff *deicere* für unrechtmäßige Inbesitznahme angelehnt ist. In der Begriffswahl ist Ciceros Argument angedeutet, man könne auch ohne *possessio* enteignet werden.⁴³

Die Rede *Pro Caecina* bietet einen seltenen Einblick in die Beziehung juristischer Berater durch die Streitparteien. Cicero hatte seine juristische Position zusammen mit dem Juristen C. Aquilius Gallus erarbeitet (demselben, den er in den *Topica* prominent zitiert⁴⁴), Aebutius sich auf das *responsum* eines von Cicero nicht namentlich genannten Juristen bezogen, der am Wortlaut des Interdikts festhielt.⁴⁵

Der Meinungsstreit darüber, ob psychologische Gewalt ebenfalls *vis* zu nennen sei, hat sich schließlich auch in der juristischen Literatur niedergeschlagen:⁴⁶

Idem Labeo ait eum, qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri deiectum. Sed Pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere.

Ferner sagt Labeo, dass derjenige, der aus Furcht vor einer Menschenmenge flieht, als gewaltsam enteignet anzusehen sei. Pomponius dagegen sagt, es gebe keine Gewalt ohne körperliche Gewalt.

⁴¹ Vgl. *Stroh*, Taxis und Taktik, 94–97. Zu *scriptum* und *voluntas* in der *Caeciniana* vgl. *Hillgruber*, MH 52 (1995), 170–180.

⁴² Cic. Caec. 42 (= QUINT. inst. 7, 3, 17; Übers. *Rahn*, Quintilianus II, 65).

⁴³ Vgl. hierzu *Frier*, Rise, 171–183.

⁴⁴ Cic. top. 51; vgl. auch unten.

⁴⁵ Cic. Caec. 79: „verum tamen quid ait vester iste auctor? ‚QVIBVS QVIDQVE VERBIS ACTVM PRONVNTIATVMQVE SIT‘. conveni ego ex isto genere consultorum non neminem, ut opinor, istum ipsum quo vos auctore rem istam agere et defensionem causae constituere vos dicitis. qui cum istam disputationem mecum ingressus esset, non posse probari quemquam esse deiectum nisi ex eo loco in quo fuisset, rem et sententiam interdicti mecum facere fatebatur, verbo me excludi dicebat, a verbo autem posse recedi non arbitrabatur.“ Vgl. hierzu *Frier*, Rise, 150.

⁴⁶ ULP. 69 ed. D. 43, 16, 1, 29 (Übers. Verf.).

Wenn Labeo seine Ansicht, auch psychisch ausgeübte Gewalt sei Gewalt, in ähnlichen Worten äußert wie Cicero (*metu perterritus* bei Labeo, *formidine perterritum* bei Cicero), so lässt dies rhetorische Färbung erkennen. Das Zustandekommen der Definition Labeos könnte man sich leicht im Zusammenhang eines Prozesses vor dem Richter vorstellen, besonders wenn die Gegenseite in ähnlicher Weise, nämlich buchstabengetreu, definiert hätte wie Pomponius. Dass die Frage der Definition von Gewalt als psychischer und/oder körperlicher Gewalt in ganz ähnlicher Weise auch in der Rhetorenschule verhandelt wurde,⁴⁷ zeigt exemplarisch, dass man hinsichtlich Ausbildung und Berufsausübung von einer starken gegenseitigen Durchdringung von Rhetorik und Jurisprudenz auszugehen hat, deren Ort zunächst die Rhetorenschule, später der Gerichtsprozess war.

Zunächst lässt sich also festhalten, dass die Definition in Ciceros *Topica* zur Aufstellung eines vom Einzelfall abstrahierten Begriffs (hier *hereditas*) verwendet wird, während die Redner umgekehrt diejenigen Punkte auswählten und in die Definition einsetzen, die der Überzeugung des Richters dienen sollten.

II. Beispiel 2: Gattung

Für das zweite Beispiel, Gattung, *genus*, gibt Cicero eine Anweisung zur korrekten Argumentation mittels eines Syllogismus. Dass er das Beispiel des *dolus malus* wählt, der, wie er selbst an späterer Stelle der *Topica* schreibt,⁴⁸ ein juristischer Topos ist, zeigt erneut, dass in die juristische Methode offenbar ein philosophisches Element eingearbeitet werden sollte:⁴⁹

Si dolus malus est, cum aliud agitur aliud simulatur, enumerare licet quibus id modis fiat, deinde in eorum aliquem id, quod arguas dolo malo factum, includere.

Wenn es Arglist ist, etwas anderes zu tun, als man vorgibt, ist es zulässig aufzuzählen, auf welche verschiedene Weisen arglistig gehandelt wird, und sodann in eine davon das einzubeziehen, wovon man behauptet, es sei arglistig geschehen.

Zunächst gibt er eine Definition, die den Obersatz bildet, im Untersatz werden dann die Erscheinungsformen aufgezählt, denen schließlich der konkrete Sachverhalt subsumiert, oder, wie Cicero sagt, ‚inkludiert‘ werden kann.

Hier liegt ein vollständiger Syllogismus vor, der von einem allgemeinen Begriff über Aufzählung der Unterbegriffe (*partes*) bzw. Erscheinungsformen (*species/formae*) zu einer formallogischen Schlussfolgerung kommt, also begriffsllogische Deduktion ist.⁵⁰ Während Cicero den theoretischen Anspruch verfolgt, an-

⁴⁷ QUINT. decl. 386, 1: „Quid est vis? Haec fit alias patientia, alias metu: quorum alterum ad corpus, alterum ad animum pertinet.“

⁴⁸ CIC. top. 66.

⁴⁹ CIC. top. 40 (Übers. Bayer, Cicero, 35).

⁵⁰ Im Beispiel ist die Unterscheidung, ob *partitio* (Aufzählung der Teile) oder *divisio* (Erscheinungsformen einer Obergattung) vorliegt, durch Ciceros eigene Wortwahl er-

hand der *partitio* bzw. *divisio* im Untersatz sämtliche Fälle von Arglist aufzuführen, warnt Quintilian insgesamt vor dieser Figur, wofür er erneut das Wort *periculosum* verwendet:⁵¹

periculosum et cum cura intuendum genus, quia, si in proponendo unum quodlibet omiserimus, cum risu quoque tota res solvitur.

Diese Beweisart ist aber gefährlich und muß sorgfältig ins Auge gefaßt werden; wenn wir nämlich bei der Aufzählung nur irgendeinen Punkt auslassen, ist der ganze Beweis wohl gar unter allgemeinem Gelächter erledigt.

Der Anwalt vor Gericht hat sich also vor allzu großer begriffs- und formallogischer Argumentation zu hüten, wenn er sich der Gegenseite nicht angreifbar machen will.

Dies schlägt sich ebenfalls nieder in der Art der Argumentationsfigur. Ciceros gibt folgendes Gattungsbeispiel:⁵²

Quoniam argentum omne mulieri legatum est, non potest ea pecunia, quae numerata domi relicta est, non esse legata;

forma enim a genere, quoad suum nomen retinet, numquam seiungitur; numerata autem pecunia nomen argenti retinet; legata igitur videtur.

Da das Silber alles dieser Frau vermacht ist, kann es nicht sein, dass das Silbergeld, das zu Hause bar in der Kasse liegt, nicht mitvermacht ist;

denn die Erscheinungsform lässt sich niemals von der Gattung trennen, solange diese ihren Namen beibehält;

Bargeld aber behält den Gattungsnamen *argentum* bei. Folglich hat das Bargeld als Bestandteil des Vermächtnisses zu gelten.

Hier führt Cicero eine syllogistische Argumentation an. Zu einem konkreten Fallbeispiel wird die Begründung aus der Gattung gegeben und theoretisch expliziert. Cicero zieht eine topische Erklärungsebene ein, wodurch wieder eine übergeordnete syllogistische Struktur der Fallentscheidung geschaffen wird. Während Ciceros Beispiel den vollständigen Syllogismus bietet, empfiehlt Quintilian dem Redner den Einsatz des Enthymems, das um eine Prämisse verkürzt ist und als rhetorischer Syllogismus bezeichnet wird. Der Redner möge nicht das folgende, vollständige Schlussverfahren bemühen:⁵³

si pecunia, quae est in argento signato, argentum est,
qui argentum omne legavit,

schwert. CIC. top. 40: Es handelt sich um eine *argumentatio a genere*, die durch *ex toto partis persequi* ausgeführt werden soll. Zur teilweise schwierigen Unterscheidung von *divisio* und *partitio*, besonders bei abstrakten Begriffen, vgl. Reinhardt, Topica, 256 f. Vgl. auch BOETH. diff. top. 3, 7, 4.

⁵¹ QUINT. inst. 5, 10, 67 (Übers. Rahn, Quintilianus I, 573).

⁵² CIC. top. 13 (Übers. Bayer, Cicero, 15).

⁵³ QUINT. inst. 5, 14, 26 (Übers. Rahn, Quintilianus I, 663).

et pecuniam, quae est in argento signato, legavit.
 Wenn Geld, das aus geprägtem Silber besteht, Silber ist,
 dann hat jemand, der alles Silber vermacht hat,
 auch das Geld, das aus geprägtem Silber besteht, vermacht.

Stattdessen sei das Enthymem zu verwenden:

cum argentum legaverit omne,
 pecuniam quoque legavit, quae est in argento.
 Da er alles Silber vermacht hat,
 hat er auch das Geld vermacht, das aus Silber besteht.

Das Enthymem ist deshalb die stärkere Waffe als der vollständige Syllogismus, da es die größere Gefühlswirkung hervorruft und erleichtert, logische Schwächen zu cachieren.⁵⁴

Damit lässt sich These 1 wie folgt begründen: Die Topik bietet ein Denksystem, das aufgrund ihrer Offenheit unterschiedliche Handhabungen zulässt. Cicero verwendet die Topik zu Begriffsbildung und Deduktion, wobei ein Sachverhalt einem möglichst umfassenden und abstrakten Begriff untergeordnet werden soll. Hierzu bedient er sich der logischen Schlussformen, die der Syllogismus bietet. Die Methode, von Aristoteles herkommend, lässt sich als philosophisch beschreiben.

Quintilian bietet gewissermaßen die komplementäre Sicht, weist seinen Redner zu situationsbedingter Auswahl der für den konkreten Fall relevanten Topoi an. Er empfiehlt das Enthymem als rhetorisches, auf Gefühlswirkung gerichtetes Schlussverfahren. Seine Methode ist die, die in den Rhetorikschulen geübt wurde, und kann daher als rhetorisch bezeichnet werden.

C. These 2: Quintilian als Kritiker der Topik Ciceros

Die Doppelfunktion der Topik zwischen deduktiver Begriffsbildung und situativer Kunst wird auch ersichtlich aus Quintilians Abwertung der Topik, deren methodischer Nutzen für den Redner in Zweifel gezogen wird. Dies ist gleichzeitig eine Kritik an Ciceros *Topica*. So folgt Quintilian zwar der Vollständigkeit halber, wie er sagt, den bei Cicero gegebenen Topoi, tauscht aber die Beispiele aus:⁵⁵

et ille quidem non iis exemplis utitur, quia scribens ad Trebatium ex iure ducere ea maluit: ego apertiora posui.

⁵⁴ Zur Überbrückung logischer Lücken durch das Enthymem vgl. von Schlieffen, JZ 66 (2011), 109, 113–115. Zum Enthymem bei Aristoteles und in der Rhetorikforschung vgl. Rapp, Aristoteles I, 323–335; II, 223–240. Zum „Nebelkerzenwerfen“ des Redners bei den Topoi vgl. auch Willems, in diesem Band, 199.

⁵⁵ QUINT. inst. 5, 10, 64 (Übers. Rahn, Quintilianus I, 571 und 573).

Zwar verwendet Cicero nicht diese Beispiele, da er, an den Juristen Trebatius schreibend, seine Beispiele lieber aus dem Rechtsleben genommen hat. Ich habe dafür leichter verständliche eingesetzt.

Dies ist freilich dem Schulkontext geschuldet, zeigt aber ebenfalls, dass Quintilian, in vielen Dingen ein glühender Verehrer Ciceros, das ciceronianische Experiment einer logisch-deduktiven, d.h. einer philosophischen Topik nicht wiederholt.

Außerdem stand Quintilian der Topik insgesamt zwiespältig gegenüber: Ihre Theorie dürfe nicht zu hoch geschätzt werden, da die Argumente, von denen es eine unzählige Menge gebe, für jeden Einzelfall neu gefunden werden müssten. Er hat das Bild des gut bewaffneten, aber unerprobten Soldaten: Wenn dieser nicht wisse, was er treffen will, nützten ihm auch all seine Waffen nichts.⁵⁶ Begrifflich drückt sich dies so aus:⁵⁷

Haec non idcirco dico, quod inutilem horum locorum, ex quibus argumenta ducuntur, cognitionem putem, alioqui nec tradidissem, sed ne se, qui cognoverint ista, si cetera neglegant, perfectos protinus atque consummatos putent et, nisi in ceteris, quae mox praeciipienda sunt, elaboraverint, mutam quandam scientiam consecutos intellegant.

Ich sage dies nicht deshalb, weil ich die Kenntnis unserer Fundstellen, aus denen die Beweise hergeleitet werden, für unnütz hielte, sonst hätte ich sie ja gar nicht vermittelt, sondern damit die Hörer, die nur diese Dinge kennengelernt haben, nicht, wenn sie das übrige geringschätzen, sich gleich für vollkommene und vollendete Redner halten und einsehen, daß sie vorerst nur eine Art stummen Wissens erzielt haben.

In einem schönen kleinen Satz resümiert er seine Ausführungen zum Vorrang der Praxis vor der Theorie: Die wahren Künstler seien die Redner („artifices ergo illi, qui dixerunt“).⁵⁸ Der Redner solle ferner nicht an jeder Tür, d.h. an jedem Topos, anklopfen:⁵⁹

infinitam enim faciat ista res dicendi tarditatem, si semper necesse sit ut temptantes unum quodque eorum, quod sit aptum atque conveniens, experiendo noscamus: nescio an etiam impedimento futura sint, nisi et animi quaedam ingenita natura et studio exercitata velocitas recta nos ad ea, quae convenient causae, ferant.

Denn dieses Verhalten führt ja wohl zu einer grenzenlos langsamen Art zu reden, wenn wir immer Stück für Stück versuchend, was passend und schicklich sei, durch Erproben kennenlernen. Womöglich kann es sogar zum Hemmschuh werden, wenn uns nicht eine Art natürlicher Instinkt und die eifrig geübte Schnelligkeit geradewegs zu dem trägt, was für unseren Fall passend ist.

Der Redelehrer betont den Vorrang des Einzelfalls vor einer ausufernden Theorie ebenso wie den Hausverstand des Redners. Man beachte die Gegenbe-

⁵⁶ QUINT. inst. 5, 10, 109: „nam ut tela supervacua sunt nescienti quid petat, sic argumenta, nisi provideris, cui rei adhibenda sint.“

⁵⁷ QUINT. inst. 5, 10, 119 (Übers. *Rahn*, Quintilianus I, 595).

⁵⁸ QUINT. inst. 5, 10, 121.

⁵⁹ QUINT. inst. 5, 10, 123 (Übers. *Rahn*, Quintilianus I, 595).

griffe zum stummen Wissen: *animus, ingenium, natura, studium, exercitatio, velocitas*: Dies ist einerseits die Umkehrung der von Cicero behaupteten Rangfolge von *ars* und *usus*, die er anhand von Scaevola und Servius exemplifiziert hatte. Andererseits werden natürliche Kategorien betont, die besonders der Redner besitzten muss: gesunder Menschenverstand, Instinkt, Flexibilität des Denkens.

Anhand der von Quintilian gewählten Begrifflichkeiten lässt sich die Topik bei Cicero als Methoden- und Wissenschaftstheorie beschreiben, bei Quintilian als praktische, situative Kunst.

D. These 3: Topik als Unterscheidungsmittel

In den Thesen 1 und 2 wurden ein philosophischer und ein rhetorischer Umgang mit der Topik unterschieden. Welche Erkenntnisse können die Topoi nun für die juristische Methode bieten?

I. Topoi der Person und der Tat

Aus Ciceros *Topica* geht zunächst klar hervor, was die Juristen nicht interessierte. Die Trennung zwischen Anwalt und Rechtsgelehrtem ist zweimal deutlich gemacht. In der ersten Stelle referiert Cicero ein Sprichwort des Juristen Aquilius Gallus – „das hat nichts mit dem Recht zu tun, sondern mit Cicero!“ („*Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem*“). Cicero steht freilich für den Anwalt, der vor Gericht plädiert. Dieser Satz findet sich in Cic. top. 51, als Cicero, nur der Vollständigkeit halber, wie er sagt, die Topoi der Tatfragen, *quaestiones facti*, erläutert, die weder in den Bereich der Juristen noch den der Philosophen fielen. Die zweite Bruchstelle dieser Art ist in Cic. top. 72, als die Topoi der Person erläutert werden: „Überhaupt nichts hat das folgende mit euren Überlegungen zu tun“ („*ea nihil omnino ad vestras disputationes pertinent*“).

Hieraus wird klar, welche Topoi Cicero aus der Betrachtung streicht. Juristisch relevant sind nur die allgemeinen Kategorien, nicht Tatfragen oder Personenmerkmale, wie sie vor Gericht verhandelt werden. Die Trennung der Topoi ist zu verstehen vor dem Hintergrund der Struktur des republikanischen und frühkaiserzeitlichen Zivilprozesses, der in die Phasen *in iure* und *apud iudicem* zerfiel.⁶⁰

⁶⁰ Zum Folgenden Kaser/Hackl, RPZR, 151–171; Metzger, RLT 2013, 1–30 (mit Forschungsstand und weiterführender Literatur). Einen guten Überblick über den Prozessverlauf bietet Johnston, Roman Law, 112–132. Zur Phase *in iure* vgl. besonders Metzger, Civil Procedure, in: Spaces of Justice, 27–41. Über die Phase *apud iudicem* wissen die juristischen Quellen kaum etwas zu berichten, was freilich darin begründet ist, dass dies das Feld der Redner war, wo offensichtlich keine prozessrechtlich relevanten Vorschriften zu diskutieren waren; vgl. Kaser/Hackl, RZPR, 357: „Über den Hergang der Verhandlung vor dem Einzelrichter oder den Rekuperatoren lassen uns die juristischen Quellen großteils im Stich.“ Vgl. auch Steinwenter, SZ 65 (1947), 69, 69–92.

Dabei wurde zuerst vom Gerichtsmagistraten, meist dem Prätor, die Klageformel (*formula*) festgelegt und Richter oder Richterbank bestimmt. Die Beweisführung vor den Richtern, die juristische Kenntnisse hatten, aber keine Berufsrichter waren, oblag schließlich den Anwälten bzw. Rednern.⁶¹ Aus der Besetzung der Richtergremien ist erklärbar, weshalb die Gerichtsrhetorik stets größeren Wert auf emotionale Überredung als auf tiefgreifende Rechtskenntnisse legte.

Juristen waren an beiden Phasen beteiligt, zunächst als Berater des Gerichtsmagistraten zur Erstellung der Klageformel; dann im Prozesshergang vor den Richtern, wo die Anwälte ebenfalls Juristen beschäftigten, die ihnen bei den rechtlichen Fragen zur Seite standen. Schließlich griff auch der Richter auf ein juristisches *consilium* zurück.⁶² In der Person des Richters manifestierte sich also ein potentieller Konflikt zwischen den plädierenden Anwälten und den beratenden Juristen und damit zwischen rhetorischer und juristischer Argumentation.

Die Person des Richters nimmt Quintilian an einer Stelle in den Blick, wo der Vorrang des Sachverhalts, also der *quaestiones facti et personae*, vor abstrahierenden juristischen und philosophischen Darlegungen betont wird:⁶³

persuadendum enim iudici est, qui etiam si verbis devinctus est, tamen, nisi ipsi rei accesserit, tacitus dissentiet. agenti vero quae tanta est huius praecisae comprehensionis necessitas?

Überzeugt werden muss der Richter, der auch, wenn er mit den Schlingen der Worte eingefangen ist, dennoch still bei sich anderer Meinung sein wird, wenn er nicht unmittelbar mit dem Sachverhalt in Berührung kommt. Was sollte aber für einen Prozessredner für eine Nötigung bestehen zu dieser genauen Ausdrucksweise?

Was im Begriff *res* ausgedrückt ist, lässt sich hinsichtlich der Topik fassen mit den Fragen der Person, *persona* oder *auctor*, und der Tat, *factum*. Vor dem Richter sind also keine abstrakten Begriffsbildungen gefordert, sondern die unmittelbare, überzeugende Darstellung des Verhandlungsgegenstands.

Bedauerlicherweise geben weder die juristischen noch die rhetorischen Quellen viel Aufschluss über die Rolle des Richters, deren genauere Kenntnis für das Verständnis der juristischen Methodik sowie der Teilhabe der Juristen am Urteilspruch von enormem Wert wäre. Wir haben lediglich zwei Stellen bei Gellius, wo ein Richter, nämlich Gellius selbst, einigermaßen detailliert über seine Überlegungen zur Urteilsfindung im Privatprozess berichtet.⁶⁴ Für die Topik ist die zweite Passage (GELL. 14, 2) ergiebiger, in der Gellius zur Verhandlung einer Rückzahlungsklage (*actio certae creditae pecuniae*) als Richter eingesetzt war.

⁶¹ Der Richter konnte freilich auch ein Jurist sein: vgl. Frier, Rise, 147 zu C. Aquilius Gallus.

⁶² Vgl. Tuori, A Place for Jurists, in: Spaces of Justice, 43, 48–60.

⁶³ QUINT. inst. 7, 3, 15 (Übers. Rahn, Quintilianus II, 65).

⁶⁴ GELL. 12, 13; 14, 2.

Ein Gläubiger klagte die Rückzahlung eines Darlehens ein, konnte dessen Aushängung allerdings weder schriftlich, *tabulis*, noch durch Zeugen, *testibus*, belegen. Aufgrund der unzureichenden Beweislage drängten die Anwälte der Verteidigung darauf, den Fall schnell zu den Gunsten ihres Klienten abzuschließen.⁶⁵ Auch die juristisch gebildeten Freunde, die Gellius um Rat fragte, rieten ihm zu einem raschen Urteil.⁶⁶ Nun ließ sich Gellius allerdings von anderen, gewissermaßen weichen Gesichtspunkten leiten, und zwar solchen, die man als Topoi der Person benennen kann:⁶⁷

Sed eum constabat virum esse firme bonum notaeque et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multaque et inlustria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur:

illum autem, unde petebatur, hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendacii plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur.

Er (der Kläger) aber war erwiesenermaßen ein grundanständiger Mann, seine Vertrauenswürdigkeit bekannt und oft erprobt, sein Lebenswandel war ohne jeden Tadel, musterhafte Beispiele seiner Redlichkeit und Aufrichtigkeit wurden dargelegt.

Der Beklagte hingegen befand sich in schlechten Umständen, war in seinem Lebenswandel schändlich und niederträchtig und überall der Täuschungen überführt worden, und erwies sich als Mensch des Wortbruchs und des Betrugs.

Was Gellius letztlich zur Vertagung bewog, waren also die Gesichtspunkte Charakter, Vorleben, Lebenswandel, öffentliches Ansehen, finanzielle Stellung, d.h. Topoi der Person.

Nachdem Gellius wiederum den Philosophen Favorinus befragt hatte, der ihm riet, der Klage des guten Mannes stattzugeben, enthob sich Gellius schließlich seines Richteramtes, indem er den Fall unentschieden ließ: *non liquet*.⁶⁸

Wir sehen am Beispiel des Gellius, wie der Richter vor allem die konkreten topischen Verfahrensweisen der Tatfragen und der Personenfragen anwandte, um zu einem Urteilsspruch zu gelangen. Für die Juristen, deren Rat Gellius nicht einforderte bzw. nicht berücksichtigte, spielten diese Gesichtspunkte keine Rolle.

Diese beiden Teile der Topik lassen sich also aus der Betrachtung über die juristische Methode ausklammern. Es bleiben die allgemeinen Denkkategorien übrig, derer sich jeder notwendigerweise bedient, der Argumente finden will. Wie in These 1 gesehen, bietet die Topik die Möglichkeit, systematisch und kasuistisch vorzugehen.

⁶⁵ GELL. 14, 2, 7 f.

⁶⁶ GELL. 14, 2, 9.

⁶⁷ GELL. 14, 2, 5 f. (Übers. Verf.).

⁶⁸ GELL. 14, 2, 25.

II. Statuslehre, Wortlaut und Absicht

Wenn Cicero dem Juristen Trebatius eine Begriffssystematik näherbringen wollte, so impliziert dies, dass die Juristen methodisch anders vorgegangen sein müssen, nämlich eben vorrangig – aber freilich nicht ausschließlich – situativ und kasuistisch.⁶⁹ Die Juristen scheinen also nicht wesentlich anders gearbeitet bzw. gedacht zu haben als die Redner: in argumentativer, häufig enthymematischer Auseinandersetzung mit gegenseitigen Auslegungen;⁷⁰ durch praxisnahe Auslotung eines Begriffs eher als durch Deduktion;⁷¹ durch Fallvergleiche nach Ähnlichkeiten und Unterschieden.⁷² Dabei haben sie nicht oder kaum konkrete Personen- und Tatmerkmale in ihre Überlegungen einbezogen, sondern die hiervon abstrahierte, dem Fall zugrunde liegende *quaestio iuris* untersucht.⁷³ Damit ist auf dem Wege der Topik das als Methodenbereich der Juristen beschrieben, was sich auch innerhalb der rechtshistorischen Forschung als akzeptierte Meinung herausgebildet hat.⁷⁴

Die juristische Arbeit lässt sich schematisch unter dem von Cicero geforderten Abstraktionsniveau und über der konkreten personen- und fallbezogenen Argumentation der Anwälte ansiedeln. Näher steht der Jurist aber dem Anwalt. Dass das Schnittfeld von juristischer und rhetorischer Methode beträchtlich ist, wird nicht verwundern: Die spätrepublikanischen und kaiserzeitlichen Juristen erhielten ihre Ausbildung vor allem in den Schulen der Rhetoren.⁷⁵ Der Schüler lernte

⁶⁹ Vgl. Wieacker, RRG II, 47–49.

⁷⁰ Vgl. Waldstein, SZ 92 (1975), 26, 41.

⁷¹ Vgl. Gordley, Jurists, 8: „The Roman jurists explained their concepts, not by defining them, but by testing them against particular cases.“

⁷² Wieacker, RRG II, 45. Kaser, RPR I, 212. Zu den Topoi *a similitudine* und *a differentia* vgl. auch den Beitrag von Ehmer, in diesem Band.

⁷³ Berücksichtigt wurden allerdings soziale und gesellschaftliche Wertaspekte (Wie-ling nennt sie ‚Topoi‘), die sogenannten *favores* (z. B. *favor heredis, favor libertatis, favor uxoris*). Vgl. Wieling, Testamentsauslegung, 250 f.

⁷⁴ Wieacker, RRG II, 45: „Wir sahen die Juristen der späten Republik im Begriff, sich nicht mehr an der Entscheidung von Einzelfällen auf dem Boden von Tradition, Autorität und eigener Empirie genügen zu lassen, sondern durch Systematisierung der im konkreten Sachverhalt verborgenen *quaestio iuris* zu einem sich allmählich steigernden allgemeineren Erkenntniszusammenhang zu gelangen (...). Seine Kohärenz gewann dieser Zusammenhang indes nicht mittels seiner Darstellung in einem geschlossenen Lehrgebäude, sondern durch die beständig fortgesetzte Bildung von Ähnlichkeitsurteilen im Wege der Fallvergleiche.“ Gordley, Jurists, 12: „The manner in which the jurists stated their cases was in one way concrete and in another abstract. It was concrete in that each case concerned a particular factual situation that might actually occur. It was abstract in that, among all of the facts that might be encountered in real life, the jurists mentioned only those that bore upon the legal problem that they wished to solve.“

⁷⁵ Die gegenteilige Vermutung von Kacprzak, Rhetoric and Roman Law, in: Oxford Handbook, 200, 201 (ohne Quellenbeleg, mit Verweis auf eine ebenso unsichere Parallele zur Philosophenschulung) ist zurückzuweisen. Weder machen die Quellen eine republikanische oder frühkaiserzeitliche Institutionalisierung des Rechtsunterrichts wahrscheinlich, noch lassen sich Philosophie- und Rechtsstudium miteinander vergleichen.

die Tatfragen von den Rechtsfragen zu unterscheiden und übte sich neben der *controversia*, d.h. der rhetorischen Argumentation, in der Herausarbeitung und Analyse der *quaestio iuris*. Das Instrumentarium lag bereit und wurde, wie aus Quintilians markanter Schwerpunktsetzung hervorgeht, ausführlich gelehrt:⁷⁶ Die hermagoreische Statuslehre hatte zur Besprechung eines Falles in allgemeine (λογικαὶ στάσεις, *status rationales*) und gesetzliche Fragen (νομικαὶ στάσεις, *status legales*) unterschieden und hierfür jeweils analytische Kategorien gegeben.⁷⁷ Die allgemeine Frage zerfiel in Untersuchung (στοχασμός, *coniectura*), Definition (ὄρος, *finitio*) und (moralische) Bewertung (ποιότης, *qualitas*); die Rechtsfrage wurde in Wortlaut und Absicht (ῥητὸν καὶ ὑπεξαίρεσις, *scriptum et voluntas*), gegensätzliche (ἀντινομία, *leges contrariae*), doppeldeutige (ἀμφιβολία, *leges ambiguae*) und analoge Gesetze (συλλογισμός, *ratiocinatio/collectivum*) unterschieden. Die wichtigste Kategorie war nach Quintilian ‚Wortlaut und Absicht‘, worauf er alle übrigen Rechtsfragen zurückführte.⁷⁸ Der Grund lag darin, dass hier das hauptsächliche Schnittfeld von anwaltlicher und juristischer Arbeit bei Gericht lag:⁷⁹

Scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est, et pars magna controversi iuris hinc pendet. quo minus id accidere in scholis mirum est: ibi etiam ex industria fingitur.

Die Frage nach Wortlaut und Absicht ist am häufigsten unter den Rechtsberatern, und ein großer Teil strittigen Rechts hängt hiervon ab. Umso weniger verwunderlich ist es, daß das auch in den Schulübungen so ist. Dort erfindet man solche Fälle sogar mit Absicht.

Ersteres diente den reicheren Bevölkerungsschichten als Abrundung des ‚üblichen‘, d.h. rhetorischen Unterrichts (vgl. *Hahn*, Philosoph, 62); einem Rechtsgelehrten schloss man sich vermutlich meistens erst an, nachdem man Erfahrungen als Anwalt gesammelt hatte. Vgl. z.B. *Cic. Mur.* 29; *QUINT. inst.* 12, 3, 9 f.; *POMP. l.s. enchirid.* D. 1, 2, 2, 43 zum Karriereweg des ‚spätberufenen‘ Juristen Servius. Der Juristenberuf war außerdem, vor allem für die niedrigeren gesellschaftlichen Schichten, der weniger aussichtsreiche Karriereweg (vgl. *Cic. Mur.* 19–30; *de orat.* 1, 198; 1, 252; *QUINT. inst.* 6, 4, 6; 12, 3, 4; *Iuv.* 7, 122 f. Vgl. *Kunkel*, Herkunft, 43; *Lehne-Gstreinthal*, *Jurisperiti*, 387–394.

⁷⁶ Quintilian widmet der Statuslehre die Bücher 3 (zur *inventio*) und 7 (zur *dispositio*). Die Statuslehre erscheint also bereits quantitativ als wichtigster Teil der quintilianischen Rhetorik. Ferner ist das Bemühen erkennbar, die Statuslehre von übergroßer Theorielast zu befreien und zum argumentativen Hauptwerkzeug des Redners zu machen. Anhand der Reduktion auf die *status rationales* Vermutung (*coniectura*), Definition (*finitio*) und Qualität (*qualitas*) sollten sämtliche Tat- und Gesetzesfragen beantwortet werden können. Vgl. z.B. *QUINT. inst.* 3, 6, 82: „neque enim ulla iuris disceptatio nisi finitione, qualitate, coniectura potest explicari.“ 12, 2, 19: „Quid? non quaestio iuris omnis aut verborum proprietate aut aequi disputatione aut voluntatis coniectura continetur? Quorum pars ad rationalem, pars ad moralem tractatum redundat.“

⁷⁷ Zur Statuslehre vgl. z.B. *Calboli Montefusco*, La dottrina degli status; *Heath*, CQ 44 (1994), 114–129; *Hoppmann*, HWR 8 (2007), 1327–1358; *Schirren*, Redesachverhaltsfeststellung, in: *Rhetorik und Stilistik*, 610–620.

⁷⁸ *QUINT. inst.* 7, 6, 12.

⁷⁹ *QUINT. inst.* 7, 6, 1 (Übers. *Rahn*, Quintilianus II, 97).

Wenn die Schulübungen dem angehenden Anwalt dazu dienen sollten, den Juristen Paroli zu bieten, so ist klar, dass die dort angewandte rhetorische Methode mit der juristischen Methode in gewisser Weise kompatibel sein musste. In den Schuldeklamationen Quintilians wurde großer Wert auf die Herausarbeitung der jeweiligen *quaestio iuris* gelegt. Die Unterteilung in rechtliche und rhetorische Behandlung ist häufig explizit gemacht, wobei man zunächst (oft noch ohne Bezug zum Fall) den rechtlichen Hauptstreitpunkt (*lis* oder *ius*) herauszuschälte, bevor die rednerische Argumentationsstrategie (*controversia*, *qualitas*, *aequitas* etc.) bedacht wurde.⁸⁰ Bei der Analyse der Rechtstexte war die Frage nach dem Gesetzgeberwillen vorherrschend, die man hinsichtlich sprachlich-definitorischer, historischer und teleologischer Gesichtspunkte diskutierte.⁸¹

Die Argumentationsstruktur der Schulübungen macht die Vermutung plausibel, dass der angehende Anwalt und der angehende Jurist gemeinsam die Schulbank drücken konnten, ohne dadurch schlecht auf ihre jeweiligen Berufe vorbereitet gewesen zu sein. Der werdende Jurist vertiefte anschließend die rechtlichen Analysepraktiken, die sich von den schulischen sicherlich nicht signifikant unterschieden. Der Anwalt wiederum legte den Schwerpunkt auf die fallbezogene Argumentation, ohne seine juristischen Vorkenntnisse aufzugeben. In diesem Kontext lässt sich ein polemischer Satz anführen, der den Juristen Unrecht tut, aber für die gemeinsame Ausbildungssituation aufschlussreich ist: Das Rechtsstudium, so Cicero und Quintilian, nehme man auf, nachdem man an der Schwierigkeit des Rednerberufs gescheitert sei.⁸²

Für die interdisziplinär organisierte rechts- und rhetorikgeschichtliche Topikforschung bieten die Schuldeklamationen einen vielversprechenden Ansatzpunkt für die genauere Bestimmung von juristischer und rhetorischer Methodik.⁸³ Das

⁸⁰ Markiert wurden die Teile, meist in der Gliederungsanleitung des Lehrers (*sermo*), so: *haec circa ius; illa circa aequitatem* etc. Vgl. QUINT. decl. 245, 4; 250, 8; 254, 20; 270, 17; 272, 1 f.; 273, 13; 300, 1; 309, 11; 314, 3; 340, 10; 341, 1 und 5; 342, 13; 348, 1. Zu den rechtlichen Aspekten der *Controversiae* Senecas d.Ä. vgl. Harries, Legal Education, in: Oxford Handbook, 151, 154–156, zu den *Declamationes maiores*, besonders Ps. QUINT. decl. 13, vgl. Mantovani, I giuristi, in: Testi e problemi, 323–385.

⁸¹ Man fragte etwa nach der *causa constituendae legis*, nach der *voluntas legis* oder danach, *quid voluerit legum lator* (QUINT. decl. 313, 5). Vgl. QUINT. decl. 249, 8; 264, 12; 270, 18; 274, 9; 278, 9; 295, 4; 297, 8; 308, 9; 310, 4; 311, 8; 313, 5; 317, 9 f.; 334, 3; 340, 2 und 4; 342, 4 u. ö.

⁸² CIC. Mur. 29: „ut aiunt in Graecis artificibus eos auloedos esse qui citharoedi fieri non potuerint, sic nos videmus, qui oratores evadere non potuerint, eos ad iuris studium devenire.“ QUINT. inst. 12, 3, 9: „Quod si plerique desperata facultate agendi ad discendum ius declinaverunt, quam id scire facile est oratori quod discunt qui sua quoque confessione oratores esse non possunt.“

⁸³ Wie ertragreich die rechtshistorische Auseinandersetzung mit den Deklamationen sein kann, geht hervor aus der wichtigen Arbeit von Wycisk, *Quidquid in foro*. Einen Ansatz für die Bestimmung der juristischen Methode mithilfe rhetorischer Argumentationsstrukturen zeigt Babusiaux, Papinians Quaestiones.

hat den Grund auch darin, dass die Redner, anders als die Juristen, ihre Argumente in großer Breite ausführten und mit Begründungen nicht geizten.

Dies führt zurück zur Frage, was Cicero mit seinen *Topica* erreichen wollte.⁸⁴ Hierzu gibt eine Stelle Aufschluss, die den Bogen zum lakonischen Trebatius der Horazstelle schlägt. In top. 66 schreibt Cicero:⁸⁵

Licebit igitur diligentior argumentorum cognitio locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare.

Es wird also nicht nur Rednern und Philosophen, sondern auch den Rechtskundigen möglich sein, nach sorgfältigem Studium der Argumentationsmuster ausführlich über ihre Beratungsgegenstände zu diskutieren.

Bedeutsam ist hier das Wort *copiose*, ein rhetorischer Terminus für das, was mittels *inventio*, Auffindung der Argumente, d.h. anhand der Topik argumentativ ausgeführt wurde. Was Cicero in seinen *Topica* forderte, ist also dasselbe, wonach die rechtshistorische Forschung noch immer sucht: die Urteilsbegründungen der Juristen.

Literaturverzeichnis

- Babusiaux*, Ulrike: Papinians *Quaestiones*. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen, München 2011
- Balkin*, Jack M.: A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason, in: Brooks, Peter/Gewirtz, Paul (Hrsg.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven/London 1996, 211–224
- Bayer*, Karl (Hrsg.): M. Tullius Cicero, *Topica*. Die Kunst, richtig zu argumentieren. Lateinisch und deutsch, München 1993
- Blühdorn*, Jürgen: Kritische Bemerkungen zu Theodor Viehwegs Schrift ‚Topik und Jurisprudenz‘, TR 38 (1970), 269–314
- Calboli*, Gualtiero: Die Topik in Jurisprudenz und Rhetorik, in: Schirren, Thomas/Ueding, Gert (Hrsg.), *Topik und Rhetorik*, Tübingen 2000, 555–565
- Calboli Montefusco*, Lucia: La dottrina degli status nella retorica greca e romana, Hildesheim 1986
- Dingel*, Joachim: *Scholastica materia*. Untersuchungen zu den *Declamationes minores* und der *Institutio oratoria* Quintilians, Berlin/New York 1988
- Frier*, Bruce: *The Rise of the Roman Jurists*. Studies in Cicero's *pro Caecina*, Princeton 1985
- Fuhrmann*, Manfred: Die zivilrechtlichen Beispiele in Ciceros Topik, in: Schirren, Thomas/Ueding, Gert (Hrsg.), *Topik und Rhetorik*. Ein interdisziplinäres Kolloquium, Tübingen 2000, 51–66

⁸⁴ Oder, wie *Fuhrmann*, Die zivilrechtlichen Beispiele, in: *Topik und Rhetorik*, 51, 65 formulierte: „Was hat der Jurist davon ...?“.

⁸⁵ Cic. top. 66 (Übers. *Bayer*, Cicero, 57).

- Gordley, James: *The Jurists: A Critical History*, Oxford 2013
- Hahn, Johannes: *Der Philosoph und die Gesellschaft. Selbstverständnis, öffentliches Auftreten und populäre Erwartungen in der hohen Kaiserzeit*, Stuttgart 1989
- Harries, Jill: *Legal Education and Training of Lawyers*, in: du Plessis, Paul J./Ando, Clifford/Tuori, Kaius (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, 151–163
- Heath, Malcolm: The substructure of *stasis*-theory from Hermagoras to Hermogenes, CQ 44 (1994), 114–129
- Henket, Maarten: *Status and loci for the Modern Judge. From voluntas to Purpose and Beyond*, in: Tellegen-Couperus, Olga (Hrsg.), *Quintilian and the Law*, Leuven 2003, 179–190
- Hillgruber, Michael: *Scriptum und voluntas in der Rechtswissenschaft der römischen Republik*, MH 52 (1995), 170–180
- Hoppmann, Michael: *Statuslehre*, HWR 8 (2007), 1327–1358
- Horak, Franz: *Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Bd. 1, Innsbruck 1969
- Hügli, Anton: *Auf der Suche nach dem Ort unserer Überzeugungen. Oder: Warum jedes Denken topisch sein muss*, in: Dörpinghaus, Andreas/Helmer, Karl (Hrsg.), *Topik und Argumentation*, Würzburg 2004, 37–58
- Johnston, David: *Roman Law in Context*, Cambridge 1999
- Kacprzak, Agnieszka: *Rhetoric and Roman Law*, in: du Plessis, Paul J./Ando, Clifford/Tuori, Kaius (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, 200–213
- Kalivoda, Gregor: *Typologie der Topik*, in: Kreuzbauer, Günther/Gratzl, Norbert/Hiebl, Ewald (Hrsg.), *Persuasion und Wissenschaft. Aktuelle Fragestellungen von Rhetorik und Argumentationstheorie*, Wien 2007, 129–142
- Kaser, Max: *Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht (= HAW, X.3.3.1)*, 1. Aufl., München 1955
- Kaser, Max/Hackl, Karl: *Das römische Zivilprozessrecht (= HAW, X.3.4)*, 2. Aufl., München 1996
- Kunkel, Wolfgang: *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952
- Launhardt, Agnes: *Topik und Rhetorische Rechtstheorie. Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs*, Frankfurt am Main 2010
- Leesen, Tessa G.: *Gaius meets Cicero. Law and Rhetoric in the School Controversies*, Leiden/Boston 2010
- Lehne-Gstreithaler, Christine: *Iurisperiti et oratores. Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik*, Köln 2019
- Mantovani, Dario: *I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura nella Declamatio maior XIII*, in: Mantovani, Dario/Schiavone, Aldo (Hrsg.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 323–385

- Martini*, Remo: Di nuovo sulla „definitio“. Fra retorica e giurisprudenza, *Labeo* 41 (1995), 169–180
- Metzger*, Ernest: Civil Procedure in Classical Rome, Having an Audience with the Magistrate, in: de Angelis, Francesco (Hrsg.), *Spaces of Justice in the Roman World*, Leiden/Boston 2010, 27–41
- Metzger*, Ernest: An Outline of Roman Civil Procedure, *RLT* 9 (2013), 1–30
- Rahn*, Helmut (Hrsg.): Marcus Fabius Quintilianus, Ausbildung des Redners. Lateinisch und deutsch, 5. Aufl., Darmstadt 2011
- Rapp*, Christof (Hrsg.): *Aristoteles*, Rhetorik, 2 Halbbände, Berlin 2002
- Reinhardt*, Tobias: Cicero's *Topica*. Edited with an Introduction, Translation, and Commentary, Oxford 2003
- Reinhardt*, Tobias: Techniques of Proof in Fourth Century Rhetoric, Aristotle, Rhetoric B23–4 and pre-Aristotelian Rhetorical Theory, in: Mirhady, David (Hrsg.), *Influences on Peripatetic Rhetoric*, Leiden/Boston 2007, 87–104
- Reinhardt*, Tobias: On *Endoxa* in Aristotle's *Topics*, *RhM* 158 (2015), 225–246
- Saiz Noeda*, Belén: Proofs, Arguments, Places, Argumentation and Rhetorical Theory in the *Institutio oratoria*, Book V, in: Tellegen-Couperus, Olga (Hrsg.), *Quintilian and the Law*, Leuven 2003, 95–110
- Schirren*, Thomas: Redesachverhaltsfeststellung (Statuslehre), in: Fix, Ulla/Gardt, Andreas/Knape, Joachim (Hrsg.), *Rhetorik und Stilistik*, Berlin/New York 2009, 610–620.
- Schirren*, Thomas: Topik im Rahmen der klassischen Rhetorik, in: Fix, Ulla/Gardt, Andreas/Knape, Joachim (Hrsg.), *Rhetorik und Stilistik*, Berlin/New York 2009, 1444–1459
- Schlieffen* (Sobota), Katharina von: Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1990
- Schlieffen*, Katharina von: Wie Juristen begründen, Entwurf eines rhetorischen Argumentationsmodells für die Rechtswissenschaft, *JZ* 66 (2011), 109–116.
- Steinwenter*, Artur: Rhetorik und römischer Zivilprozeß, *SZ* 65 (1947), 69–120
- Strauch*, Hans-Joachim: Verständliche Kritik, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg/München 2017
- Stroh*, Wilfried: Taxis und Taktik. Die advokatische Dispositionskunst in Ciceros Gerichtsreden, Stuttgart 1975
- Tuori*, Kaius: A Place for Jurists in the Spaces of Justice?, in: de Angelis, Francesco (Hrsg.), *Spaces of Justice in the Roman World*, Leiden/Boston 2010, 43–65
- Viehweg*, Theodor: Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, München 1953
- Waldstein*, Wolfgang: Konsequenz als Argument klassischer Juristen, *SZ* 92 (1975), 26–68

Wieacker, Franz: Rezension zu Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, *Gnomon* 27 (1955), 367–370

Wieacker, Franz: *Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Abschnitt: Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike im weströmischen Reich und die oströmische Rechtswissenschaft bis zur justinianischen Gesetzgebung. Ein Fragment aus dem Nachlass von Franz Wieacker*. Herausgegeben von Joseph Georg Wolf (= HAW, X.3.1.2), München 2006

Wieling, Hans Josef: *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972

Wycisk, Tonia: *Quidquid in foro fieri potest – Studien zum römischen Recht bei Quintilian*, Berlin 2008

Juristische Methodik in Ciceros *Topica* und in Gaius Institutionen

Von Wolfram Buchwitz

A. Einteilung des Stoffes	231
I. <i>definitio</i>	232
II. <i>partitio</i> und <i>divisio</i>	233
III. <i>genus, forma (species)</i> und <i>pars</i>	236
B. Auslegung und juristische Methodik	237
I. Auslegungslehre bei Cicero	238
II. Auslegungslehre bei Gaius	239
III. Kontextabhängige Auslegung	240
IV. Fiktion	241
C. Der Vergleich	242
D. Fazit	244

Die gaianischen Institutionen sind die einzige vollständig überlieferte Juristenschrift der römischen Antike, sodass sie ein notwendiger Untersuchungsgegenstand bei allen Fragen nach Methodik und Arbeitsweise der römischen Juristen sind. Gleichzeitig folgt aus ihrem Charakter als Elementarlehrbuch ein hohes Maß an systematischer Struktur, das sie ebenfalls für einen Vergleich mit der von Cicero in den *Topica* entwickelten Methodik prädestiniert. Die Untersuchung zeigt dabei, dass die Institutionen hinsichtlich der Einteilung des Stoffes größere und auffällige Parallelen zu den *Topica* enthalten, während die Bereiche der Gesetzesanwendung und Methodik anders und freier gehalten sind als bei Cicero.

A. Einteilung des Stoffes

Die Anwendung einer wissenschaftlichen Methode auf das Recht erfordert zunächst eine Systematisierung und Einteilung des in der Realität aufgefundenen ungeordneten Stoffes. Das – stets vorhandene – Rechtsleben der Bürger führt notwendigerweise dazu, dass mit Begriffen wie Person, Sache oder Materie gearbeitet wird und dass sich Figuren wie Kauf, Miete oder Darlehen herausbilden. Aufgabe eines Wissenschaftlers ist es, diesen Begriffen und Instituten scharfe Konturen zu verleihen, um sie voneinander abzugrenzen und auf diese Weise Klarheit über das Rechtssystem zu erlangen und die Basis für einen weitergehen-

den wissenschaftlichen Diskurs über das Recht zu legen. In Fortführung von Aristoteles nimmt daher auch Cicero die Erläuterung seiner Topoi mit Hilfe von Begriffsdefinitionen (*definitio*) vor, wobei er zwei Arten von Definitionen, die auflistende (*partitio*) und die analysierende (*divisio*) unterscheidet (top. 26 ff.). Da die auf diese Weise gelegten Grundlagen in der Folgezeit vor allem auf die römischen Schulschriftsteller gewirkt haben, ist der Vergleich mit den Institutionen des Gaius sehr aufschlussreich.¹ Bretone nimmt sogar an, dass Gaius in gewisser Weise den methodischen Anspruch, den Cicero sich in seinem Programm *De iure civili in artem redigendo* gesetzt hatte, verwirklicht habe,² doch sind diese Schlussfolgerungen angesichts der großen zeitlichen Distanz jedenfalls mit Vorsicht zu betrachten.

I. *definitio*

Bei der Frage, was eine juristische Definition ist, verhält sich Cicero in Anlehnung an Aristoteles³ recht klar und einfach: „Definitio est oratio quae id quod definitur explicat quid sit“ (top. 26). Es soll also um die Erläuterung des Begriffsinhalts gehen. Bei Gaius wird der Begriff dagegen recht uneinheitlich verwendet. Als eine Definition im ciceronischen Sinne könnte man seine Definition des Straflegats bezeichnen: „Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat“ (GAI. 2, 235). Immer dann, wenn ein Vermächtnis zur Folge hat, dass der Erbe etwas tun oder unterlassen muss, handelt es sich um ein Straflegat.⁴ Damit wird der Inhalt eines Straflegats klar umschrieben und der zunächst etwas vage Begriff *legatum poenae nomine* juristisch handhabbar gemacht.

Ganz anders verhält es sich jedoch hinsichtlich der „Definition“, die Gaius zum Erwerb durch einen Nießbrauchssklaven präsentiert (GAI. 2, 94). Bei einem Nießbrauchssklaven sind die Rechte am Sklaven dergestalt aufgeteilt, dass der Eigentümer zwar das Eigentum am Sklaven behält, aber einer anderen Person den Nießbrauch am Sklaven überträgt, sodass der Nießbraucher berechtigt ist, den Nutzen aus dem Sklaven zu ziehen, vor allem also dessen Arbeitsleistungen in Anspruch zu nehmen. Der Eigentümer behält dagegen die sonstigen Berechtigungen am Sklaven, kann ihn also etwa veräußern. Wenn ein solcher Nießbrauchssklave etwas erwirbt, zum Beispiel Gelder aus einem Rechtsgeschäft mit einem Dritten oder eine Erbschaft, so stellt sich die Frage, ob dieser Erwerb dem Eigentümer oder dem Nießbraucher gehört. Die Antwort auf diese Frage bemisst sich nach Gaius anhand einer von ihm aufgestellten Definition („secundum defi-

¹ Dazu auch Coing, SZ 69 (1952), 24, 36.

² Bretone, Iura 39 (1988), 1, 21.

³ Dazu Reinhardt, Topica, 262.

⁴ Dazu näher Grosso, Legati, 44 ff.

nitionem, quam proxume exposuimus“, GAI. 2, 94). Die Definition, auf die er verweist, lautet:

De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur; quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat.⁵

Es findet also eine Aufteilung des Sklavenerwerbs statt, wonach der Nießbraucher das Vermögen erhält, welches der Sklave mit Mitteln des Nießbrauchers oder mit seiner eigenen Arbeitsleistung erwirtschaftet, der sonstige Erwerb des Sklaven aber an den Eigentümer fällt. In juristischer Hinsicht handelt es sich hier um eine durchaus treffende Unterscheidung: Da dem Nießbraucher das Nutzungsrecht am Sklaven zusteht, ist es selbstverständlich, dass er den Erwerb aus Arbeitsleistungen erhält. Auch das, was aus seinen eigenen Mitteln stammt, also etwa aus Rechtsgeschäften des Sklaven mit seinem Geld, muss an den Nießbraucher fallen. Ein sonstiger Erwerb – etwa eine Erbschaft, die der Sklave von einem Dritten erhält – hat jedoch mit diesem Nutznießungsrecht nichts zu tun, sodass sie richtigerweise dem Eigentümer des Sklaven zufallen muss. In methodischer Hinsicht kann jedoch nur der Anfang dieser Erläuterung als eine Definition im zuvor genannten Sinne bezeichnet werden, nämlich der Halbsatz „in quibus tantum usumfructum habemus“. Dadurch wird der Begriffsinhalt des Nießbrauchssklaven (*servus fructuarius*) bestimmt. Die übrige Erläuterung ist dagegen keine Definition, sondern eine Rechtsregel für den Erwerb durch einen solchen Nießbrauchssklaven. Es handelt sich um eine Regel mit Tatbestand und Rechtsfolge, die einer wenn-dann-Struktur folgt, nicht aber um eine inhaltliche Aufgliederung oder auch nur Erläuterung eines Begriffs oder Rechtsinstituts. Dass Gaius auch eine solche reine Rechtsregel als *definitio* bezeichnet, zeigt sein bisweilen abweichendes Verständnis dieser Kategorie.

Bemerkenswert ist gleichwohl, dass Gaius sich auch an dieser Stelle darum bemüht, einer wissenschaftlichen Methodik zu folgen, die – wohl didaktisch motiviert – aus der Aufstellung allgemeiner Regeln und ihrer Erläuterung mit Hilfe von Beispielen besteht. Es zeigt sich also immerhin, dass die wissenschaftliche Methode der Rechtsanwendung, die seit der späten Republik Bestandteil der römischen Rechtskultur geworden ist, bei Gaius voll entwickelt ist.⁶

II. *partitio und divisio*

Äußerst produktiv ist bei Gaius die analysierende Aufteilung eines Begriffs in seine Unterkategorien, ein Verfahren, das er – ebenso wie Cicero (top. 28) – als *divisio* bezeichnet. Der Rechtsstoff wird im gesamten Lehrbuch soweit wie möglich in verschiedene Kategorien eingeteilt, die dann nach allgemein bestimmten

⁵ GAI. 2, 91.

⁶ Vgl. Coing, SZ 69 (1952), 29; Reinhardt, *Topica*, 61.

Merkmale vollständig weiter unterschieden werden.⁷ So beginnt Gaius gleich im ersten Buch mit der grundlegenden Unterscheidung des Personenrechts in das Recht der freien Personen und das Sklavenrecht („Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi“, GAI. 1, 9).

Auch die weitere Unterteilung der *institutiones* geschieht streng nach untergeordneten *divisiones*; so werden die freien Personen in die Personen eigenen Rechts und in die fremdem Recht unterworfenen Personen unterteilt („Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt“, GAI. 1, 48). Fremdem Recht unterworfen sind im Wesentlichen die Hauskinder und die Ehefrau in Manusehe, da diese personenrechtlich und vermögensrechtlich unfrei sind und damit der Rechtsmacht des *pater familias* unterstehen. Eigenen Rechts ist der *pater familias* selbst, aber auch eine Frau, die nicht mehr in der *patria potestas* ihres Vaters steht und keine Manusehe eingegangen ist.

Gaius hat auf diese Weise brauchbare Unterscheidungen getroffen, um die vielfältigen Rechtsverhältnisse, die im römischen Personen- und Familienrecht anzutreffen sind, in gedankliche Kategorien zu ordnen. Dabei handelt es sich um *divisiones* im Sinne Ciceros, da die Untergliederung abschließend ist und anhand abstrakter Merkmale erfolgt; es handelt sich nicht um bloße Auflistungen. Gleiches trifft auch auf die weiteren *divisiones* zu, etwa die Unterscheidungen verschiedener Personen (GAI. 1, 142), Sachen (GAI. 2, 2 und 12–14) und Obligationen (GAI. 3, 88), wie auch die Unterscheidung der Klagen und Interdikte (GAI. 4, 142 f. und 156).

Die Methodik, die Cicero vom Juristen bei der Einteilung des Stoffes fordert, wird insofern von Gaius durchaus beachtet. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass hier ein direkter Einfluss bestünde oder Gaius sich tatsächlich an den *Topica* orientiert hätte. Es ist genausogut denkbar, dass Gaius lediglich in der geistigen Tradition der Dialektik erzogen worden ist, an deren Etablierung in Rom auch Cicero seinen Anteil hatte. Auffällig ist nämlich, dass der für Cicero wichtige Begriff der *partitio* von Gaius nicht verwendet wird. Für Cicero ist eine Einteilung des Stoffes, die lediglich eine erschöpfende Aufzählung der Inhalte einer bestimmten Kategorie umfasst, eine *partitio*, und damit eine andere methodische Vorgehensweise als die Unterteilung in abstrakt definierte Unterkategorien, die er als *divisio* bezeichnen möchte. Unter einer *partitio* versteht Cicero die Aufteilung eines Begriffs in seine Bestandteile, wie etwa die Aufteilung des Zivilrechts in Gesetze, Senatsbeschlüsse, Gerichtsentscheidungen, Gutachten von Rechtsgelehrten, Edikte der Magistrate, Sitte und Gerechtigkeit:

⁷ Fuhrmann, Lehrbuch, 129.

... partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.⁸

Bei Gaius findet sich eine ähnliche, wenn auch nicht identische Aufzählung der Rechtsquellen, ohne dass dies jedoch mit einem methodischen Begriff belegt würde (GAI. 1, 2).⁹ Er spricht ansonsten immer von *divisiones*.

Wenn Gaius die begriffliche Unterscheidung zwischen *partitiones* und *divisiones* demnach nicht übernommen hat, kann dies verschiedene Gründe haben. Naheliegend ist die Schlussfolgerung, dass diese theoretisch durchaus fruchtbare Unterscheidung für den Rechtspraktiker und -didaktiker nicht von Wert war. Für eine logisch sinnvolle und didaktisch nutzbare Untergliederung des Stoffes ist es nämlich unerheblich, ob die Untergliederung eine Auflistung oder eine analytische Unterscheidung ist.

Lässt sich damit annehmen, dass Gaius nur diejenigen gedanklichen Werkzeuge aus dem Repertoire der Philosophen übernommen hat, die sich für einen Rechtspraktiker nutzbar machen ließen? Auch wenn diese Schlussfolgerung bestechend erscheinen mag, so wird sie doch durch die *divisio* der Sachen (*res*) widerlegt: So unterscheidet Gaius zwischen den körperlichen Sachen (*res corporales*), die sich dadurch auszeichnen, dass man sie anfassen kann („quae tangi possunt“, GAI. 2, 12), und den unkörperlichen Sachen (*res incorporales*), die nur als Rechtsbegriffe existieren (GAI. 2, 14). Diese Unterscheidung findet sich in praktisch gleicher Form auch in den *Topica*, nur dass Cicero sie als *res quae sunt* und *res quae intelleguntur* bezeichnet (top. 26 f.). Thomas nimmt sogar an, dass es Cicero selbst gewesen sei, der die Kategorie der unkörperlichen Sachen für die Rechtswissenschaft fruchtbar gemacht hätte,¹⁰ was sich aber wohl allein aus den *Topica* kaum beweisen lässt.¹¹

Die Einteilung der Sachen bzw. Gegenstände in körperliche und unkörperliche stammt aus der Philosophie und der Grammatik,¹² hat für die Jurisprudenz aber kaum praktischen Wert.¹³ In einzelnen Bereichen lässt sie sich nutzbar machen, etwa wenn man die Ersitzung (*usucapio*) grundsätzlich auf körperliche Sachen beschränkt,¹⁴ was allerdings auch schon aus dem Erfordernis des Besitzes folgt. In den meisten Bereichen ist die Unterscheidung aber unerheblich. So kann man etwa Rechtsgeschäfte gleichermaßen über körperliche Sachen (Kauf einer golde-

⁸ CIC. top. 28.

⁹ Dazu Fuhrmann, Die zivilrechtlichen Beispiele, in: Topik und Rhetorik, 51, 61 f.

¹⁰ Thomas, AÜHFD 69 (2020), 1249, 1255.

¹¹ Unentschieden auch Reinhardt, Topica, 258.

¹² Coing, SZ 69 (1952), 24, 38 f.; Kaser, RPR I, 376; Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, 135, 216–218.

¹³ So auch Kaser, RPR I, 376.

¹⁴ Vgl. GAI. 2, 54.

nen Spange) wie auch über unkörperliche Sachen abschließen (Kauf einer Erbschaft). Dass Gaius gleichwohl die Unterscheidung in *res corporales* und *res incorporales* begrifflich vornimmt und ihr einen recht langen Abschnitt widmet, zeigt, dass er auch theoretische Unterscheidungen aufgegriffen hat, die praktisch betrachtet unwichtig sind. Ursache für die Verwendung dieser Kategorien ist hier, dass sie im Rahmen der *Institutiones* einen anderen Eigenwert entfalten: Für eine anschauliche Vermittlung des Rechtsstoffes ist die Unterscheidung in körperliche und unkörperliche Sachen nämlich durchaus produktiv, ermöglicht sie es unserem Schuljuristen doch, eine Reihe von Beispielen für verschiedene Rechtsobjekte aufzuzählen und diese übersichtlich in zwei Gruppen einzuteilen.¹⁵ Ohne eine Kategorisierung wäre diese Fülle von verschiedenen „Sachen“ für den Leser zu einer unübersichtlichen Vielfalt verkommen.

Es lässt sich demnach festhalten, dass eine Verwendung der von Cicero dargestellten Topoi bei Gaius durchaus ersichtlich ist, auch wenn dies keinen direkten Einfluss beweist. Dabei macht Gaius hauptsächlich von den praktisch nutzbaren Unterscheidungen Gebrauch, verwendet aber im Einzelfall auch eher theoretische Konzepte, wenn sie von isagogischem Wert sind.

III. *genus, forma (species) und pars*

Von großer Bedeutung für die Einteilung des Stoffes – sei es durch *partitiones* oder durch *divisiones* – ist die Verwendung eines gemeinsamen Oberbegriffs (*genus*). Die Unterarten dieses Oberbegriffs bezeichnet Cicero als *formae*, weil dieser Ausdruck seiner Ansicht nach sprachlich leichter zu handhaben sein soll als *species* (top. 30).

Entscheidend für eine treffende Unterscheidung eines Oberbegriffs in seine Arten ist, dass diese den Bedeutungsgehalt der Gattung vollständig umfassen. Dabei möchte Cicero einen feinen Unterschied zwischen den *partes* und den *formae* erkennen, den er jedoch nicht näher erläutert (top. 31). Bei Gaius findet sich dagegen nicht der Begriff der *formae*, sondern der übliche Begriff der *species*. Was *genus* und *species* für Gaius bedeuten und in welcher Art und Weise er sie verwendet, zeigt sich am deutlichsten bei der Unterteilung des Vormundschaftsrechts. Das römische Vormundschaftsrecht zeichnet sich nämlich durch eine große Vielfalt an unterschiedlichen Arten von Vormundschaftsverhältnissen über verschiedene Personen aus, die nicht leicht zu handhaben und zu sortieren sind. Tatsächlich wie rechtlich haben die Vormundschaft über Kinder, die Vormundschaft über Frauen und die Vormundschaft über Freigelassene nicht viel miteinander gemein. Daher leitet Gaius seine Ausführungen zum Vormundschaftsrecht wohl auch nicht wie sonst mit einer abstrakten Unterteilung zu Beginn seiner Darstellung ein, sondern listet zunächst die unterschiedlichen Arten von Vor-

¹⁵ Vgl. auch Guzmán Brito, REHJ 5 (1980), 17, 28 f.

mundschaftsverhältnissen nacheinander auf: Auf den testamentarisch bestellten Vormund folgt der Frauenvormund (GAI. 1, 144), auf den bestellten der gewählte Vormund (GAI. 1, 154), sodann der gesetzliche Vormund (GAI. 1, 155). Anschließend werden – ohne nähere Systematik – die Vormundschaft über Freigelassene durch ihren Patron (GAI. 1, 165 und 167) sowie die fiduziarische Vormundschaft (GAI. 1, 166) behandelt, bevor Gaius zur Übertragung der Vormundschaft kommt (GAI. 1, 168–170). Erst nach dieser fast erschöpfenden Darstellung erwähnt unser Autor die Notwendigkeit einer Systematisierung aller dieser Arten in Gattungen, muss aber leider feststellen, dass die Meinungen der Gelehrten über die Anzahl der Gattungen auseinandergingen und einige Autoren auch eine Systematisierung gänzlich aufgegeben hätten (GAI. 1, 188). Diese glaubten nur, es existierten so viele Gattungen wie Arten („tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent“). Interessanterweise begnügt sich Gaius mit dieser Feststellung, ohne die von ihm aufgelisteten Vormundschaftsverhältnisse einer eigenen Systematik zuzuführen. Stattdessen beschließt er seine Darstellung schlicht mit einer Reihe von weiteren Details zum Vormundschaftsrecht (GAI. 1, 189–200).

Bei der Untergliederung der Vermächtnisse lässt Gaius eine derartige Zurückhaltung dagegen nicht aufkommen, sondern unterscheidet ohne nähere Diskussion vier *genera legatorum*: das Vindikationslegat, das Damnationslegat, das Legat *sinendi modo* und das Legat *per praeceptionem* (GAI. 2, 192).

Insgesamt lässt sich damit ersehen, dass der Topos, den Cicero entwickelt hat, auch bei Gaius erkennbar ist, jedoch nicht in seiner besonderen terminologischen Ausprägung nach *genera* und *formae*. Da diese Form auch bei Cicero jedenfalls in seinen frühen Werken nicht ausgeprägt war,¹⁶ ist es nicht verwunderlich, dass die Wirkung auf die Juristen nicht nachhaltig gewesen ist. Hinsichtlich des Einflusses auf Gaius lässt sich lediglich festhalten, dass sich auch Gaius um logische Unterscheidungen bemüht, doch nicht streng im Sinne der *Topica*. Seine methodische Vorgehensweise bei der Darstellung des Rechtstoffes in den *Institutiones* kann genauso gut als ein Ausdruck seiner allgemeinen Teilhabe an der antiken Bildungstradition angesehen werden. Von einer direkten Übernahme der Begriffe Ciceros lässt sich nicht ausgehen, was im Hinblick auf den Zeitunterschied von rund 200 Jahren auch nicht besonders wahrscheinlich wäre. Ersichtlich ist jedoch, dass der allgemeine Wunsch nach einer wissenschaftlichen Methodik, den Cicero an die Juristen gerichtet hatte, sich bei Gaius zweifellos durchgesetzt hat.

B. Auslegung und juristische Methodik

Während die Einteilung des Stoffes als eine allgemeine wissenschaftliche Vorgehensweise angesehen werden kann, die nicht nur die Jurisprudenz, sondern viele andere Gebiete gleichermaßen oder jedenfalls in ähnlicher Weise betrifft,

¹⁶ Vgl. etwa zu *de inventione*: Nüßlein, *De inventione*, 379.

so gibt es doch auch methodische Techniken, die eine besondere Bedeutung gerade in der Rechtswissenschaft haben. Dazu gehört die Auslegung. Juristen arbeiten mit Texten, die sie als Faktum vorfinden und deren Bedeutungsgehalt ermittelt werden muss, wobei Gesetzestexte wie private Dokumente gleichermaßen der Auslegung bedürfen. Cicero stellt insofern selbst fest, dass die Auslegung von Begriffen mit Hilfe von Definitionen ein charakteristisches Merkmal der Tätigkeit des Juristen ist. Er wendet sich an den Adressaten seiner Schrift, Trebaz, und merkt an, dass Begriffe „von euch“ definiert werden müssen („quaedam interdum vobis definienda sunt“, Cic. top. 27), wobei mit „euch“ die Juristen bezeichnet werden. In diesem Zusammenhang trifft Cicero auch die erwähnte Unterscheidung in körperliche und unkörperliche Sachen (top. 26), die sich hinsichtlich ihrer Auslegungsbedürftigkeit nicht unterscheiden.

I. Auslegungslehre bei Cicero

Die von Cicero in top. 27 genannten zahlreichen Beispiele auslegungsbedürftiger Begriffe zeigen, dass er gleichermaßen die Auslegung von Gesetzen wie die Auslegung privater Dokumente vor Augen hatte. So nennt er etwa den Begriff „Vieh“ (*pecus*), der einen prominenten Anwendungsbereich bei der Klage aus der *lex Aquilia* hat, nach deren erstem Kapitel eben nur für die Tötung solcher Tiere Schadensersatz geschuldet ist, die der Kategorie *pecus* zuzurechnen sind („quae pecudum numero sit“, GAI. 3, 210). Ein anderer Begriff einer körperlichen Sache, der nach Cicero der Auslegung bedarf, ist der Hausrat (*supellex*).¹⁷ Dieser findet sich jedoch nicht in Gesetzen, sondern in Testamenten, wo es üblich war, der Ehefrau den Hausrat zu vermachen.¹⁸ Ein solches Hausratsvermächtnis warf häufig Auslegungsfragen auf, von denen der Digestentitel 33, 10 *de supellectile legata* ein beredtes Zeugnis ablegt, etwa ob Haushaltsgegenstände aus Gold und Silber von einem solchen Vermächtnis mit umfasst sind.

Die Nennung der Beispiele für auslegungsbedürftige Begriffe in top. 27 zeigt damit die große Nähe Ciceros zur juristischen Praxis. Er war mit den Problemen, die den Rechtsgelehrten in ihrer täglichen Praxis präsentiert wurden, offenbar bestens vertraut, ansonsten hätte er nicht derartig passende Beispiele auswählen und seinem Freund Trebaz präsentieren können. Eine spezifische Auslegungslehre entwickelt Cicero jedoch nicht. Dabei hatte er etwa in *De inventione* durchaus erkannt, dass die Auslegung von Begriffen in Gesetzen bei ihrem Wortlaut beginnt und sodann weitere Faktoren mit einbezogen werden müssen.¹⁹ Dies ent-

¹⁷ Dazu auch Ehmer, in diesem Band, 140.

¹⁸ Vgl. MOD. 9 resp. D. 33, 10, 8: „Cum quidam uxori suae legaverat domum cum iure suo omni et instrumento et supellectili ...“; h. t. 13: „... quod supellectilem legavit maritus testamento ...“; IAV. 3 post. D. 33, 10, 10: „... is uxori supellectilem legaverat ...“.

¹⁹ Vgl. Cic. inv. 2, 153 ff.

wickelt er jedoch nicht weiter fort, obwohl ihm in den *Topica* nun der Raum dafür zur Verfügung gestanden hätte.

II. Auslegungslehre bei Gaius

Gaius wiederum arbeitet in den Institutionen sehr häufig mit der Auslegung von Begriffen. Dabei folgt er einem wiederkehrenden Schema, wonach der Begriff zunächst abstrakt definiert wird, um seinen Inhalt zu erläutern, und anschließend durch Beispiele verständlich gemacht wird. Diese gedankliche Vorgehensweise ist infolge ihrer Häufigkeit durchaus bemerkenswert und ein Charakteristikum der gaianischen Darstellung. Sie soll daher anhand einer Stelle exemplifiziert werden, in der es um den Begriff der *agnatio* geht, den auch Cicero in top. 27 als Beispiel für einen auslegungsbedürftigen Begriff nennt; GAI. 1, 156:

Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patruui filius et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati. Itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. Item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus; et invicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur patris, non matris familiam secuntur.

Gaius definiert hier mit den ersten Worten zunächst mustergültig den Gehalt des Begriffs *agnatio* als Verwandtschaft in männlicher Linie. Sodann nimmt er einen Vergleich mit der Blutsverwandtschaft (*cognatio*) vor, um näher zu erläutern, dass die *agnatio* eine Art von Blutsverwandtschaft in männlicher Linie ist. Den weitaus größten Teil seiner Darstellung zur *agnatio* nimmt anschließend jedoch die Nennung der verschiedenen Verwandtschaftsverhältnisse ein, welche als agnatisch gelten. Dies entspricht einer Struktur, die wir auch sonst häufig in den *Institutiones* finden: Die Begriffsdefinition ist nur der Einstieg in die Darstellung; die eigentliche Entwicklung des Stoffes geschieht dann anhand der verschiedenen Beispiele, welche dem Leser insgesamt vor Augen geführt werden, um den Gehalt der Definition näher zu erläutern.

Es zeigt sich damit, welche wichtige Rolle die *exempla* letztlich in der Rechtswissenschaft spielen. Ohne Beispiele wären die Definitionen nur Skelette, die dem Leser kein verständliches Bild vom tatsächlichen Rechtszustand vermitteln hätten. Daher muss Gaius sie mit Leben erfüllen. Von Cicero wird diese zentrale Rolle der Beispiele kaum gesehen. Für ihn sind Beispiele kein Mittel der Erläuterung von Begriffsinhalten, sondern der Argumentationsführung. So führt er aus, dass Juristen genau wie Redner fiktive Beispiele heranzögen, um ihren Standpunkt zu stärken (CIC. top. 44f.). Dass Beispiele aber auch notwendig sind, um Definitionen zu veranschaulichen, und damit auch ein Mittel der juristischen Arbeit an sich sind, findet sich in seinen Erwägungen nicht.

Davon abgesehen zeigt sich aber in den gäianischen Institutionen ein durchaus ähnliches Verständnis der Aufgabe von Definitionen und insbesondere auch des Topos der *definitio* selbst – am deutlichsten in der folgenden, bereits erwähnten Quelle GAI. 2, 235:

Poenae quoque nomine inutiliter legatur. Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat, veluti quod ita legatur: „Si heres meus filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, X milia Seio dato“, vel ita: „Si filiam Titio in matrimonium non collocaveris, X milia Titio dato“. Sed et, si quis, si heres verbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, X milia Titio dari iusserit, poenae nomine legatum est. Et denique ex ipsa definitione multas similes species circumspicere possumus.

Auch hier folgt Gaius derselben gedanklichen Struktur. Er erläutert zunächst abstrakt, was unter einem Strafvermächtnis zu verstehen ist (dazu oben A.I.). Sodann folgen die für ihn typischen, zahlreichen Beispiele aus der Rechtspraxis. Der letzte Satz bringt jedoch anschließend noch einmal klar zum Ausdruck, dass der Inhalt der *definitio* auch für Gaius letztlich genau wie für Cicero ein produktiver Ausdruck ist, aus dem beliebig viele Arten (*species*) abgeleitet werden können. Nicht nur in den *Topica* (top. 26f.), sondern auch im *Brutus* geht Cicero davon aus, dass gerade die Aufgliederung von abstrakten Begriffen ein Merkmal der Definition ist (Brut. 152). Die Definition erläutert also einerseits den Begriff, ermöglicht es andererseits aber auch, weitere Unterarten daraus herzuleiten.

Eine direkte Einflussnahme der Schriften Ciceros auf Gaius lässt sich demnach auch im Bereich der Auslegungslehre nicht herleiten. Eher scheint die allgemeine wissenschaftliche Methodik, zu deren Rezeption Cicero seinen Teil beigetragen hat, auf die Vorgehensweise unseres Juristen eingewirkt zu haben. Ein spezifischer Bezug lässt sich jedoch nicht nachweisen. Insbesondere spricht auch die Verwendung des Begriffs *species* in GAI. 2, 235 dagegen: Cicero hätte hier nicht von *species* oder *formae* gesprochen, da die erwähnten „Arten“ von Strafvermächtnissen keine gedanklichen Aufgliederungen sind, sondern nur Beispiele (*exempla*). Diese Beispiele hätten genauso auch etwa bei der Erläuterung anderer Oberbegriffe herangezogen werden können, zum Beispiel wenn es um die Beschreibung des Damnationslegats gegangen wäre, sind also keine *species* oder *formae* des Strafvermächtnisses als solchem.

III. Kontextabhängige Auslegung

Besonders aufschlussreich für das Verhältnis zwischen Ciceros Schriften und der Methodik der römischen Juristen ist aber ein weiteres Merkmal der Auslegungstechnik: Die juristische Auslegung erschöpft sich bei Gaius nicht in der Erläuterung von Begriffsinhalten mit Hilfe von Beispielen, sondern ist stärker ausdifferenziert und zeigt weitere Merkmale, die zu Spezifika der juristischen Methodenlehre führen, die von Cicero gar nicht näher beschrieben worden sind.

Dazu gehört vor allem die kontextabhängige Auslegung von Begriffen. Beispielsweise setzt die bereits erwähnte *lex Aquilia* beim Schadensersatz für sonstige Sachen voraus, dass der Täter diese verbrannt (*urere*), zerbrochen (*frangere*) oder beschädigt (*rumpere*) hat. Der Begriff des *rumpere* wird nun aber von Gaius in einem weiten Sinne als Auffangbegriff für alle Arten der Sachbeschädigung verwendet, auch wenn der Täter die Sache zerrissen (*scindere*), zerschlagen (*collidere*), verschüttet (*effundere*) oder sonst irgendwie verschlechtert hat.²⁰ Auf diese Art und Weise gibt Gaius dem Tatbestandsmerkmal der *ruptio* einen äußerst weiten Anwendungsbereich und macht das *rumpere* zu einem Auffangbegriff, der alle Arten von Sachverschlechterungen umfassen kann, auch wenn diese vom Wortlaut des *rumpere* nicht umfasst sind, wie etwa das Ausschütten von Flüssigkeiten. Dies geschieht ersichtlich mit dem Ziel, den Anwendungsbereich des dritten Kapitels der *lex Aquilia* entsprechend auszudehnen, geschieht also gerade im Kontext dieses Gesetzes.

Eine solche kontextsensitive Auslegung ist ein besonderes Merkmal der juristischen Arbeitsweise. Bei Gaius zeigt sie sich auch an anderen Stellen, etwa im Hinblick auf die *lex Cornelia de sponsu* von 81 v. Chr. Dieses Gesetz hatte eine betragsmäßige Höchstgrenze von 20.000 Sesterzen für Bürgschaften vorgesehen, die für *pecunia credita* gestellt wurden. Unter den Begriff der *pecunia credita* fasst Gaius nun allerdings nicht nur Geldschulden, sondern alle Arten von Verpflichtungen, für die sich jemand verbürgen kann, auch solche, die auf zukünftige Leistung gerichtet sind und sogar solche, die auf Lieferung von Wein oder Getreide oder auf die Übertragung von Grundstücken oder Sklaven gerichtet sind.²¹ Auch damit wird die Wortlautgrenze des Begriffs *pecunia credita* überschritten und diesem ein spezifischer Sinngehalt im Rahmen der Auslegung dieses Gesetzes verliehen. Eine Beschreibung dieser besonderen juristischen Methodik findet sich bei Cicero gerade nicht.

IV. Fiktion

Besonders evident ist die bei Gaius weiter entwickelte Methodik auch im Hinblick auf ein anderes juristisches Mittel: die Fiktion. Auch die Fiktion ist eine methodische Vorgehensweise, die bei Cicero keine Entsprechung hat. Wesen ei-

²⁰ GAI. 3, 217: „... ‚ruptum‘ <enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum> est; unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo vitata aut preempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.“

²¹ GAI. 3, 124: „... Pecuniam autem ‚creditam‘ dicimus non solum eum, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est, sine ulla condicione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem ‚pecuniae‘ omnes res in ea lege significuntur; itaque si vinum vel frumentum et si fundum vel hominem stipulemur, haec lex observanda est.“

ner Fiktion ist es, dass ein Tatbestandsmerkmal, das nach herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht erfüllt ist, gleichwohl als gegeben angesehen, also fingiert wird. In dieser Hinsicht führt Gaius etwa zur Diebstahlsklage aus, dass ein offenkundiger Diebstahl oder auch ein gewöhnlicher Diebstahl nicht durch ein Gesetz als vorliegend angesehen werden könnten, wenn sie tatsächlich nicht erfolgt seien („... neque enim lex facere potest, ut, qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam, qui omnino fur non sit, fur sit ...“, GAI. 3, 194). Die Schlussfolgerung, warum gleichwohl in bestimmten Fällen die für Diebstahl oder auch für öffentliche Straftaten vorgesehenen Strafen herangezogen werden können, wenn die Tat tatsächlich nicht vorliegt, leitet er sodann aus einer Fiktion her: Das Gesetz könne eine Strafe anordnen, „so wie wenn“ jemand einen Diebstahl bzw. eine andere Straftat begangen hätte, auch wenn er dies tatsächlich nicht getan habe („... at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admisserit“, GAI. 3, 194). Auf diese Art und Weise wird fingiert, dass das entsprechende Tatbestandsmerkmal vorliegt, um zu derselben Rechtsfolge zu gelangen.

Das methodische Mittel der juristischen Fiktion, das Gaius anschaulich beschreibt, wird von Cicero nicht behandelt. Daran zeigt sich, dass Ciceros Fokus weniger auf einer erschöpfenden Darstellung der tatsächlich vorhandenen Rechtsmethodik liegt, sondern auf denjenigen Anwendungsfällen, in denen die topische Methode für die Rechtsfindung produktiv werden kann. Eine eigentlich juristische Vorgehensweise lässt sich aus den *Topica* damit nicht ersehen. Dies erscheint auch aufschlussreich im Hinblick auf die alte Frage, ob Cicero als Jurist bezeichnet werden kann. Genuin juristische Interessen gehen aus dem Werk nämlich nicht hervor.

C. Der Vergleich

Eine besondere Funktion erfüllt bei Cicero wie bei Gaius der Vergleich (*locus comparationis*). Nach Cicero kommt es insofern auf drei Vergleichsgesichtspunkte an: die Anzahl, die Art und die Bedeutung („... Comparantur igitur ea, quae aut maiora aut minora aut paria dicuntur; in quibus spectantur haec: numerus species vis, quaedam etiam ad res aliquas affectio“, top. 68). Die juristischen Beispiele, die er dafür im ersten Teil der *Topica* anführen kann, bleiben allerdings sehr begrenzt (top. 23). In den gaianischen Institutionen spielt der Vergleich dagegen eine relativ große Rolle und findet sich an vielen Stellen. Er dient teilweise der Erläuterung des Sinngehalts der Rechtsinstitute, wie bei der Vormundschaft, wo Gaius die Vormundschaft über Frauen und über Minderjährige wie folgt miteinander vergleicht (GAI. 2, 80):

Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutore auctore rem Mancipi alienare posse; nec Mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse.

Die Veräußerung von *res Mancipi* setzt bei Frauen wie bei Minderjährigen die Zustimmung des Tutors voraus, während dies bei *res nec Mancipi* nur für Minderjährige gilt. Damit wird ein inhaltlicher Vergleich der *tutela* vorgenommen, welcher den unterschiedlichen Inhalt des Vormundschaftsrechts illustriert, je nachdem, ob es sich um die Vormundschaft über Frauen oder über Minderjährige handelt. In ähnlicher Art und Weise nimmt Gaius etwa auch einen Vergleich der unterschiedlichen Voraussetzungen der Enterbung (*exhereditatio*) von männlichen und weiblichen Nachkommen vor (GAI. 2, 132), sowie einen Vergleich der *res iudicata*-Einrede in den verschiedenen Prozessarten (GAI. 4, 108).

Die meisten Vergleiche bei Gaius sind jedoch zur Erläuterung des Inhalts der Rechtsinstitute gar nicht erforderlich, sondern nur aus didaktischen Gründen in die Darstellung eingefügt. So vergleicht Gaius beispielsweise ausführlich die Rechtsfolgen einer Eheschließung mittels Brautkauf (*coemptio*) mit den Rechtsfolgen eines Verkaufs von Kindern mittels *Mancipatio* (GAI. 1, 123). Im Ergebnis muss er dabei feststellen, dass sich sowohl die Rechtsfolgen unterscheiden (die Kinder stehen Sklaven gleich, die Frau nicht) als auch die Art und Weise der Vornahme der beiden Rechtsgeschäfte eine andere ist. Eigentlich hat unser Autor also „Äpfel mit Birnen“ verglichen; das Tertium comparationis liegt lediglich im gemeinsamen Ursprung beider Rechtsgeschäfte in der *Mancipatio*. Der Vergleich bringt demnach keinen juristischen Erkenntnisgewinn, sondern veranschaulicht lediglich die gemeinsamen historischen Ursprünge der beiden Rechtsinstitute. Er erfüllt also durchaus einen didaktischen Sinn, ist aber kein methodisches Mittel der Rechtserkenntnis.

Entsprechendes gilt für den Vergleich zwischen der Rechtsstellung von Männern und Frauen (GAI. 2, 113), bei dem Gaius erläutert, dass Frauen schon mit 12 Jahren testieren könnten, während Männern dies erst ab 14 Jahren möglich sei. Dieser Vergleich ist auffällig, weil Gaius ausdrücklich ein Vergleichsergebnis feststellt: Die Rechtsstellung von Frauen sei folglich besser als die von Männern („videntur ergo melioris condicionis esse feminae quam masculi“). Einen juristischen Mehrwert hat dieser Vergleich ebenfalls nicht, da das Alter, ab dem die Volljährigkeit eintritt, als Faktum ohne Weiteres klar ist. Er erfüllt aber wiederum didaktische Zwecke, da auf diese Weise gedankliche Querverbindungen hergestellt werden können und die mehr oder weniger einzige Situation im römischen Privatrecht dargestellt werden kann, bei der tatsächlich eine bessere Berechtigung von Frauen gegenüber Männern gegeben ist.

Insgesamt zeigen sich damit beim Vergleich (*comparatio*) wiederum deutliche Unterschiede in der Verarbeitung des juristischen Stoffes. Während die Vergleiche bei Cicero im Wesentlichen logisch motiviert sind und eigentlich rhetorische Topoi sind, bedient sich Gaius des Vergleichs in großem Umfang zur Veranschaulichung der gemeinsamen gedanklichen Strukturen unterschiedlicher Rechtsgebiete, was im Rahmen seiner Schrift keine juristische, sondern eine didaktische Methodik ist.

D. Fazit

Ciceros *Topica* haben sicherlich einen wichtigen Beitrag zur Fortentwicklung der wissenschaftlichen Methodik in der ausgehenden Republik geleistet. Da sie sich an Juristen richten, ist davon auszugehen, dass sie auch von Juristen zur Kenntnis genommen worden sind. In welchem Umfang eine direkte Einflussnahme auf die römische Rechtswissenschaft stattgefunden hat, lässt sich jedoch kaum ermitteln. Anhand der Analyse der gaianischen Institutionen, die als vollständig erhaltenes Werk insofern ein wichtiges Studienobjekt sind, lässt sich nur ersehen, dass die allgemeinen methodischen Operationen, die Cicero beschreibt, in ähnlicher Art und Weise auch von den Juristen angewendet wurden. Dabei gibt es einige auffällige, auch terminologische Parallelen. Diese dürfen aber nicht überbewertet werden, da Gaius diese Mittel häufig eher in didaktischer Absicht einsetzt.

Gegen eine direkte Einflussnahme sprechen die zahlreichen Unterschiede in den beiden Schriften. Vor allem ist festzustellen, dass die juristische Methodenlehre bei Gaius teilweise deutlich über die bei Cicero beschriebenen Vorgehensweisen hinausgeht und eigene, weitergehende Mittel hervorgebracht hat.

Wenn in jüngerer Zeit teilweise eine konkrete Orientierung der Juristen an Ciceros *Topica* behauptet worden ist,²² so ist dieser These demnach mit Skepsis zu begegnen.²³ Zu unterschiedlich sind die theoretisch fundierten Gedanken Ciceros und ihre Anwendung in den – meist deutlich später entstandenen – Juristenschriften, als dass sich hier konkrete Verbindungslinien nachweisen ließen. Was den Vergleich mit Gaius angeht, so ist natürlich nicht zu verkennen, dass dies nicht die einzige Schrift mit didaktischem Gehalt ist, sondern dass auch die *Topica* selbst einen didaktischen Zweck verfolgen.²⁴ Nur liegt dieser eben in der Ausbildung der Juristen hin zu besseren Juristen, bei der die Verfeinerung der Methodik das Ziel ist, nicht aber in der Ausbildung von Laien hin zu Juristen, bei der die Vermittlung des Rechtsstoffes selbst im Vordergrund steht.

Literaturverzeichnis

Behrends, Okko: Gesetz und Sprache – Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie, in: Behrends, Okko/Sellert, Wolfgang (Hrsg.), *Nomos und Gesetz – Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Göttingen 1995, 135–249

Bretone, Mario: *La storia del diritto romano fra scienza giuridica e antichistica*, Iura 39 (1988), 1–23

²² Leesen, Gaius meets Cicero, 30 ff. und passim.

²³ So auch Platschek, SZ 132 (2015), 581 ff.

²⁴ Reinhardt, *Topica*, 61.

- Coing, Helmut*: Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, SZ 69 (1952), 24–59
- Fuhrmann, Manfred*: Das systematische Lehrbuch: Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike, Göttingen 1960
- Fuhrmann, Manfred*: Die zivilrechtlichen Beispiele in Ciceros *Topik*, in: Schirren, Thomas/Ueding, Gert (Hrsg.), *Topik und Rhetorik: Ein interdisziplinäres Symposium*, Tübingen 2000, 51–66
- Grosso, Giuseppe*: *I legati nel diritto romano*, 2. Aufl., Turin 1962
- Guzmán Brito, Alejandro*: Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana, REHJ 5 (1980), 17–31
- Kaser, Max*: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht (= HAW, X.3.3.1), 2. Aufl., München 1971
- Leesen, Tessa G.*: *Gaius meets Cicero – Law and Rhetoric in the School Controversies*, Leiden/Boston 2010
- Nüßlein, Theodor* (Hrsg.): *M. Tullius Cicero, De inventione – Über die Auffindung des Stoffes (Tusculum)*, Düsseldorf/Zürich 1998
- Platschek, Johannes*: Rezension zu Tessa G. Leesen, *Gaius Meets Cicero, Law and Rhetoric in the School Controversies* (= Legal History Library 2). Nijhoff, Leiden 2010. XII, 257 S., SZ 132 (2015), 581–587
- Reinhardt, Tobias*: *Cicero's Topica*, Oxford 2003
- Thomas, Philip*: Definitions in Cicero's *Topica*, AÜHFD 69 (2020), 1249–1264

Methodischer Einfluss von Ciceros *Topica* auf die klassische Jurisprudenz in den Digesten

Von Thomas Rüfner

A. Topoi und Fallbeispiele bei Cicero und in den Digesten	247
B. Einzelne Topoi und ihre Anwendung	248
I. Das Argument <i>ab adiunctis</i>	248
II. Argumentation mit <i>similitudines quae ex pluribus collationibus perveniunt</i>	252
III. Argumente und Fälle zum Geldrecht	254
IV. Der Ertrag der computergestützten Suche	258
C. Der Einfluss Ciceros	262

A. Topoi und Fallbeispiele bei Cicero und in den Digesten

Die Frage nach einem methodischen Einfluss Ciceros kann nur durch einen Vergleich seiner Texte, vor allem der in den *Topica* für die verschiedenen Argumentationsfiguren angeführten Beispiele aus dem juristischen Bereich, mit Texten der Digestenjuristen beantwortet werden. Dabei sollen im folgenden einerseits Texte aus den Digesten herangezogen werden, in denen die Juristen die von Cicero erläuterten Figuren verwenden, andererseits aber auch Texte, in denen ähnliche Fallkonstellationen erörtert werden. Damit schweifen wir nicht vom Thema ab. Denn für die Methode der römischen Juristen ist gerade die Bildung und Lösung von Fällen, das „Durchfragen zum Grenzfall“¹ mithilfe manchmal der Praxis entnommener, oft aber fiktiver Fälle charakteristisch. Daher ist für die Bestimmung des methodischen Einflusses Ciceros auch von Bedeutung, ob seine Beispielfälle für die Zwecke der Digestenjuristen brauchbar waren.

Da Cicero sich durchweg juristischer Beispiele bedient, kommt fast jeder Abschnitt aus den *Topica* für die Untersuchung in Betracht. Es ließen sich nicht selten eine Vielzahl von Paralleltexten aus den Digesten anführen, zumal wenn einerseits nach ähnlichen Argumentationsfiguren und andererseits auch nach der Behandlung derselben oder ähnlicher Konstellationen gesucht wird. Da eine er-

¹ Knütel, Zur Rechtsfindung, in: GS Heinze, 475, 481–487.

schöpfende Behandlung nicht in Betracht kommt, soll versucht werden, einige aussagekräftige Beispiele für die juristische Argumentation bei Cicero und in den Digesten vorzustellen. Dazu wurden zunächst einige Passagen aus den *Topica* ausgewählt, zu denen sich aufgrund eigener Kenntnis oder leicht verfolgbarer Hinweise in der Literatur naheliegende Parallelstellen in den Digesten finden ließen. Diese Beispiele werden in den Abschnitten B.I. bis III. erörtert. Zur Ergänzung des Befundes wurde außerdem versucht, unter Einsatz elektronischer Hilfsmittel Texte aufzufinden, in denen die Juristen sich in ihrer Ausdrucksweise an Cicero anlehnen. Auf diese Weise wurden immerhin zwei weitere Texte gefunden, die einer näheren Erörterung (unter B.IV.) würdig sind.

B. Einzelne Topoi und ihre Anwendung

I. Das Argument *ab adiunctis*

An erster Stelle sei Ciceros Darstellung zum Argumentieren von den Folgen her (*ab adiunctis*) erörtert. Cicero behandelt die Figur, die heute meist als *argumentum ad absurdum* bekannt ist.

1. Die Testierfähigkeit der Frauen

Cic. top. 18:²

Si ea mulier testamentum fecit quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari. Adiungitur enim, ut secundum servorum, secundum exsulum, secundum puerorum tabulas possessio videatur ex edicto dari.

Hat eine Frau ein Testament errichtet, die niemals eine Statusänderung vollzogen hat, so kann ersichtlich nicht der Nachlassbesitz nach dem Edikt des Pr tors aufgrund dieses Testaments erteilt werden. Daran schließt sich nämlich an, dass man auch aufgrund des Testaments von Sklaven, Verbannten und Knaben den Nachlassbesitz nach dem Edikt erteilen müsste.

Cicero erläutert die Argumentationsfigur *ab adiunctis* anhand eines erbrechtlichen Beispiels:³ Würde man einer Frau, die keine Statusänderung (*capitis deminutio*) vollzogen hat, gestatten, ein Testament zu machen, aufgrund dessen der Prätor den Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) erteilt, so müsste dasselbe auch für Testamente anderer Personen gelten, denen nach römischer Vorstellung die Testierfähigkeit oder allgemein die Rechtsfähigkeit fehlte.

Die Erwähnung einer Statusänderung wird von der herrschenden Auffassung als Hinweis auf die bei dem klassischen Juristen Gaius erwähnte *coemptio fidu-*

² Zu diesem Text auch eingehend *Backhaus*, in diesem Band, 84 f.

³ Zur Häufigkeit von erbrechtlichen Fallbeispielen in den *Topica* vgl. *Fuhrmann*, Die zivilrechtlichen Beispiele, in: *Topik und Rhetorik*, 51, 62.

ciaria verstanden.⁴ Gaius berichtet, dass in früheren Zeiten Frauen nur dann fähig waren, ein Testament zu errichten, wenn sie die personenrechtliche Gewalt über sich selbst zuvor an einen Treuhänder übertragen hatten und dann von diesem freigelassen worden waren.⁵ Die *coemptio* diente dazu, die Frau von der Vormundschaft ihrer Brüder oder entfernterer agnatischer Verwandter zu befreien, die mit dem Tod des Vaters an die Stelle der väterlichen Gewalt trat. Die Frage, warum die Vormundschaft der Agnaten beendet werden musste, wird unterschiedlich beantwortet. Teils wird angenommen, dass diese Form der gesetzlichen Vormundschaft die Fähigkeit zur Testamenterrichtung schlechthin ausschloss,⁶ teils wird vermutet, dass die Agnaten als berufene Intestaterben der Frau ihre Zustimmung zur Errichtung des Testaments regelmäßig verweigert hätten.⁷ Die erste Auffassung dürfte dem Quellenbefund besser entsprechen, denn sowohl Cicero als auch Gaius legen die Annahme nahe, dass ohne die *coemptio* eine Testamenterrichtung schlechthin ausgeschlossen (und nicht nur durch die Notwendigkeit, die Zustimmung der Agnaten einzuholen, erschwert) war.

Infolge der *coemptio* und anschließenden Freilassung wurde die Frau zwar, solange die Institution der Geschlechtsvormundschaft existierte, nicht gänzlich von Bevormundung frei, ihr Vormund war aber jetzt der Treuhänder, in dessen Gewalt sie durch die *coemptio* gelangt war und der sie freigelassen hatte. Dieser konnte jedoch die Zustimmung zur Testamenterrichtung erteilen und hatte – weil er selbst nicht zur Intestaterbfolge berufen war – auch kein Interesse, die Testamenterrichtung zu vereiteln.

Entgegen dieser herrschenden Deutung hat Tellegen-Couperus die Auffassung vertreten, Cicero beziehe sich bei der Erwähnung einer Statusänderung nicht auf die von Gaius erwähnte *coemptio*, sondern auf das Ausscheiden aus der väterlichen Gewalt durch Emanzipation oder Tod des *pater familias*.⁸ Demnach würde Cicero in seinem Beispiel nur auf die Erlangung des Status als Person *sui iuris* als Grundvoraussetzung der Testierfähigkeit verweisen. Diese Deutung ist jedoch nicht plausibel. Zum einen bleibt Tellegen-Couperus jeden Beleg dafür schuldig, dass die römischen Juristen auch die Erlangung der personenrechtlichen Freiheit durch den Tod des Vaters als *capitis deminutio* bezeichneten. Gaius tut es in sei-

⁴ Vgl. nur *Voci*, DER I, 393 mit Fn. 43 und 44; Kaser, RPR I, 324 mit Fn. 38; Fuhrmann, Die zivilrechtlichen Beispiele, in: Topik und Rhetorik, 51, 64.

⁵ GAI. 1, 115a und 2, 112.

⁶ Dafür Kaser, RPR I, 324 und Scotti, Il testamento, 156 f. mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

⁷ So *Voci*, DER I, 393.

⁸ Tellegen-Couperus, BIDR 88 (1985), 359, 371–373; etwas anders jetzt Tellegen-Couperus/Tellegen, RIDA 53 (2006), 381, 387; danach soll es um die Frage gehen, ob eine postum geborene (und daher von Geburt an gewaltfreie) Frau ohne Mitwirkung eines Tutors testieren kann. Cicero erwähnt jedoch weder, dass die Frau postum geboren wurde, noch problematisiert er die Mitwirkung des Tutors.

ner schulmäßigen Darstellung der Lehre von der *capitis deminutio* jedenfalls nicht.⁹ Zum anderen ist eine *capitis deminutio* in dem von Tellegen-Couperus angenommenen Sinn (Erlangung der Gewaltfreiheit) für beide Geschlechter Voraussetzung der Testamentserrichtung. Demgegenüber muss man Ciceros Bemerkung auf ein besonderes, nur für Frauen geltendes Erfordernis beziehen.

Ist demnach die Aussage Ciceros, dass Frauen nur testieren können, wenn sie eine Statusänderung vollzogen haben, mit der herrschenden Auffassung auf die bei Gaius erwähnte *coemptio testamenti faciendi gratia* zu beziehen, so ergibt sich aus den gaianischen Institutionen auch, dass Ciceros Beispiel in der Zeit der klassischen Jurisprudenz obsolet geworden war. Denn nach dem Bericht des Gaius wurde die *coemptio* durch einen Senatsbeschluss entbehrlich gemacht, der auf Betreiben Kaiser Hadrians gefasst wurde.

2. Möglichkeiten und Grenzen der juristischen Argumentation *ab adiunctis*

War auch der Fall, mit dem Cicero die Argumentation *ab adiunctis* illustrierte, für die klassischen Juristen obsolet, so machten sie doch von der Figur des Argumentierens von den (absurden) Folgen her häufig Gebrauch. Häufig signalisiert das Wort *alioquin* den Beginn eines solchen Arguments.¹⁰ Als zufällig herausgegriffenes Beispiel sei der folgende Text des Juristen Paulus genannt, PAUL. 13 ed. D. 16, 1, 11:

Si mulier tamquam in usus suos pecuniam acceperit alii creditura, non est locus senatus consulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sint.

Wenn eine Frau Geld scheinbar für eigene Zwecke entgegennimmt, es in Wahrheit aber einem Dritten ausleihen will, ist der Senatsbeschluss nicht anwendbar. Andernfalls würde niemand mit Frauen Geschäfte machen, weil es vorkommen kann, dass man nicht weiß, was sie tun werden.

Auch bei Paulus geht es um die Geschäftsfähigkeit von Frauen, allerdings nicht um die Fähigkeit zur Errichtung von Testamenten, sondern zum Abschluss von Darlehensgesch  ften. Durch das *Senatusconsultum Velleianum* war Frauen die Übernahme von Bürgschaften für Männer untersagt.¹¹ Das durch den Senatsbeschluss bewirkte Verbot des Eintretens für einen Mann (Interzessionsverbot) erstreckte sich auch auf den Fall, dass die Frau ein Darlehen aufnahm und die ihr ausgezahlte Valuta an einen Mann weiterleitete, um an dessen Stelle (Haupt-) Schuldnerin des Rückzahlungsanspruchs zu werden.¹² Diese Regel schränkt Paulus zugunsten eines gutgläubigen Darlehensgebers ein: Gewährt jemand einer

⁹ GAI. 1, 158–163.

¹⁰ Schmidlin, Rechtsregeln, 203.

¹¹ ULP. 29 ed. D. 16, 1, 2, 1.

¹² ULP. 29 ed. D. 16, 1, 8, 5.

Frau ein Darlehen, ohne zu wissen, dass sie die Valuta an einen anderen weitergeben will, so ist der Darlehensvertrag wirksam.¹³

Das von Paulus zur Begründung formulierte Argument *ab adiunctis* ist allerdings von etwas anderer Art als bei Cicero. Bei Cicero wird als Folge einer konkreten Entscheidung deren vorgeblich notwendig folgende Verallgemeinerung beschworen: Wenn man die Testamente von Frauen anerkennt (konkrete Entscheidung), muss man auch die Testamente anderer Testierunfähiger anerkennen (Verallgemeinerung). Bei Paulus hingegen wird vor den Folgen der konkreten Entscheidung selbst gewarnt: Wenn auch derjenige, der nicht weiß, dass seine Vertragspartnerin gegen das Interzessionsverbot verstößt, aufgrund des *Senatus-consultum Velleianum* mit der Unwirksamkeit des Vertrages rechnen muss, wäre jedes (Darlehens-)Geschäft mit einer Frau riskant.

Tendenziell setzt der klassische Jurist das Argument *ab adiunctis* also in einer überzeugenderen Form ein als Cicero. Wenn er von Cicero gelernt hat, so ist er über sein Vorbild hinausgekommen. – Freilich sei nicht verschwiegen, dass sich wohl auch Texte finden lassen, in denen die klassischen Juristen Argumente *ab adiunctis* in ähnlich allgemeiner Form anführen wie Cicero in seinem Beispiel.¹⁴

Von besonderem Interesse ist im Kontext dieses Beitrages möglicherweise ein kurzer Text des Neratius Priscus, in dem dieser das Argument *ab adiunctis* im Rahmen einer methodischen Reflexion verwendet, NER. 6 mebr. D. 1, 3, 21:

et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.

Und deshalb darf man die Gründe für das, was beschlossen wird, nicht erforschen. Sonst wird vieles von dem, was sicher ist, umgestoßen.

Formal handelt es sich auch bei Neraz um ein Argument von den Folgen her, wiederum eingeleitet mit dem Signalwort *alioquin*: Der Jurist warnt vor der Erforschung der Gründe einzelner Rechtsregeln: Wenn historisch Gewachsenes mit der Suche nach den Gründen einer Regelung hinterfragt wird, können viele Gewissheiten ins Wanken kommen. Materiell verweist die Äußerung des Neraz gerade auf die Schwierigkeiten der Argumentation *ab adiunctis* in der von Cicero exemplifizierten Weise: Da die Regeln zur Testierfähigkeit historisch gewachsen sind und nicht sämtlich auf denselben Vernunftgründen basieren, folgt aus der Beseitigung eines Tatbestandes der Testierunfähigkeit keineswegs, dass auch alle anderen Begrenzungen der Testierfähigkeit entfallen dürfen. Daher konnte der Senatsbeschluss aus der Regierungszeit Kaiser Hadrians die Notwendigkeit der *coemptio* als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Testamente von Frauen entfallen lassen, ohne dass deshalb allgemein alle Beschränkungen hinfällig (oder auch nur fragwürdig) wurden.

¹³ Vgl. auch ULP. 29 ed. D. 16, 1, 4 pr.

¹⁴ Vgl. etwa TRYPH. 9 disp. D. 23, 2, 67, 5.

II. Argumentation mit *similitudines quae ex pluribus collationibus perveniunt*

Mit der Wendung *similitudines quae ex pluribus collationibus perveniunt* umschreibt Cicero das Argument, das aus dem Bestehen einer bestimmten Rechtslage für mehrere ähnlich gelagerte Tatbestände folgert, dass dieselbe Rechtslage auch für einen weiteren Tatbestand gelten muss. Aus moderner Sicht könnte man von einer Gesamtanalogie sprechen.

1. Die Haftung des *procurator*

Als Beispiel wählt Cicero ein in der rechtshistorischen Literatur vielbehandeltes Problem, Cic. top. 42:

Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.

Wenn ein Vormund für seine Treue einstehen muss, wenn das der Gesellschafter, der, dem du einen Auftrag erteilt hast, und derjenige, der etwas als Treuhänder erhalten hat, tun muss, dann muss es auch ein Verwalter.

Cicero benennt, wie noch an zahlreichen weiteren Stellen in seinem Werk, diejenigen Rechtsverhältnisse, für die eine Klage gewährt wird, deren Formel auf die *bona fides* als Maßstab der Haftung verweist. Bemerkenswert an der Passage ist vor allem, dass der *procurator* vom Empfänger eines Auftrages (*cui mandaris*) unterschieden wird. Dies erklärt sich daraus, dass die Verwaltung des Vermögens im Ganzen durch einen *procurator* nicht als Auftragsverhältnis betrachtet wurde. Obgleich eine solche Verwaltungstätigkeit, die häufig Freigelassenen anvertraut wurde, natürlich auf vorherigen Absprachen mit dem Vermögensinhaber beruhte, wurde sie nicht als Gegenstand eines *mandatum*, das heißt eines Vertragsverhältnisses gesehen. Das *mandatum* und die daraus resultierende Klage waren demnach zunächst nur für Aufträge zuständig, die sich auf eine einzelne konkrete Tätigkeit bezogen, nicht hingegen für die allgemeine Tätigkeit eines Vermögensverwalters. Dieser wurde vielmehr als *negotiorum gestor*, Geschäftsführer ohne Auftrag, behandelt.¹⁵

Legt man diese Erklärung zugrunde, so läuft Ciceros Argument darauf hinaus, dass auch im Rahmen der *negotiorum gestio* die *bona fides* den Maßstab bieten soll, an dem das Verhalten des *procurator* gemessen wird. Dies wird mit der Ähnlichkeit des *procurator* mit anderen Sachwaltern hergeleitet, die sämtlich für die Beachtung der *fides* einstehen müssen.¹⁶ Tatsächlich ist anzunehmen, dass zur Zeit Ciceros das Edikt des Pr tors bereits eine auf die *bona fides* verweisende

¹⁵ Dazu Wittmann, Die Proze formeln, in: Mandatum und Verwandtes, 39, 43.

¹⁶ Zum verbindenden Element der verschiedenen Rechtsverhältnisse eingehend Kacprzak, Tra logica e giurisprudenza, 241–260.

Klageformel für die *negotiorum gestio* enthielt. Dies ist unter anderem aus einer weiteren Passage in den *Topica* zu entnehmen, in der Cicero das Verhältnis dessen, „qui aliena negotia curasset“, zu dem, „cuius ea negotia fuissent“, zu den Tatbeständen zählt, bei deren Verhandlung vor Gericht dem Advokaten die Bedeutung der *bona fides* gegenwärtig sein muss.¹⁷

Aus der bisher gegebenen Erläuterung ergibt sich zugleich, dass Cicero zwar ein juristisches Beispiel bringt, seine Argumentation sich aber nicht auf die Lösung eines konkreten Falles beziehen konnte. Vielmehr geht es um die rechtspolitische Frage, wie die Klageformel ausgestaltet werden sollte. Zudem war die Frage mit der Aufnahme eines entsprechenden Mustertextes in das Edikt schon zu Ciceros Zeiten entschieden. Die Digestenjuristen konnten aufgrund der Erstarung und schließlich autoritativen Festlegung des Edikttextes derartige Fragen nicht mehr stellen.

2. Freilassung durch einen Magistrat *apud se*

Das von Cicero gegebene Beispiel für die Verwendung von *similitudines quae ex pluribus collationibus perveniunt* war für eine Übernahme durch die klassischen Juristen in jeder Hinsicht ungeeignet. Die zugrundeliegende Argumentationsmethode nutzten sie durchaus, wie das folgende Beispiel illustriert; ULP. 26 Sab. D. 1, 18, 2:

Praeses apud se adoptare potest, quemadmodum et emancipare filium et manumittere servum potest.

Der Statthalter kann vor sich selbst adoptieren, so wie er auch einen Sohn aus der Hausgewalt entlassen oder einen Sklaven freilassen kann.

Die Entlassung eines Sohnes aus der Hausgewalt, die Freilassung eines Sklaven und die Adoption sind sämtlich Akte der *iurisdictio voluntaria* (freiwilligen Gerichtsbarkeit), die vor einem Magistrat *cum imperio* (Konsul, Prätor, Provinzstatthalter) vollzogen werden müssen. Ulpian stellt die Frage, ob ein Inhaber der Amtsgewalt diese selbst zur Vollziehung eines der genannten Akte nutzen darf oder ob er in diesem Fall einen anderen Magistrat aufsuchen muss, um wirksam emanzipieren, freilassen oder adoptieren zu können. Daraus, dass dies für Emanzipation und Freilassung anerkannt ist, schließt Ulpian, dass für die ähnlich strukturierte Adoption nichts anderes gelten kann.

Die von Cicero demonstrierte Argumentationsfigur wird von Ulpian in ganz ähnlicher Weise, jedoch auf ein Problem aus einem ganz anderen Bereich angewendet. Cicero war die Mitwirkung als Magistrat an einem Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei dem er selbst Partei war, noch bedenklich erschienen.¹⁸ Zur Zeit der klassischen Juristen war die Frage weitgehend geklärt.¹⁹

¹⁷ Cic. top. 66; vgl. Finazzi, *Negotiorum gestio* I, 174.

¹⁸ Cic. Att. 7, 2, 8 und dazu Watson, *Law of Persons*, 191 f.

III. Argumente und Fälle zum Geldrecht

Während in den bisherigen Beispielen die von Cicero angefu  hrten Beispielsfälle aus verschiedenen Gründen nicht brauchbar waren, lassen sich mehrere (erbrechtliche) Fälle aus dem Themenfeld des „legal aspect of money“ finden, die schon bei Cicero diskutiert werden und in ähnlicher Form noch von den klassischen Juristen behandelt wurden.

1. Argumentation *a genere* beim Vermächtnis von Silber

Zur Entwicklung eines Arguments auf der Grundlage der Zuordnung von Gegenständen zu bestimmten *genera* führt Cicero einmal mehr einen Fall aus dem Erbrecht an, Cic. top. 13:

Quoniam argentum omne mulieri legatum est, non potest ea pecunia quae numerata domi relicta est non esse legata; forma enim a genere, quoad suum nomen retinet, nunquam seiungitur, numerata autem pecunia nomen argenti retinet; legata igitur videtur.

Da alles Silber der Frau vermacht ist, muss ihr auch das Geld, das als Bargeld im Haus hinterlassen wurde, vermacht sein. Denn eine bestimmte Erscheinungsform wird nicht aus der Gattung ausgeschieden, sofern sie den Namen der Gattung behält. Münzgeld behält aber den Namen des Silbers, daher ist es ersichtlich vermacht.

Es geht um ein Testament, in dem einer Frau als Vermächtnis alles im Nachlass befindliche Silber zugewendet ist. Die Rechtsfrage ist, ob auch der zum Nachlass gehörende Bestand an Silbermünzen an die Frau fällt. Diese Frage bejaht Cicero, weil auch Silbermünzen noch den Namen „Silber“ tr  gen und daher zum bezeichneten *genus* gehörten.

Dieselbe Frage wurde noch von dem spätklassischen Juristen Ulpian erörtert, ULP. 44 Sab. D. 34, 2, 27, 1:

An cui argentum omne legatum est, ei nummi quoque legati esse videantur, quaeritur. et ego puto non contineri: non facile enim quisquam argenti numero nummos computat. item argento facto legato puto, nisi evidenter contra sensisse testatorem appareat, nummos non contineri.

Ob anzunehmen ist, demjenigen, dem alles Silber vermacht ist, seien auch die Münzen vermacht, ist fraglich. – Und ich meine, dass sie nicht vermacht sind. Denn es wird nicht leicht jemand Münzen zum Silber rechnen. Ebenso meine ich, dass, wenn das bearbeitete Silber vermacht ist, sofern nicht deutlich erkennbar ist, dass der Erblasser es anders gewollt hat, die Münzen nicht umfasst sind.

¹⁹ Vgl. zu Spezialfragen im Zusammenhang mit der *lex Aelia Sentia* ULP. 2 off. cons. D. 1, 10, 1, 2; D. 40, 2, 20, 4 und IUL. 42 dig. D. 40, 2, 5; dazu Benke, TR 57 (1989), 275, 280.

Ulpian entscheidet für dieselbe Konstellation im entgegengesetzten Sinne. Ein Vermächtnis, das alles Silber im Nachlass dem Begünstigten zuwendet, schließt die Silbermünzen nicht ein. Dasselbe gilt für ein Vermächtnis des bearbeiteten Silbers, das heißt der aus Silber gefertigten Gegenstände. Ulpian entscheidet nicht nur den Fall anders, sondern folgt auch nicht Ciceros Argumentation *a genere*. Stattdessen betont er die Bedeutung des Willens des Erblassers. Wenn er die Frage stellt, ob man das Silbergeld zum Silber rechnen kann, geht es ihm wohl nicht um die sprachliche Bezeichnung, sondern eher darum, welche Funktion die fraglichen Gegenstände im Haushalt haben und wie sie in der häuslichen Buchführung gruppiert werden.

Behrends vermutet, dass Ulpian mit seiner Entscheidung einer entgegengesetzten Aussage des von ihm kommentierten Werkes, des *ius civile* des Sabinus widerspricht. Sabinus habe dieselbe Meinung wie Cicero vertreten. Letztlich gehe die Auffassung, das Vermächtnis von *argentum omne* umfasse auch das Münzgeld, auf den Vorklassiker Quintus Mucius Scaevola zurück, von dem sowohl Sabinus als auch Cicero sie übernommen hätten. Servius Sulpicius Rufus hingegen habe bereits zu Ciceros Zeiten die später von Ulpian vertretene Meinung verfochten.²⁰ Diese Annahmen lassen sich aus den überlieferten Quellen nicht beweisen. Gegen die Vermutung eines Dissenses zwischen Ulpian und Sabinus spricht der Umstand, dass Ulpian an anderer Stelle – im Hinblick auf ein Vermächtnis von Wein – gerade Sabinus als Gewährsmann für eine an der Funktion und am Willen des Testators orientierte Betrachtungsweise anführt, wie er selbst sie für das Silbervermächtnis verfocht.²¹ Demnach ist denkbar, dass schon bald nach Cicero die Juristen unabhängig von ihrer Schulzugehörigkeit statt einer Orientierung an sprachlichen (Gattungs-)Bezeichnungen eine Entscheidung nach der wirtschaftlichen Funktion der vermeintlich vermachten Gegenstände bevorzugten.²²

Für Ulpian jedenfalls scheint der Fall eindeutig zu sein. In D. 34, 2, 27, 1 mag das zweifache *puto* vorsichtig wirken,²³ doch an anderer Stelle kennzeichnet Ulpian die Auffassung, dass geprägte Münzen nicht zu einem Vermächtnis von Silber (oder Gold) gehören, mit *placet* als einen anerkannten Rechtssatz.²⁴ So tritt bei Ulpian bei der Behandlung des Falles an die Stelle des ciceronischen Arguments *a genere* eines *a differentia*: Geld nimmt gegenüber dem Rohstoff Silber und auch gegenüber den Silberwaren eine Sonderrolle ein.

²⁰ Behrends, SZ 112 (1995), 195, 212 mit Fn. 26; dort auch zu einem möglichen Einfluss der Überlegungen bei ARIST. Gen. et Corr. 629a18–22.

²¹ ULP. 23 Sab. D. 33, 6, 9 pr.; vgl. auch ULP. 20 Sab. D. 33, 6, 1.

²² Vgl. zum Gegensatz zwischen Ciceros Argumentation und dem Denken der Juristen in diesem Fall auch Wieling, Testamentsauslegung, 43 f.

²³ So Behrends, SZ 112 (1995), 195, 212 Fn. 26.

²⁴ ULP. 20 Sab. D. 34, 2, 19.

2. Argumentation *a differentia* beim Geldvermächtnis

Cicero bringt für das Argument *a differentia* ein Beispiel, das in engem sachlichem Zusammenhang mit dem gerade behandelten Fall steht, Cic. top. 16:

Non, si uxori vir legavit argentum omne quod suum esset, idcirco quae in nominibus fuerunt legata sunt. Multum enim differt in arcae positum sit argentum an in tabulis debeat.

Keineswegs sind, wenn ein Mann seiner Frau alles Silber, das ihm gehörte, vermacht hatte, deshalb auch Geldbeträge, die in Schuldforderungen bestanden, vermacht. Denn es macht einen großen Unterschied, ob Silber in einer Truhe liegt oder aufgrund von Urkunden geschuldet wird.

Das Fallbeispiel setzt gedanklich die zuvor in Cic. top. 13 auf das Argument *a genere* gestützte Annahme voraus, dass ein Vermächtnis des gesamten Silbers auch (M nzt-)Geld umfasst. Nur unter dieser Voraussetzung kann die weitere Frage gestellt werden, ob über das Bargeld in Gestalt von Münzen hinaus auch Geldbeträge, die nicht körperlich im Nachlass vorhanden sind, sondern die Form von noch nicht erfüllten Forderungen des Nachlasses gegen Dritte haben, dem Vermächtnisnehmer zustehen sollen. Diese Frage verneint Cicero, was angesichts seines Abstellens auf die sprachliche Bezeichnung als ‚Silber‘ im vorigen Fall nicht  berascht.

Schon weil die Prämissen, dass M nztgeld vom Vermächtnis des gesamten Silbers erfasst wird, von den späteren Juristen nicht mehr geteilt wurde, kann es zu dem von Cicero behandelten Fall keine direkte Parallele in den Digesten geben. Ein Text des hochklassischen Juristen African lässt aber vermuten, dass die klassischen Juristen dem Unterschied zwischen in Münzen verk rpertem Geldwert und Schuldforderungen nicht mehr dieselbe Bedeutung f r Auslegungsfragen beima en,²⁵ AFR. 6 quaest. D. 32, 64:

Qui filium et nepotem heredem instituerat, certa praedia quaeque in his mortis tempore sua essent nepoti per fideicommissum dederat excepto calendario: mortis tempore in ea arca, in qua instrumenta et cautiones debitorum erant, pecunia numerata inventa est. plerisque videbatur vix verosimile esse, ut testator de pecunia numerata sensisset. ego autem illud dignum animadversione existimabam, cum quis calendarium praestari alicui voluerit, utrumne nomina dumtaxat debitorum praestari voluisse intelligendus est an vero etiam pecuniam, si qua ab his exacta, eidem tamen calendario destinata fuerit. et magis puto, quemadmodum, si exactae pecuniae et rursus collocatae essent, permutatio nominum non peremeret vel minueret fideicommissum, ita ipsae quoque pecuniae, si adhuc calendario, id est nominibus faciendis destinatae essent, eidem fideicommisso cedere debeant. quin etiam illud quoque putem defendi posse, ut non modo a debitoribus exactae pecuniae, sed quacumque de causa redactae, eidem tamen rationi [fuerint] destinatae fideicommisso cedant.

²⁵ Demgegen ber scheint *Thilo*, Codex accepti, 103, anzunehmen, dass Ciceros Position noch im klassischen Recht galt.

Jemand hatte seinen Sohn und seinen Enkel zu Erben eingesetzt und hatte dem Enkel durch Fideikommiss bestimmte Grundstücke und was sich bei seinem Tode von seinem Eigentum auf diesen Grundstücken befinden würde, zugewendet, ausgenommen jedoch das Schuldbuch. Bei seinem Tod wurde in der Kiste, in der die Urkunden und Schulscheine lagen, Münzgeld gefunden. Den meisten schien es kaum wahrscheinlich, dass der Testamentsverfasser [mit dem Schuldbuch] auch Münzgeld gemeint hatte. Ich aber war der Auffassung, es sei zu überlegen, ob man annehmen sollte, dass jemand, der angeordnet hat, das Schuldbuch einer Person zu leisten, nur wollte, dass die Forderungen gegen Schuldner geleistet würden oder aber auch Geld, wenn welches vom Schuldner eingetrieben und wieder für dasselbe Schuldbuch bestimmt war. Und so, wie die Auswechslung der Forderungen das Fideikommiss nicht beseitigen oder vermindern würde, wenn Gelder eingetrieben und wieder ausgeliehen worden wären, halte ich für richtig, dass auch die Gelder selbst, wenn sie weiterhin für das Schuldbuch, das heißt zur Begründung von Schuldforderungen bestimmt sind, unter dasselbe Fideikommiss fallen müssen. Ja ich würde sogar annehmen, dass man auch vertreten kann, nicht nur die von Schuldnern beigetriebenen Gelder, sondern auch solche, die aus irgendeinem Grund eingenommen wurden, fielen unter das Fideikommiss, wenn sie nur für denselben Zweck bestimmt waren.

In dem relativ umfangreichen Text geht es nicht um Vermächtnisse, sondern um Zuwendungen in der Form des Fideikommisses, das erst in der frühen Kaiserzeit rechtliche Anerkennung fand. Einem Begünstigten sind Grundstücke mit allem, was sich darauf befindet, zugedacht. Ausgenommen ist davon das Schuldbuch (*kalendarium*), in dem die Forderungen des Erblassers gegen seine Schuldner verzeichnet sind.²⁶ Dieses Schuldbuch, das heißt, die darin verzeichneten Forderungen,²⁷ sollten also den Erben verbleiben. Um zu ermitteln, was genau von der Ausnahme erfasst ist, stellt der Jurist eine Kontrollüberlegung an: Wie wäre ein Fideikommiss auszulegen, das gerade das *kalendarium* umfasste? Bei der Auslegung dieser nur fingierten Zuwendung kommt der Jurist zu dem Ergebnis, dass es neben den Forderungen auch Bargeld umfassen kann, das aus Rückzahlungen auf (im Schuldbuch verzeichnete) Forderungen stammt und zur erneuten Ausgabe als Darlehen bestimmt war. Dementsprechend sind auch solche Bargeldbeträge nicht von der Zuwendung der Grundstücke mit allem, was sich darauf befindet, erfasst und verbleiben den Erben.²⁸

Die Auffassung bei African widerspricht Ciceros Position zwar nicht direkt, steht aber in Spannung zu ihr. Wenn die Zuwendung von Forderungen auch Bargeld umfassen kann, wenn dieses demselben Geschäftszweck gewidmet ist, liegt es auch nahe, gegebenenfalls eine Zuwendung von Bargeld auf Forderungen zu erstrecken. Ähnlich dachte vermutlich schon Labeo.²⁹

²⁶ Zum Begriff *Thilo*, Codex accepti, 104–108.

²⁷ *Giliberti*, Legatum calendarii, 55.

²⁸ Eingehend zu diesem Text *Giliberti*, Legatum calendarii, 55–59.

²⁹ Vgl. PROCUL. 5 epist. D. 32, 86 und dazu *Wieling*, Testamentsauslegung, 44.

3. Geldrecht bei den klassischen Juristen

Insgesamt zeigt die Behandlung von Geld als Gegenstand letztwilliger Zuwendungen bei Cicero einerseits und den klassischen Juristen andererseits ein zunehmendes Bewusstsein von der Sonderstellung des Geldes im Verhältnis zu anderen Vermögenswerten. So kamen die Juristen zu Lösungen, die den von Cicero vertretenen direkt widersprachen. Für den zur Illustration des Argumentierens *a differentia* gebildeten Fall ergab sich, dass er nicht mehr verwendbar war, weil die Frage, ob ein Vermächtnis von Silber auch Schuldforderungen erfassen kann, nicht mehr gestellt werden konnte, nachdem sich die Auffassung durchgesetzt hatte, dass schon Münzgeld von einem solchen Vermächtnis nicht erfasst war.

Dem klaren Verständnis der klassischen Juristen für die Sonderstellung des Geldes entspricht es, dass der sp tklassische Jurist Paulus eine – erstaunlich moderne – Definition des Geldes vorlegte.³⁰ Sie kann als Beispiel einer Argumentation mittels einer „definitio quae ... quasi involutum evolvit“³¹ eingeordnet werden.

IV. Der Ertrag der computergestützten Suche

Wie bereits eingangs angekündigt wurde zur Vorbereitung dieses Beitrages der Versuch unternommen, Passagen in den Digesten, die Texten aus Ciceros *Topica* sprachlich ähneln, mit digitaler Unterstützung aufzufinden. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei vorausgeschickt, dass es sich um ein rein heuristisches Verfahren handelt, das nichts herausfinden kann, was nicht auch durch sorgfältige Lektüre zu ermitteln wäre. Tatsächlich sind die Übereinstimmungen der beiden Texte, die im Folgenden näher besprochen werden sollen, schon von früheren Autoren ohne technische Hilfsmittel festgestellt worden.

1. Die Methode

Zur Vorbereitung wurden die Texte von Ciceros *Topica* sowie die Texte der Digesten satzweise lemmatisiert, das heißt für jeden Satz wurden die enthaltenen Wörter auf ihre Grundform zurückgeführt. Ferner wurden Allerweltsw rter, die in jedem Text vorkommen und insofern nichts über den Sprachgebrauch eines Autors aussagen, aus den Wortlisten entfernt. Diese Vorarbeiten wurden mit Python-Programmen mithilfe des Classical Language Toolkit, einer Programm-bibliothek für die Verarbeitung altsprachlicher Texte, die von Kyle P. Johnson und weiteren Autoren erstellt und weiterentwickelt wird,³² durchgeführt.

³⁰ PAUL. 33 ed. D. 18, 1, 1 pr.; vgl. dazu R fner, Money, in: Money in the Western Legal Tradition, 93, 98 f.

³¹ CIC. top. 9.

³² Einzelheiten zum Classical Language Toolkit unter <http://cltk.org/> (zuletzt abgerufen am 21.2.2022).

Nach diesen Vorarbeiten wurde – wiederum mittels eines Python-Programms – in Ciceros *Topica* und den Digesten nach Texten gesucht, in denen möglichst viele identische Wörter vorkommen. Da die juristischen Fallbeispiele bei Cicero meist nur aus einem Satz bestehen, wurde für jeden Satz der *Topica* nach ähnlichen Paragraphen in den Digesten gesucht. Übereinstimmungen bei seltenen Wörtern wurden stärker gewichtet als Übereinstimmungen bei häufig gebrauchten Wörtern. Die unterschiedlichen Textlängen wurden berücksichtigt.

Nicht alle auf diesem Wege identifizierten Übereinstimmungen im Wortgebrauch waren für die im Rahmen dieses Beitrages relevanten Fragen ergiebig. So finden sich in den *Topica* und bei Ulpian sehr ähnliche Definitionen von Regenwasser (*aqua pluvia*).³³ Wegen des Gebrauchs des relativ seltenen Wortes *imber* in beiden Quellen stellt der Computer eine besonders auffällige Übereinstimmung fest. Diese dürfte auf ein hohes Alter der Definition hinweisen,³⁴ sagt aber über methodische Einflüsse Ciceros wenig aus. Ähnliches gilt für den Befund, dass die Möglichkeit, das Eigentum an zahmen Pferden („*equus, equa quae frenos recipere solet*“ bzw. „*equus item aut equa freni patiens*“) kraft des *postliminium* zurückzugewinnen, von Cicero und dem Digestenjuristen Marcellus mit ähnlichen, ungewöhnlichen Formulierungen referiert wird.³⁵

2. Die Klagen zur Abwehr von Regenwasser und zur Grenzregelung

Einen größeren Ertrag verspricht die Betrachtung von zwei Texten, die deshalb als ähnlich erkannt werden, weil jeweils die *actio aquae pluviae arcendae* und die *actio finium regundorum* nebeneinandergestellt werden. Cic. top. 43:

Si in urbe de finibus controversia est, quia fines magis agrorum videntur esse quam urbis, finibus regendis adigere arbitrum non possis, sic, si aqua pluvia in urbe nocet, quoniam res tota magis agrorum est, aquae pluviae arcendae adigere arbitrum non possis, (...).

Wenn in der Stadt ein Streit über Grundstücksgrenzen besteht, kannst du, weil Grenzen zu Äckern und nicht zu städtischen Grundstücken gehören, keinen Richter zur Festsetzung der Grenzen beiziehen; ebenso kannst du, wenn in der Stadt Regenwasser schädlich wird, weil die ganze Angelegenheit sich auf Ackerland bezieht, keinen Richter zur Abwehr von Regenwasser beiziehen.

Cicero verwendet dieses Beispiel zur Illustration der Argumentation *e similitudine*: Weil die *actio aquae pluviae arcendae* und die *actio finium regundorum* einander ähneln, sollen beide nur auf Grundstücke im ländlichen Bereich, nicht aber in der Stadt anwendbar sein. Worin genau die Ähnlichkeit der beiden Klagen besteht, bleibt hier, wie auch in einer zweiten Passage, in der Cicero dasselbe

³³ Cic. top. 39; ULP. 53 ed. D. 39, 3, 1 pr.

³⁴ Dazu Watson, Law of Property, 156 f.

³⁵ Cic. top. 36; MARCELL. 39 dig. D. 49, 15, 2, 1.

Beispiel verwendet,³⁶ unklar. Cicero scheint anzudeuten, dass die Klageformeln beider Klagen nur auf landwirtschaftliche Grundstücke passten.³⁷ Ob neben dem Wortlaut der Formeln noch materielle Gründe die Beschränkung auf ländliche Grundstücke motivierten, lässt sich nicht ohne Weiteres ermitteln.³⁸ Jedenfalls folgten in diesem Punkt noch die klassischen Juristen derselben Linie wie Cicero.³⁹

Der Digestentext, den das Suchprogramm als ähnlich erkennt, stammt von Paulus, PAUL. 9 Sab. D. 47, 7, 5, 2:

Is, cuius usus fructus est in fundo, hanc actionem non habet: qui autem fundum vectigalem habet, hanc actionem habet, sicut aquae pluviae arcendae actionem et finium regundorum.

Wer an einem Grundstück ein Nießbrauchsrecht hat, dem steht diese Klage [wegen umgehauener Bäume] nicht zu. Wer aber ein Grundstück in Erbpacht hat, dem steht diese Klage zu – ebenso wie die Klage zur Abwehr von Regenwasser und die Grenzregelungsklage.

Auch Paulus behandelt die Klage zur Abwehr von Regenwasser und die Grenzregelungsklage als rechts hnlich. Er will aber nicht von der einen auf die andere schließen, wie Cicero, sondern von beiden auf eine dritte: Wie die *actiones aquae pluviae arcendae* und *finium regundorum* soll auch die Klage wegen umgehauener Bäume (*actio arborum furtim caesarum*) einem bloßen Nießbraucher eines Grundstücks nicht zustehen, wohl aber einem Erbp chter. Der innere Grund für die unterschiedliche Behandlung von Nießbraucher und Erbp chter im Hinblick auf die drei genannten Klagen liegt vermutlich darin, dass alle drei die Sachsubstanz und nicht – oder jedenfalls nicht nur – das Nutzungs- und Fruchtziehungsrecht des Nießbrauchers betrafen.

Zumindest im Hinblick auf die unberechtigte Abholzung von Bäumen führte der Ausschluss der speziellen Klage allerdings nicht dazu, dass der Nießbraucher schutzlos war. Ihm standen nach Ulpian gegen einen Dritten und sogar den Eigentümer des Grundstücks die *actio legis Aquiliae* und das Interdikt *quod vi aut clam* zu Gebote, wenn Bäume auf dem Nie brauchsgrundst ck unberechtigt umgehauen wurden.⁴⁰

Cicero und Paulus nutzen demnach beide Ähnlichkeiten von *actio aquae pluviae arcendae* und *actio finium regundorum* für eine Argumentation *e similitudine*. Die Ähnlichkeiten, auf die sie sich stützen, betreffen aber soweit ersichtlich

³⁶ CIC. top. 23.

³⁷ Rodger, Owners and Neighbours, 148.

³⁸ Dazu eingehend, aber ohne eindeutiges Ergebnis Kacprzak, Tra logica e giurisprudenza, 181–192; vgl. auch Watson, Law of Property, 173.

³⁹ Vgl. ULP. 53 ed. D. 39, 3, 1, 17 (zur *actio aquae pluviae arcendae*) und PAUL. 23 ed. D. 10, 1, 4, 10 (zur *actio finium regundorum*).

⁴⁰ ULP. 71 ed. D. 47, 24, 13 pr.; dazu Iliffe, RIDA 12 (1965), 325, 339 f.

ganz unterschiedliche Aspekte. Insofern erscheint die Übereinstimmung eher zufällig. Dennoch ist bemerkenswert, dass sich – anders als in den bisher behandelten Beispielen – nicht nur eine Argumentationsfigur, sondern auch ein Element der von Cicero verwendeten Illustration in den *Digesten* wiederfindet.

3. Nutzung von *vinearia* und *olearia*

Zuletzt seien zwei Texte bei Cicero und in den *Digesten* behandelt, die wegen der Verwendung der Wörter (*cella*) *vinaria* und *olearia* (Wein- und Ölkammer) als ähnlich erkannt werden;⁴¹ Cic. top. 17:

Non debet ea mulier cui vir bonorum suorum usum fructum legavit cellis viniis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus, legatus est. Ea sunt inter se contraria.

Eine Frau, der ihr Mann einen Nießbrauch an seinem ganzen Vermögen vermacht hat, darf, sofern er die Wein- und Ölkammern gefüllt hinterlassen hat, nicht annehmen, dies stehe ihr zu. Denn ihr ist der Gebrauch, nicht der Verbrauch vermacht. Diese Begriffe sind einander entgegengesetzt.

Ciceros Illustration des Arguments *e contrario* besagt bei unbefangener Lektüre, dass die Witwe, der zu ihrer Versorgung ein Nießbrauch am gesamten Vermögen ihres Mannes hinterlassen wurde, kein Recht hat, die Wein- und Ölvorräte, die in Vorratsräumen lagern, zu verbrauchen.⁴² Diese Entscheidung kann im Hinblick auf den Versorgungszweck des Nießbrauchsvermögens überraschen. Nimmt man aber die Prämisse ernst, dass der Nießbrauch kein Recht zur Schmälerung der Sachsubstanz gewährt, so ist die Entscheidung nachvollziehbar: Als Teil der Sachsubstanz stehen die Vorräte dem Erben zu.

Crifò schlägt eine gänzlich andere Deutung des Textes vor.⁴³ Seiner Auffassung nach geht es nicht darum, ob die Nießbraucherin die Vorräte verbrauchen darf, sondern ob sie die Vorratsräume selbst (zur Lagerung eigener Produkte oder zur Erzielung von Mieteinnahmen) nutzen kann. Das Wort *abusus* soll nicht den Verbrauch der vom Ehemann hinterlassenen Vorräte, sondern deren Missbrauch bezeichnen. Der (dem Nießbrauch zuwiderlaufende) Missbrauch soll in einer Entsorgung der Vorräte mit dem Ziel liegen, die Nutzung der Räume zu ermöglichen. Diese Deutung hat gute Gründe für sich. Insbesondere ist Crifò zuzugeben, dass für *abusus* nach dem Sprachgebrauch der Juristen durchaus auch die Übersetzung mit „Missbrauch“ in Betracht kommt.⁴⁴ Eine wesentliche Schwäche liegt aber darin, dass die Wendung „id ad se pertinere“ sich für Crifò

⁴¹ Zu Cic. top. 17 auch eingehend *Backhaus*, in diesem Band, 82–84.

⁴² In diesem Sinne z. B. *Orio*, Index 9 (1980), 230, 231 f. mit Fn. 14 sowie (ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Cic. top. 17) *Giuffrè*, Iura in re aliena, 169; vgl. auch die Nachweise bei *Backhaus*, in diesem Band, 83.

⁴³ *Crifò*, RIDA 24 (1977), 177–188; *ders.*, Quasi-usufrutto, 119–202.

⁴⁴ Dazu die Nachweise bei *Crifò*, Quasi-usufrutto, 163–171.

auf die Raumnutzung beziehen muss.⁴⁵ Auch wenn der Bezug nicht ganz klar ist, liegt es doch näher anzunehmen, dass mit diesen Worten der Inhalt der Vorratskammern bezeichnet ist: Obgleich der Ehemann die Kammern gut gef llt hinterlassen hat, darf die Frau nicht glauben, dies (nämlich der gelagerte Wein und das Öl) stehe ihr zu. Darum erscheint die zunächst vorgeschlagene (und der Übersetzung zugrunde gelegte) Deutung der Passage vorzugswürdig.

Demgegenüber geht es in der sprachlich ähnlichen Passage der Digesten tatsächlich um die Nutzung der Vorratskammern, ULP. 7 Sab. D. 7, 8, 10, 4 (Schluss):

(...) idem Labeo ait et cella vinaria et olearia eum solum usurum, dominum vero invito eo non usurum.

Labeo sagt ferner, auch die Wein- und die  lkammer dürfte nur der Gebrauchsberechtigte benutzen, der Eigentümer hingegen dürfte sie gegen dessen Willen nicht benutzen.

Bei Ulpian geht es nicht um einen Nießbrauch, sondern um den Inhaber eines bloßen Gebrauchsrechts (ohne die Befugnis zur Fruchtziehung). Da vom Inhalt der Vorratskammer nicht die Rede ist (und für einen bloß zum Gebrauch Berechtigten auch ein Recht zum Verbrauch der Vorräte kaum in Betracht kommt) kann es nur um den Gebrauch der Vorratskammer gehen. Diesen spricht Ulpian dem Usuar zu. Folgt man Crif , so haben beide Texte ein ähnliches Thema. Die beiden Texte behandeln nach seiner Vorstellung eine vergleichbare Problematik – die Abgrenzung der Befugnisse des Eigentümers von denen des Inhabers eines beschränkten Nutzungsrechts exemplarisch am Beispiel der Nutzung der Vorratskammern. Die Parallele wäre unabweisbar. Überraschend wäre allerdings, dass Cicero in seinem kleinen Werk zur Demonstration von Argumentationsfiguren einen wesentlich problematischeren Fall behandeln würde als der klassische Jurist Ulpian. Nimmt man hingegen aus den oben schon erläuterten Gründen an, dass es bei Cicero um den Inhalt der Vorratskammern geht, so handelt es sich um ganz unterschiedliche Probleme. Die bei Cicero behandelte Frage, ob die Nießbraucherin sich den Inhalt der Vorratskammern aneignen darf wird von den Digestenjuristen – vielleicht wegen der zwischenzeitlichen Regelung des Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen durch einen Senatsbeschluss⁴⁶ – nicht mehr erörtert.

C. Der Einfluss Ciceros

Die betrachteten Beispiele rechtfertigen die Annahme, dass sich für alle von Cicero vorgestellten Topoi der Argumentation Beispiele bei den Digestenjuristen finden lassen. Insofern ist es eine  berspitzung, wenn Wieling formuliert, die von der Dialektik angebotenen Auslegungsverfahren seien für die Juristen nicht

⁴⁵ So Crif , RIDA 24 (1977), 177, 187.

⁴⁶ ULP. 18 Sab. D. 7, 5, 1; zur Diskussion um die Datierung vgl. die Nachweise bei Backhaus, in diesem Band, 83 Fn. 177 sowie *Giuffrè*, *lura in re aliena*, 172.

in Betracht gekommen.⁴⁷ Es wäre aber vorschnell, aus der Verwendung bestimmter Topoi, oder auch aus der Tatsache, dass Cicero von den Digestenjuristen zuweilen namentlich zitiert wird,⁴⁸ und dass sich seine juristische Definition des Begriffes *litus* (Strand) sogar gegen die von dem Fachjuristen Aquilius Gallus vorgeschlagene Definition durchsetzte und herrschend wurde,⁴⁹ auf einen großen methodischen Einfluss Ciceros auf die römischen Juristen zu schließen. Denn, wie bereits eingangs erwähnt, waren für die römischen Juristen die praktischen oder fiktiven Fälle zentral. Zur Konstruktion passender Fälle verwendeten sie wiederkehrende Versatzstücke, die es ihnen ermöglichten, die Reichweite von Rechtsregeln zu untersuchen und zu einer kohärenten inneren Systematik zu gelangen.

Was die von Cicero verwendeten Fallbeispiele angeht, hat die Untersuchung gezeigt, dass die klassischen Juristen wenig mit ihnen anfangen konnten. Viele Beispiele waren durch die Rechtsentwicklung überholt (Cic. top. 18 und 42) oder beruhten auf – aus Sicht der klassischen Juristen – unrichtigen Prämissen (Cic. top. 13). Wo die Juristen ähnliche Fälle diskutierten, argumentierten sie anders als Cicero und kamen zu anderen Ergebnissen (Cic. top. 16 und 13).

Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Fälle und der zu ihrer Konstruktion verwendeten Sachverhaltselemente ist es immerhin signifikant, dass die Nutzung der *cella viniaria* und *olearia* im Zusammenhang mit der Abgrenzung der Befugnisse verschiedener Berechtigter in Cic. top. 17 ebenso wie bei Ulp. 7 Sab. D. 7, 8, 10, 4 eine Rolle spielt. Allerdings muss nach dem Ergebnis unserer Überlegungen angenommen werden, dass die Funktion dieses Sachverhaltselements bei Ulpian eine deutlich andere ist als bei Cicero. – Nur in einem Fall ist deutlich, dass Elemente aus einem von Cicero verwendeten Fallbeispiel in ähnlicher Funktion bei den klassischen Juristen wiederkehren (Cic. top. 43). Selbst in diesem Fall bleiben aber Unklarheiten: Worin die relevanten Gemeinsamkeiten von *actio aquae pluviae arcendae* und *actio finium regundorum* liegen, war nicht vollständig zu ermitteln.

Insgesamt bleibt zwischen Cicero und den Juristen eine breite Kluft: Für die Juristen sind ihre Fälle und Fallabwandlungen die eigentliche „sedes, e quibus argumenta promuntur“.⁵⁰ Die Fähigkeit, passende Testfälle aus einem begrenzten Vorrat an Sachverhaltselementen immer neu zu bilden, ist kennzeichnend für das

⁴⁷ Wieling, Testamentsauslegung, 44.

⁴⁸ Nach *Carcattera*, SDHI 52 (1986), 73, 76 ist Cicero der von den Digestenjuristen am häufigsten zitierte philosophische Autor.

⁴⁹ Vgl. Cic. top. 32 und CELS. 25 dig. D. 50, 16, 96 pr.; dazu unklar *Wibier*, Cicero's Reception, in: Cicero's Law, 100, 105 f.: Die von Celsus überlieferte Definition ist nicht mit derjenigen identisch, die Cicero dem Aquilius Gallus zuschreibt. Insofern hatte er, anders als *Wibier* annimmt, keinen Anlass, Aquilius Gallus als Urheber zu nennen. Vgl. zur Verbesserung der Definition durch Cicero *Ankum*, Index 26 (1998), 361, 376.

⁵⁰ Cic. top. 7.

nur halbabstrakte Denken der römischen Juristen. Ist der Fall treffend gebildet, so liegen die Argumente zu seiner Lösung oft auf der Hand (und werden nicht selten nur knapp angedeutet). Nicht zuletzt deshalb unterscheidet sich ihre *ars* wesentlich von der, die Cicero seinem Juristenfreund Trebatius mit den *Topica* näher zu bringen suchte.⁵¹

Literaturverzeichnis

- Ankum*, Hans: „Litora maris“ et „longi temporis praescriptio“, *Index* 26 (1998), 361–381
- Behrends*, Okko: Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz, *SZ* 112 (1995), 195–238
- Benke*, Nikolaus: Exemplum contra legem, *TR* 57 (1989), 275–312
- Carcaterra*, Antonio: Le operazioni dell’„avvocato“. Euristica e logica a fronte della „narratio“ dell’interessato, *SDHI* 52 (1986), 73–104
- Crif  *, Giuliano: Cicerone, top. 3.17 e il quasi-usufrutto, *RIDA* 24 (1977), 177–188
- Finazzi*, Giovanni: Ricerche in tema di negotiorum gestio. Bd. 1: Azione pretoria ed azione civile, Cassino 1999
- Fuhrmann*, Manfred: Die zivilrechtlichen Beispiele in Ciceros *Topik*, in: Schirren, Thomas/Ueding, Gert (Hrsg.), *Topik und Rhetorik: Ein interdisziplin  res Symposium*, Tübingen 2000, 51–66
- Giliberti*, Giuseppe: Legatum calendarii. Mutuo feneratizio e struttura contabile del patrimonio nell’et   del principato, Neapel 1984
- Giuffr  *, Vincenzo: L’emersione dei „iura in re aliena“ ed il dogma del numero chiuso, Neapel 1992
- Iliffe*, John: The usufructuary as plaintiff under the lex Aquilia according to the classical jurists, *RIDA* 12 (1965), 325–346
- Kacprzak*, Agnieszka: Tra logica e giurisprudenza: argumentum a simili nei topici di Cicerone, Warsaw 2012
- Kaser*, Max: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht (= HAW, X.3.3.1), 2. Aufl., München 1971
- Knütel*, Rolf: Zur Rechtsfindung der Römer, in: Söllner, Alfred/Gitter, Wolfgang/Waltermann, Raimund/Giesen, Richard/Ricken, Oliver (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze*, München 2005, 475–499
- Orio*, Concetta: Lasciti di „ususfructus“ in funzione di rendita, *Index* 9 (1980), 230–243
- Rodger*, Alan: Owners and Neighbours in Toman Law, Oxford 1972
- R  fner*, Thomas: Money in the Roman law texts, in: Fox, David/Ernst, Wolfgang (Hrsg.), *Money in the Western Legal Tradition*, Oxford 2016, 93–109

⁵¹ Vgl. auch die kritische Einschätzung der juristischen Topik bei *Schmidlin*, Rechtsregeln, 197–203.

- Schmidlin*, Bruno: Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie, Köln/Wien 1970
- Scotti*, Francesca: Il testamento nel diritto romano, Rom 2012
- Tellegen-Couperus*, Olga: Livy and Gaius on the making of wills by women, *BIDR* 88 (1985), 359–382
- Tellegen-Couperus*, Olga/*Tellegen*, Jan Willem: Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem, *RIDA* 53 (2006), 381–408
- Thilo*, Ralf Michael: Der Codex accepti et expensi, Göttingen 1980
- Voci*, Pasquale: Diritto ereditario romano, Bd. 1, 2. Aufl., Milano 1967
- Watson*, Alan: The Law of Persons in the Later Roman Republic, Oxford 1967
- Watson*, Alan: The Law of Property in the Later Roman Republic, Oxford 1968
- Wibier*, Matthijs: Cicero's Reception in the Juristic Tradition of the Early Empire, in: du Plessis, Paul J. (Hrsg.), *Cicero's Law – Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh 2016, 100–122
- Wieling*, Hans Josef: Testamentsauslegung im römischen Recht, München 1972
- Wittmann*, Roland: Die Prozeßformeln der actio mandati. Ein Beitrag zur Geschichte des prätorischen Edikts, in: Nörr, Dieter/Nishimura, Shigeo (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes*, Heidelberg 1993, 39–51

I *Topica* di Cicerone quale contributo al suo programma *De iure civili in artem redigendo*

Di Francesco Verrico

Il volume si apre con il contributo dei curatori, “Ciceros *Topica* als Beitrag zu seinem Programm *De iure civili in artem redigendo*” (pp. 9–35), che tratteggia l’oggetto di indagine, frutto di un seminario svoltosi nel settembre 2020 presso il monastero di Bronnbach. Tra i fattori decisivi della elaborazione di una scienza giuridica a Roma a partire dal periodo tardorepubblicano figura il contatto con la teoria aristotelica della scienza, di cui Cicerone fu interprete capace di unire all’interesse per il metodo scientifico anche quello per i contenuti del diritto. Non sorprende, dunque, che egli si sia posto come obiettivo lo sviluppo di una metodica che potesse trovare applicazione anche al campo del diritto. *De iure civili in artem redigendo* è il titolo di un’opera ciceroniana probabilmente mai portata a compimento, i *Topica* contengono invece molti elementi dell’applicazione di un metodo scientifico a un sostrato giuridico, ragione per cui il loro studio può rivestire un ruolo essenziale nel più ampio ambito di ricerca relativo alla nascita della scienza giuridica.

Il titolo *De iure civili in artem redigendo* è noto grazie a Gellio (1, 22, 7), mentre dei suoi scopi didattici e della sua incompiutezza riferisce Quintiliano (inst. 12, 3, 10). Quanto ai suoi contenuti, indicazioni fondamentali provengono dal *De oratore* (1, 185–191), ove l’Arpinate enuncia la necessità – affinché si possa *ad artem redigere* alcunché – che si padroneggi non soltanto la dovuta conoscenza sostanziale (nel caso specifico quella giuridica), ma anche la scienza di trasformare in *ars* quanto ancora *ars* non sia (de orat. 1, 186). Così, l’istituzione in *ars* di altre discipline (musica, geometria, astronomia, filologia e retorica) sarebbe avvenuta mediante una non meglio precisata *ars quaedam extrinsecus adhibita*, propria dei filosofi (de orat. 1, 188). Essa dovrebbe essere appresa dai giuristi e applicata alla materia giuridica, in quanto rappresenta la *scientia* mediante la quale può avvenire la trasformazione in *ars* anche del diritto: Cicerone descrive in questo modo il processo di formazione di una disciplina giuridica scientifica con una sistematica interna a partire dalla prassi giuridica e dai suoi diversi elementi di disordine. Il termine *ars* assume due diverse accezioni: un metodo scientifico proveniente dall’esterno; il risultato finale di un processo, ossia la scienza giuridica stessa. Cicerone prosegue con la definizione dello scopo dello *ius civile*, cioè la conservazione, nelle relazioni e nelle controversie tra cittadini, dell’equità basata sulle leggi e sulla tradizione (de orat. 1, 188). Bisogna dunque distinguere i generi e ridurli a un certo numero, il più piccolo possibile, e infine definire *genera* e *partes*.

Cicerone torna sul suo programma nel *Brutus*, opera posteriore di quasi un decennio, ove – nel confronto tra Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo – distingue tra il *magnus usus* del primo e la *ars* – una vera e propria metodica – del secondo “quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem”, un’*ars omnium artium maxima* che consiste non soltanto nella suddivisione in *genera* e *partes* e nella definizione, ma anche nella spiegazione di quanto è oscuro mediante l’interpretazione, nell’individuare e distinguere ciò che è dubbio e infine ottenere una *regula* con cui giudicare conseguentemente in maniera sillogistica (Brut. 152). Tale *ars* è espressamente denominata *dialectica* da Cicerone (Brut. 153).

Il rapporto tra le due rappresentazioni del programma ciceroniano nel *De oratore* e nel *Brutus* è molto discusso: mentre qualcuno rintraccia in entrambe le opere l’obiettivo comune della realizzazione di un sistema dialettico, altri ritengono di poter distinguere nettamente i due programmi: nel *De oratore* Cicerone perseguirebbe degli obiettivi isagogici, sostenendo la rappresentazione sistematica dello *ius civile* sostanziale in un manuale con finalità didattiche; nel *Brutus* il tema sarebbe invece quello della trasformazione dello *ius civile* nell’*ars* di applicare una metodica razionale alla soluzione di casi concreti.

Del suo programma *De iure civili in artem redigendo* Cicerone riferisce in un periodo compreso tra il 55 e il 46 a.C., in un contesto storico per cui risulta parallelamente attestata una volontà di codificazione, attribuita tanto a Pompeo (ISID. orig. 5, 1, 5: “leges autem redigere in libris”), verosimilmente in coincidenza con il suo secondo o con il suo terzo consolato (rispettivamente del 55 e del 52 a.C.), quanto a Cesare (SUET. Iul. 44, 2: “ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros”). Si tratta, però, di due progetti che, nonostante alcuni punti di contatto, si differenziano nettamente per la finalità perseguita: se l’analogista Cesare punta – mediante il suo *ad certum modum redigere* – al raggiungimento della certezza del diritto mediante un’opera codificatoria, l’*ad artem redigere* dell’anomalista Cicerone tende piuttosto a rendere il diritto oggetto di un’*ars*, che – quale metodo scientifico induttivo – possa portare sicurezza nella materia giuridica: non dunque l’obiettivo di elaborare in forma sistematica dei contenuti giuridici, ma piuttosto l’elaborazione di quella metodica mediante la cui applicazione il lavoro giuridico sarebbe diventato razionale e, così, comprensibile da un punto di vista intersoggettivo anche per gli estranei.

Bona, all’esito di un confronto pluriennale con il tema, coglie una differenza essenziale tra l’*ars extrinsecus adhibita* del *De oratore* e il concreto riferimento all’*ars dialectica* del *Brutus*, in quanto *divisio* e *definitio* servono nel primo caso alla classificazione sistematica dell’intero sapere giuridico e nel secondo all’argomentazione topica. Sotto un profilo metodico non può, tuttavia, in alcun modo rilevare se una *divisio* sia finalizzata all’elaborazione puntuale di un determinato sistema oppure alla decisione di un caso concreto: per questo motivo non appare

corretto ricondurre a due *artes* differenti, in virtù della divergenza degli obiettivi in esse perseguiti, i due identici strumenti metodici menzionati nelle due opere. Considerata anche la tendenziale ambivalenza del concetto di *dialectica* non appare possibile distinguere da essa l'*ars extrinsecus adhibita*, in quanto quest'ultima rappresenta piuttosto una parte dell'altra, intesa nel senso più ampio.

Sono proprio i *Topica*, pubblicati nel 44 a. C., a mostrare una trattazione metodica di una materia giuridica. Cicerone distingue la *topica*, da lui definita come *ars inveniendi*, dall'*ars dialectica* (stoica), il cui contenuto sarebbero processi decisionali logici, sillogistici (top. 6). I singoli *topoi*, riferiti tanto a operazioni nell'ambito dell'*ars inveniendi* che dell'*ars iudicandi*, sono spiegati con la menzione di esempi giuridici.

Il riferimento a strumenti metodici quali la *divisio* (o *partitio*) e la *definitio*, l'uso di esemplificazioni giuridiche pratiche (presenti probabilmente anche nel *liber de iure civili in artem redigendo*), la forte ispirazione dell'accademia scettica rappresentano punti in comune tra i *Topica* e il programma *De iure civili in artem redigendo*. Quanto ai destinatari, se è vero che quest'ultimo sarebbe dovuto servire alla formazione dell'*orator perfectus*, favorendone la *cognitio iuris civilis*, mentre i *Topica* erano rivolti ai giuristi in generale e, in particolare, a Trebazio, appare plausibile che Cicerone adottasse in entrambe le opere un approccio interdisciplinare, coerentemente con la sua propensione alla formazione di un'élite del pensiero, comprensiva di *oratores*, filosofi e giuristi. Sotto un profilo metodico, poi, la dialettica in senso ampio descritta in Cic. Brut. 152 postula un approccio linguistico consapevole e ordinato, in grado di strutturare la ricerca della soluzione, non ridotta dunque alla sola *ars iudicandi* stoica deduttivo-sillogistica, rappresentando il sillogismo, piuttosto, il risultato di un processo articolato. Pensieri e fattispecie vanno in primo luogo strutturati, poi i loro elementi sono definiti per procedere a individuare i problemi. La deduzione logica e il processo dialettico in senso stretto presuppongono dunque la ricerca di soluzioni convincenti sotto un profilo argomentativo. Nei *Topica* la dialettica in senso ampio è costituita dalla *topica* e dalla *dialettica* in senso stretto, secondo una disposizione contraddittoria in una prospettiva scientifica moderna, ove la *topica* rappresenta esattamente il contrario di qualsiasi rappresentazione sistematica e logico-deduttiva. Se è, per questo motivo, corretto affermare che l'idea di sistema e deduzione come intesi dalla giurisprudenza dei concetti ottocentesca fosse del tutto estranea al diritto romano, non si può tuttavia accettare l'impostazione di Viehweg, secondo cui sussisterebbe una netta contrapposizione tra il metodo scientifico retorico-topico dell'antichità e quello moderno critico-cartesiano. Entrambi i metodi rappresentano infatti dei modelli che nella prassi non si manifestano mai in forma 'pura', mostrando piuttosto diversi punti di intersezione, e Cicerone, recependo nei *Topica* la deduzione logica quale *locus dialecticorum*, riesce a perseguire un concetto di *topica* esteso, in grado di superare i limiti del sistema assiomatico deduttivo e della casistica giuridica della retorica.

Sul versante romanistico non è stata ancora condotta un'analisi complessiva dei *Topica*, il cui rilievo storico-giuridico risiede, oltre che nell'approfondimento dei numerosi esempi giuridici, soprattutto nella descrizione della metodica giuridica che Cicerone dovette impiegare anche nel suo programma *De iure civili in artem redigendo*. Oltre agli studi dedicati a singoli passi dell'opera, essa ha trovato considerazione nelle trattazioni dedicate alla formazione del sistema giuridico secondo il modello greco, in particolare nei lavori di La Pira, al quale si potrebbe imputare una certa acriticità nell'approccio alle fonti; Wieacker, il cui stesso giudizio sui *Topica* appare piuttosto contraddittorio; Talamanca, limitatosi all'analisi degli elementi strutturali di *genus* e *species*; più di recente Guzmán Brito, Behrends, Thomas. Leesen, nella sua dissertazione "Gaius meets Cicero" si è concentrato sugli effetti retorico-pratici dei *loci* e del loro uso nelle controversie di scuola testimoniate nelle Istituzioni gaiane. Nel campo della filologia classica, Rubinelli ha elaborato uno studio generale sull'*ars topica*, Riposati una monografia sull'opera ciceroniana, che andrebbe tuttavia usata con una certa cautela. Utili sono i commenti delle questioni giuridiche presenti nell'edizione Tusculum dei *Topica* a cura di Bayer, nonché nella più recente edizione di Reinhardt. La monografia di Kamios analizza soltanto l'introduzione e le fonti dei *Topica*. La breve monografia di Mette, intitolata "ius civile in artem redactum" collega espressamente i *Topica* con il programma ciceroniano, confrontandosi tuttavia poco con la dottrina romanistica.

Il secondo contributo, di Thomas Baier, "Philosophische Beispiele und forensische Praxis in Ciceros *Topica*" (pp. 37–57), interpreta, in primo luogo, il prologo dell'opera. In uno scenario tipico di un dialogo antico – la biblioteca del *Tusculanum* ciceroniano – l'oratore incontra il giurista Trebazio Testa, che si imbatte fortuitamente in un esemplare dei *Topiká* aristotelici e chiede spiegazioni all'amico, il quale lo esorta a leggere da solo l'opera o a rivolgersi a un retore. Ma tanto l'*obscuritas* di Aristotele, quanto l'ignoranza del *rhétor* interpellato, spingono Cicerone ad assumere in prima persona l'incarico di tradurre all'amico il contenuto dell'opera, interrompendo così un percorso che lo aveva portato a scrivere *digniores libri e maiores res*. A Trebazio che sembrava volere soltanto alcuni consigli tecnici, Cicerone offre invece il modello dell'*orator perfectus*, uomo filosoficamente formato ed esperto di ogni cosa attinente alla vita (de orat. 3, 54), privo di un *discidium linguae atque cordis* (de orat. 3, 61), in grado di superare l'antagonismo già socratico tra retorica e filosofia. I *Topica* si inseriscono in questo programma umanistico ciceroniano e si distinguono dall'opera aristotelica (ammesso che Cicerone l'abbia realmente letta) non soltanto per estensione, ma anche per obiettivi perseguiti: Aristotele presentava infatti un metodo logico-deduttivo riferito principalmente a dispute filosofiche piuttosto che alla prassi forense; Cicerone focalizza la sua attenzione proprio su quest'ultima, predisponendo una disciplina per lo sviluppo di strumenti euristici finalizzati alla elaborazione di argomenti. Se, dunque, lo Stagirita andava a concentrarsi sul me-

todo deduttivo sulla base di posizioni presupposte, Cicerone vuole innanzitutto ricercare i “luoghi” ove trovare utili argomenti. Il risultato è una rielaborazione dei topoi aristotelici, riordinati secondo i propri scopi e integrati con esempi tratti dallo *ius civile*. Da una lettera dello stesso Cicerone a Trebazio Testa (fam. 7, 19) – una sorta di premessa a un manuale didattico, che semplifica, chiarisce e introduce allo studio autonomo – sembra emergere il senso della sua opera: una rielaborazione, più che una traduzione, di un tema che – come ogni *ars* messa per iscritto – necessita di un interprete e, soprattutto, di pratica.

Il significato specifico del concetto di *topos*, non definito precisamente nell’opera di Aristotele, *argumenti sedes* in CIC. top. 8, è approfondito con riferimento al *topos ex definitione* ciceroniano e al suo entimema sullo *ius civile* (top. 9): “eius argumenti talis est formula: Ius civile est aequitas constituta eius qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia”. Il sillogismo, muovendo da una premessa generalmente ammessa quale l’accostamento del concetto generale di *aequitas* allo *ius civile*, corrisponde alla definizione aristotelica ἐξ ἐνδόξων. Il riferimento all’*aequitas*, giustizia del caso concreto, serve ad ampliare il concetto di *ius civile* e a ridefinirlo mediante un richiamo alla sua funzione adeguatrice del diritto nei casi di *controversia ex scripto et sententia*, enfatizzando dunque la funzione della *interpretatio* nell’esercizio di ogni *ars*. Quanto alla designazione ciceroniana di un tale processo argomentativo come una *formula*, essa ricorre anche in un *locus e definitione* applicato nel *De officiis*, rispetto al conflitto tra *utile* e *honestum* (de orat. 3, 19): “ut sine ullo errore diiudicare possimus, si quando cum illo, quod honestum intellegimus, pugnare id videbitur, quod appellamus utile, formula quaedam constituenda est”. Si tratta qui non soltanto di un’allusione al processo romano, ma anche di un richiamo del metodo aristotelico del sillogismo dialettico: la retorica, già in Aristotele, si configura quale ἀντίστροφος della dialettica e quest’ultima quale propaggine della retorica stessa, la quale è guidata dal criterio della plausibilità, più che della verità. Alla topica aristotelica si avvicina Cicerone nel modo di procedere con metodo induttivo all’illustrazione del *locus e similitudine* (top. 41–45), il ricorso a casi analoghi come argomenti, esemplificato dalla *causa Curiana*.

Il contributo di Ralph Backhaus, “Die Bedeutung der juristischen Beispiele in CIC. top. 9 bis 71” (pp. 59–121), analizza gli esempi giuridici proposti da Cicerone nella parte principale dei suoi *Topica* (9–71), dedicata agli *argumenta in eo ipso, de quo agitur*: tra gli argomenti *ex toto* innanzitutto la *definitio* di *ius civile* (top. 9) e il suo inserimento all’interno di un sillogismo sulla utilità della *scientia iuris*, evidenziando la concorrenza di una pluralità di topoi in alcune argomentazioni giuridiche e propendendo cautamente per l’indipendenza della definizione ciceroniana da precedente materiale giurisprudenziale. *Partitio* e *divisio* appaiono, poi, espressioni peculiari di *definitio*, delle quali Cicerone fornisce una precisa differenziazione, esemplificata rispettivamente dal riferimento allo *ius*

civile e all'*abalienatio* (top. 28). Dalla scelta di esempi piuttosto elementari è possibile inferire anche l'attitudine didattica dello scritto. Dell'argomento *ex partibus* – esemplificato dal ricorso alle forme di *manumissio* (top. 10) – viene evidenziato il parallelismo con la *definitio*, salvo una inversione di prospettiva, qui quella delle *species* (*census*, *vindicta*, *testamento*), a conferma della bilateralità dell'approccio processuale dell'Arpinate.

Dopo il rinvio a Willems per la trattazione dell'argomento *ex nota*, il contributo tratta i 13 topoi *ex rebus, quae quodam modo adfectae sunt ad id, de quo quaeritur: ex coniugatione* (con altro rinvio a Willems); *ex genere* (con il confronto delle diverse soluzioni offerte in CIC. top. 13 e in ULP. 44 Sab. D. 34, 2, 27 pr.–1 alla questione, presumibilmente frequente nella prassi, della ricomprensione della *forma pecunia numerata* in un legato avente a oggetto il *genus argentum*); *ex forma generis* (top. 14, ove ricorre, da prospettiva opposta, la relazione tra *genus* e *species-forma* nell'esempio della *materfamilias* rispetto al *genus uxor*); *ex similitudine* (top. 15, di importanza centrale, corrispondente all'odierna analogia, esemplificato mediante il riferimento alla similitudine tra la morte dello schiavo e il crollo dell'edificio dati in usufrutto, confrontato con PS 3, 6, 31, nonché ad altri quattro casi, mediante i quali si approfondisce l'ulteriore distinzione in *inductio, conlatio* ed *exempla*); *ex differentia* (con riferimento anche a ULP. 44 Sab. D. 34, 2, 27, 2 e GAI. 2, 84 s.); *ex contrario* (con interpretazione del controverso passo relativo alla relazione della moglie usufruttuaria dei beni del marito con le *cellae vinariae* e *oleariae*); *ex adiunctis* (con discussione di top. 18, relativo alla *testamenti factio* della donna non sottoposta a *capitis deminutio*, nonché della natura del *locus*, tra similitudine e *reductio ad absurdum*); *loci dialecticorum* (ove la dialettica rileva non come *pars iudicandi*, ma in quanto luogo di ricerca degli argomenti *a consequentibus*, *ab antecedentibus* e *a repugnantibus*, i cui esempi vengono spiegati mediante riferimento ai tre sillogismi elementari di Crisippo, e le conclusioni si contraddistinguono – a differenza che nei *loci* precedenti – per la loro necessità); *ex efficientibus causis* ed *ex effectis* (concentrandosi, in particolare, sul complicato esempio, top. 22, addotto per descrivere il primo dei due *loci*, relativo a profili di responsabilità nella ricostruzione di un muro comune per cui fosse stata prestata *cautio damni infecti*, qualora si fosse verificato un crollo dovuto alla forma di arco del muro stesso); *ex comparatione* (*a maiore ad minus*, *a minore ad maius*, *a simile*, proponendo due possibili spiegazioni per l'uso dello stesso esempio in riferimento tanto al *locus ex similitudine*, top. 43, quanto a quello *a maiore ad minus*, top. 23: il riferimento all'*arbiter* solo in top. 43; l'oggettiva somiglianza strutturale tra i due *loci*).

L'autore formula, dunque, le seguenti considerazioni conclusive: gli esempi scelti da Cicerone confermano che la sua opera mira a familiarizzare un pubblico di giuristi con l'*ars inveniendi*; destinatari dell'opera sono in primo luogo gli oratori, punti di contatto per eccellenza tra scienza giuridica ed eloquenza, ma

anche avvocati ed esperti di diritto; la maggior parte degli esempi proviene da prassi frequenti o da lezioni di diritto; la definizione di *ius civile* e la descrizione della relazione tra *divisio* e *partitio* appaiono elaborazioni ciceroniane; i casi scelti sono elementari e servono esclusivamente all'illustrazione di argomenti; i *loci* presuppongono lo svolgimento di operazioni intellettuali molto differenti (definizioni, riferimento a *genus* e *species*, approcci induttivi e deduttivi): ne risulta una lista di topoi eterogenei, non nettamente demarcati e suscettibili di sovrapposizioni, come nel caso dei topoi *ex similitudine* ed *ex comparatione*; Cicerone svolge un'operazione di trasmissione all'ambito della scienza giuridica di *loci* elaborati già da Aristotele e, in maniera anche indipendente, dalla Stoà, selezionando – nella prospettiva di un avvocato in cerca di argomenti in grado di procurargli una vittoria forense – esempi, che – nonostante le perplessità avanzate in parte della dottrina moderna – appaiono sempre calzanti.

In apertura del contributo di Matthias Ehmer, “*Ars dialectica* oder *ars extrinsecus adhibita* – juristische Methodik in Ciceros *Topica*?” (pp. 123–179), si sottolinea come i *Topica* di Cicerone si inserissero in un contesto di isolamento del ceto dei giuristi tardorepubblicani, il cui processo decisionale consisteva sostanzialmente nella ripetizione e combinazione di singoli aspetti di decisioni precedenti usate in funzione autoritativa, destando agli occhi dei non giuristi una sensazione complessiva di povertà argomentativa e dipendenza intellettuale. L'opera ciceroniana, perseguendo l'obiettivo di elevare la consapevolezza metodica dei giuristi e favorire lo scambio con le altre discipline, non esaurì questo scopo nella scelta di esempi giuridici, ma dovette orientarsi, nella sua rappresentazione dei *loci*, secondo le specifiche esigenze metodiche della scienza giuridica.

In primo luogo viene mossa una critica – elaborata anche mediante riferimenti ai meccanismi di decisione del giurista odierno – alla netta separazione proposta da Horak, tra un contesto di scoperta, ametodico e insuscettibile di apprendimento, e un contesto di giustificazione, caratterizzato dalla sola possibilità di una deduzione logica: i *Topica* di Cicerone mirano a trasmettere proprio le abilità necessarie per trovare argomenti in modo prevedibile (cioè non associativo). Il contesto di scoperta, essenziale per il processo di decisione giuridica, non è quindi ametodico e, di conseguenza, non è impossibile da insegnare. L'autore prende in considerazione la distinzione ciceroniana tra ricerca di argomenti (*inventio*) e decisione logica mediante deduzione (*iudicatio*) in top. 6, riconoscendo una capacità di demarcazione più netta di quella greca tra topica e dialettica, ma – allo stesso tempo – attraverso l'introduzione del *locus dialecticorum* nella topica, la considerazione congiunta dei due momenti che danno forma al processo decisionale giuridico.

Viene dunque proposta un'ampia analisi dell'opera, superando la doppia trattazione ciceroniana della sua lista di *loci* e integrandola altresì con *exempla* tratti da frammenti della giurisprudenza protoclassica. L'analisi si rivolge ai singoli

loci dell'*ars inveniendi*, alla *iudicatio* (inclusi i *loci dialecticorum*), ai *loci rerum efficientium*, *rerum effectarum* e *comparationis*, di incerta collocazione per lo stesso Cicerone, e, infine, alla parte finale dell'opera, dedicata a topoi estranei a questioni giuridiche sostanziali (e dunque a propositi metodici), relativi agli accorgimenti più strettamente tecnici dell'oratore, quali la scelta dei testimoni o alla persuasività.

L'associazione tra frammenti giurisprudenziali e *loci* ciceroniani non significa, ovviamente, che i giuristi romani si fossero formati metodicamente sulla *Topica* di Cicerone o che l'avessero letta. Al contrario, però, il fatto che essi non parlassero del loro metodo non comporta che il loro processo decisionale fosse pura intuizione senza basi teoriche.

La peculiarità di questa topica doveva consistere proprio nello spaziare dello sguardo tra caso e diritto, che nei *Topica* di Cicerone si concretizza nella trasposizione dei generali topoi retorici all'interscambio tra *inventio* e *iudicatio*: l'*inventio* avviene in considerazione del caso concreto, costituendo la parte essenziale del processo decisionale; la *iudicatio* deduttiva, invece, appare nella maggior parte dei casi come un mero riflesso dell'*inventio* precedente, cosicché la giustificazione sostanziale della decisione risiede al tempo stesso in essa.

Il contributo di Constantin Willems, "*Graeci ἐτυμολογίαν appellant, [...] nos autem [...] notationem appellamus* (Cic. top. 35). Das etymologische Argument in Ciceros *Topica*" (pp. 181–205), è dedicato alla presentazione dell'argomento per etimologia (*notatio*) nei *Topica* ciceroniani con analisi dei due esempi di *assiduus* (top. 10) e *postliminium* (top. 36 s.), nonché della *coniugatio*, figura argomentativa strettamente connessa alla *notatio* (top. 38). Seppur discutibile sotto il profilo filologico, l'etimologia di *assiduus* ("ab asse dando") richiamata da Cicerone appare funzionale alla spiegazione della norma, collocata in XII tab. 1, 4 ("Assiduo vindex assiduus esto") mediante il suo rinvio alla necessità di un *vindex* ricco in favore di un ricco. Questo esempio ciceroniano è coerente con molti altri esempi di etimologie sbagliate sotto un profilo filologico, ma utili in chiave argomentativa, specie se rivolte a un pubblico inesperto.

Per *postliminium*, la contrapposizione all'etimologia proposta da Servio Sulpicio (con riferimento solo a *post*) di quella sviluppata da Quinto Mucio Scevola (ove il riferimento anche a *limen* conferisce all'istituto un'accezione spaziale) troverebbe – secondo Cicerone – un'applicazione concreta in favore del console Ostilio Mancino, consegnato al nemico dopo la sconfitta di Numanzia. Il contributo esamina la trattazione del quesito relativo allo *status civitatis* di Ostilio Mancino in POMP. 37 Q. Muc. D. 50, 7, 18, ove si dà conto dell'approvazione di una *lex* per dirimere l'incertezza del caso concreto, considerata quale *actus contrarius* della dichiarazione popolare della *deditio*, nonché MOD. 3 reg. D. 49, 15, 4, relativo alla necessità di un atto di accettazione del *deditus* al suo ritorno in patria. L'uso dell'argomento etimologico in favore di Mancino porterebbe, se-

condo Cicerone, all'applicazione del *postliminium* in quanto la *deditio* priva di accettazione da parte del nemico – così come una *donatio* priva di accettazione – non potrebbe dispiegare alcun effetto. Il contributo evidenzia il limite di questo argomento: qualora una *deditio* senza accettazione fosse inefficace, allora Mancino non avrebbe mai perduto la sua cittadinanza e non sarebbe proprio necessario chiedersi se si sia verificato il *postliminium*. Si formulano, poi, alcune ipotesi sull'inserimento della menzionata etimologia di *postliminium* nelle Istituzioni di Giustiniano: un'aggiunta dei Compilatori a conoscenza del passo ciceroniano; una glossa pregiustiniana di un conoscitore di Cicerone all'interno del passo parallelo dell'opera gaiana, sprovvista dell'etimologia; altre opere, specie istituzionali, dei giuristi letti dai Compilatori.

La *coniugatio*, infine, tra *pluvia* e *pluendo* è occasione per la trattazione della controversia giuridica affrontata anche da ULP. 53 ed. D. 39, 3, 1 pr., relativa alla possibilità di interpretazione più o meno ampia del concetto di acqua piovana nell'*actio aquae pluviae arcendae*, segnalando in particolare le varie spiegazioni fornite all'uso del plurale (*intellegeremus, videremus*) da parte di Cicerone per esprimere la propria posizione e osservando come il ricorso al *locus* da parte di Quinto Mucio sia in questo caso oggetto di critica. Gli esempi addotti da Cicerone mostrano, in conclusione, tanto il potenziale persuasivo quanto i limiti di questi *loci* argomentativi, così che appare particolarmente appropriata l'esortazione ciceroniana a farvi minore ricorso quando si conosca il vero significato della cosa (top. 35: “sed cum intellegitur, quid significetur, minus laborandum est de nomine”).

Il contributo di Tobias Dänzer, “System und Praxis: Ciceros *Topica* und Quintilians *Institutio oratoria* 5, 10” (pp. 207–230), svolge un confronto tra i *Topica* di Cicerone e la loro recezione nel capitolo corrispondente dell'*Institutio oratoria* di Quintiliano (5, 10). Premessa una riflessione sulla breve descrizione quintiliana del concetto di *topica*, coerente con la tradizione retorica, vengono formulate tre tesi principali.

Alla *topica* va riconosciuta natura di sistema aperto di pensiero che consente tanto argomentazioni deduttive e sistematiche, che induttive e situazionali. La definizione di *hereditas* in CIC. top. 29 appare, ad esempio, sistematica e deduttiva, mentre la definizione che emerge da un esempio di declamazione in QUINT. inst. 7, 30, 30–34, discende dalle esigenze del caso concreto, incluse le argomentazioni della controparte, con precise finalità persuasive: l'approccio è dunque induttivo e situazionale. La definizione costituisce spesso il primo passaggio dell'argomentazione retorica, d'altra parte lo stesso Quintiliano mette in guardia dal pericolo di un attaccamento servile alle parole, frequente nei filosofi e nei giuristi, proponendo – per la definizione retorica – una soluzione simile a quella di Cicerone nella sua orazione *Pro Caecina* (QUINT. inst. 7, 3, 16 s.), contenente tanto elementi tecnico-giuridici, quanto una componente retorico-emozionale.

Anche rispetto all'argomento per genere, diversamente dai sillogismi completi formulati da Cicerone in top. 13 e 40, riferiti a *dolus malus* e ad *argentum*, Quintiliano (inst. 5, 14, 26) propone un'argomentazione sillogistica nella forma dell'entimema, ridotta di una premessa in modo da sortire un maggiore impatto emozionale e ridurre il rischio di svelare elementi di fragilità sotto il profilo logico.

Più in generale, Quintiliano pone in discussione l'utilità metodica della topica e, nello specifico, della *Topica* Ciceroniana per un oratore: per questa ragione egli ne sostituisce gli esempi giuridici (inst. 5, 10, 64) e non intende ripetere l'esperimento di quest'ultimo di una topica logico-deduttiva, dunque filosofica, sottolineando la prevalenza della pratica dell'oratore e della specialità del caso concreto sulla teoria (inst. 5, 10, 119 e 123).

Svolta una tale distinzione tra un approccio filosofico e un approccio retorico alla topica, si individuano le caratteristiche della topica del giurista, distante dai topoi della persona e della *quaestio facti* (Cic. top. 51: "nihil hoc ad ius; ad Ciceronem"), più strettamente legati alla fase *apud iudicem* del processo (QUINT. inst. 7, 3, 15 e GELL. 14, 2, 5 s.), e incentrata sugli argomenti relativi alle categorie di pensiero più generali. Il lavoro del giurista può essere schematicamente collocato al di sotto del livello di astrazione richiesto da Cicerone e al di sopra dell'argomentazione concreta, legata alla persona e al caso, degli avvocati. Tuttavia, il giurista è più vicino all'avvocato e questa vicinanza non sorprende se si considera, tra l'altro, la loro formazione comune nelle scuole di retorica, particolarmente orientate anche alla ricerca delle motivazioni delle decisioni.

Il contributo di Wolfram Buchwitz, "Juristische Methodik in Ciceros *Topica* und in Gaius Institutionen" (pp. 231–245), rivolge la sua attenzione a un'opera, le Istituzioni di Gaio, che per la sua completezza e per il suo carattere didattico-istituzionale appare la più adatta per ipotizzare influenze e scovare affinità e differenze rispetto ai *Topica* di Cicerone. Sicuramente le Istituzioni rappresentano un esempio di sistemazione di materiale giuridico a scopi didattici, tuttavia – anche a motivo della distanza cronologica da Cicerone – appare difficile sostenere che tale opera costituisca una realizzazione concreta del programma ciceroniano *De iure civili in artem redigendo*. Nella *definitio* del *legatum poenae nomine* (GAI. 2, 235) si riscontra un esempio coerente con il concetto di definizione espresso in Cic. top. 26, ma non in GAI. 2, 94 ove Gaio adotta questo termine per riferirsi piuttosto a una regola giuridica. Diffusa è la scomposizione dei concetti in sottocategorie a fini analitici, facendo dunque ricorso a delle *divisiones* in senso ciceroniano, senza tuttavia distinguere da esse la *partitio* (top. 28), scomposizione di un concetto nei suoi singoli elementi costitutivi, priva di utilità pratica o didattica ai fini gaiani. Diversamente, pur non essendo di grande rilievo pratico, la distinzione tra *res corporales* e *incorporales* dovette essere recepita da Gaio proprio per il suo valore isagogico. La relazione tra *genus* e *species* com-

pare diffusamente in Gaio, ma non nella speciale declinazione terminologica ciceroniana (*genus* e *formae*, con ulteriore distinzione di *partes*), come appare evidente nella trattazione delle varie *species* di *tutela*, nonché dei quattro *genera legatorum*.

Cicerone menziona poi in top. 27 alcuni esempi (*pecus*, *suppellex*) di *res* bisognose di interpretazione, senza tuttavia sviluppare in questa opera o altrove (a parte un breve accenno in inv. 2, 153 ss.) una specifica teoria dell'interpretazione. Molto diffuso è il ricorso ad essa in Gaio secondo uno schema ricorrente che prevede la definizione astratta di un concetto e la sua spiegazione *per exempla* (come in GAI. 1, 156, in riferimento all'*agnatio*). Cicerone non rileva questa centralità degli esempi in chiave interpretativa, ma solamente in funzione argomentativa (top. 44 s.). Degno di menzione è poi il frequente ricorso di Gaio a interpretazioni estensive, ad esempio in riferimento alla *lex Aquilia* (GAI. 3, 127) e alla *lex Cornelia de sponsu* (GAI. 3, 124). Lo strumento metodico della *factio*, ampiamente descritto e usato da Gaio, non viene in alcun modo trattato nei *Topica* ciceroniani, il che conferma la concentrazione dell'opera su casi di applicazione di metodi topici a fini giuridici. Non si può perciò parlare di un approccio autenticamente giuridico nell'opera. Anche il ricorso a confronti trova in Gaio un peso molto diverso da quello ricoperto nei *Topica* dal *locus comparationis*, ma questa disparità dipende essenzialmente dall'utilità ai fini didattici, più che giuridici, di questo strumento. In conclusione, l'analisi delle Istituzioni gaiane mostra soltanto che la metodica descritta da Cicerone fu applicata anche dai giuristi. Alcuni parallelismi, anche dal punto di vista terminologico, appaiono evidenti. Tuttavia non bisogna sopravvalutarli, anche in considerazione degli scopi didattici perseguiti da Gaio. Le numerose differenze nei due scritti depongono a sfavore di un'influenza diretta dei *Topica* sulle Istituzioni. Soprattutto, va notato che la metodica giuridica di Gaio a volte va chiaramente oltre gli strumenti descritti da Cicerone, sviluppandone di propri e di più ampia portata.

Il contributo di Thomas Rübner, "Methodischer Einfluss von Ciceros *Topica* auf die klassische Jurisprudenz in den *Digesten*" (pp. 247–265), rintraccia corrispondenze tra i *loci* dei *Topica* ciceroniani e i *Digesta*. Il *locus ab adiunctis*, oggi meglio conosciuto come *argumentum ad absurdum*, è riferito in CIC. top. 18 alla esclusione dalla *bonorum possessio secundum tabulas* della *mulier* che non fosse stata oggetto di *capitis deminutio*: a questo caso è associata la *bonorum possessio secundum tabulas* di *servus*, *exsul* e *puer*. Spesso segnalato dal termine *alioquin*, tale argomento ricorre nei *Digesta*, ad esempio in PAUL. 13 ed. D. 16, 1, 11, in riferimento alla non applicazione del *senatus consultum Velleianum* al caso in cui una *mulier* prenda in prestito del denaro apparentemente per sé, ma in realtà per farne credito a un terzo. La tutela del mutuante di buona fede è spiegata con un argomento *ab adiunctis*: altrimenti nessuno concluderebbe affari con donne, poiché potrebbe ignorarne le intenzioni. Nell'esempio ciceroniano, tuttavia, si invoca una generalizzazione per assurdo della decisione opposta a quella adottata

in concreto; in quello paolino – in maniera più convincente – il riferimento è alle conseguenze della decisione opposta a quella del caso concreto. Interessante è l'uso del *locus ab adiunctis* in NER. 6 membr. D. 1, 3, 21, in quanto in grado di vincere il *locus ab adiunctis* ciceroniano appena menzionato facendo leva sulla peculiarità storica, non suscettibile di generalizzazione, di alcune norme.

L'uso di una *similitudo ex pluribus collationibus* in CIC. top. 42, mediante riferimento all'obbligo del *fidem praestare* del *procurator*, più che diretto alla soluzione di un caso concreto, riguarda la conformazione della formula dell'azione del *negotiorum gestor*, già di buona fede al tempo di Cicerone. Con riferimento ad un problema concreto, relativo alla possibilità per un *praeses* di adottare davanti a sé stesso, Ulpiano (26 Sab. D. 1, 18, 2) fa ricorso allo stesso argomento. Alla questione della inclusione del denaro in un legato di *argentum*, ULP. 44 Sab. D. 34, 2, 27, 1 fornisce una risposta opposta a quella proposta da Cicerone (top. 13) sulla base di un argomento *a genere*: Ulpiano sembra dare maggiore rilievo alla volontà del testatore, probabilmente già in coerenza con Sabino e secondo un orientamento che si andò affermando immediatamente dopo Cicerone, più sensibile alla funzione economica della cosa legata che agli aspetti linguistici e di genere, indipendentemente dall'appartenenza di scuola. In CIC. top. 16, si esclude invece, sulla base di un argomento *a differentia* che nel legato di argento si ricomprendano eventuali crediti; in un diverso caso AFR. 6 quaest. D. 32, 64, ricomprende nel concetto di registro contabile (*kalendarium*) non soltanto i crediti, ma anche quelle somme di denaro rimosse e destinate a operazioni secondo quanto riportato nel registro stesso. Complessivamente si può riscontrare una consapevolezza crescente – nella giurisprudenza classica – della posizione speciale del denaro rispetto agli altri beni patrimoniali. Il ricorso a processi sperimentali di analisi automatizzata del testo per la ricerca di analogie lessicali ha consentito di svolgere due ulteriori confronti: il primo tra CIC. top. 43 e PAUL. 9 Sab. D. 47, 7, 5, 2, in relazione a somiglianze tra *actio aquae pluviae arcendae* e *actio finium regundorum*; il secondo tra CIC. top. 17 e ULP. 7 Sab. D. 7, 8, 10, 4, in relazione all'*usus* di *cellae vinariae* e *oleariae*.

In conclusione, i casi esaminati consentono di affermare che per ciascuno dei topoi ciceroniani sia possibile trovare esempi nei *Digesta*, ma questo non consente di indurne un forte influsso metodico ciceroniano sui giuristi romani. Nella loro prospettiva rivestivano un ruolo centrale i casi pratici o fittizi, per costruire i quali essi estrapolavano elementi parziali di singoli casi (cd. 'Versatzstücke') da utilizzare in combinazione con altri in casi diversi, in modo da analizzare la portata di singole regole giuridiche e giungere alla costruzione di una sistematica interna coerente.

Quellenverzeichnis

I. Rechtsquellen

1. Vorjustinianische Quellen

GAI. (= *Gai Institutiones*)

- 1, 2: 106³⁴³, 141, 235
- 1, 9: 234
- 1, 17: 67⁵⁵, 106³⁴³
- 1, 48: 234
- 1, 90: 190⁴⁵
- 1, 111: 98²⁸⁴
- 1, 111–113: 106³⁴³
- 1, 113: 98²⁸⁴
- 1, 115a: 85^{189, 190}, 86²⁰¹, 106³⁴³, 110, 249
- 1, 118 f.: 85¹⁹⁶
- 1, 119: 80^{157, 158}, 106³⁴³
- 1, 123: 243
- 1, 128: 190⁴⁵
- 1, 129: 194
- 1, 142: 234
- 1, 144: 237
- 1, 154: 237
- 1, 155: 237
- 1, 156: 239, 277
- 1, 158–163: 250⁹
- 1, 161: 190⁴⁵
- 1, 165: 155, 237
- 1, 166: 237
- 1, 167: 237
- 1, 168–170: 237
- 1, 188: 140⁹⁵, 237
- 1, 189–200: 237
- 2, 2: 234
- 2, 12: 235
- 2, 12–14: 234
- 2, 14: 235
- 2, 18–22: 79¹⁵⁰, 106³⁴³
- 2, 22–25: 141
- 2, 27: 65⁴⁷
- 2, 41: 79¹⁵⁰

- 2, 42: 102³⁰⁸, 106³⁴³
- 2, 54: 235¹⁴
- 2, 80: 242
- 2, 84: 82¹⁶⁷, 272
- 2, 84 f.: 106³⁴³
- 2, 85: 82¹⁶⁸
- 2, 91: 233⁵
- 2, 94: 232 f., 276
- 2, 112: 85¹⁹¹, 86²⁰¹, 110, 249
- 2, 113: 243
- 2, 132: 243
- 2, 192: 237
- 2, 235: 232, 240, 276
- 3, 87: 81¹⁶⁶
- 3, 88: 234
- 3, 90: 143¹¹⁴
- 3, 124: 241²¹, 277
- 3, 127: 277
- 3, 149: 164
- 3, 194: 242
- 3, 210: 238
- 3, 217: 241²⁰
- 4, 108: 243
- 4, 142 f.: 234
- 4, 156: 234

XII tab. (= *Lex XII tabularum*)

- 1, 4: 183⁽¹⁰⁾, 274
- 5, 4: 155¹⁸⁷
- 5, 6: 155¹⁸⁷
- 7, 8: 145¹²³
- 8, 11: 98²⁷⁶

PS (= *Pauli sententiae*) 3, 6, 31: 72 f., 73¹⁰⁴, 272

UE (= *Ulpiani epitome*)

- 4, 1: 70⁸⁶
- 6, 10: 90²²⁴, 161
- 11, 3: 155¹⁸⁸

Vat. (= *fragmenta Vaticana*)

47: 93²⁴⁵
 115: 99²⁸⁵
 283: 93²⁴⁹

2. Justinianische Quellen**Const. Imp.** (= *Constitutio Imperatoriam*) 6: 194⁷²**D.** (= *Digesta Iustiniani*)

1, 1, 1 pr.: 63²⁸
 1, 1, 9: 62¹⁶, 63²⁸
 1, 1, 10 pr.: 62¹⁹
 1, 1, 11: 62¹⁶, 63²⁸
 1, 2, 2, 43: 224 f.⁷⁵
 1, 2, 2, 44: 16⁴⁶
 1, 2, 2, 46: 16⁴⁶
 1, 3, 21: 251, 278
 1, 10, 1, 2: 254¹⁹
 1, 18, 2: 253, 278
 3, 5, 10: 75¹²⁴
 4, 3, 7, 3: 196⁸²
 5, 1, 76: 147
 5, 3, 16, 5: 196⁸²
 7, 1, 1: 83¹⁷⁶
 7, 1, 15, 1: 83¹⁷⁶
 7, 1, 27, 1: 83¹⁷⁶
 7, 4, 5, 2: 73^{99, 104}
 7, 4, 10, 1: 73¹⁰¹
 7, 5, 1: 262⁴⁶
 7, 5, 5, 1: 83¹⁷⁷
 7, 8, 10, 4: 262, 263, 278
 8, 2, 19, 1: 96²⁶⁵
 8, 5, 2, 3: 150
 9, 2, 7, 7: 196⁸²
 9, 2, 9, 4: 97^{271, 272}
 9, 2, 11 pr.: 97²⁷¹
 9, 2, 51, 2: 128³²
 10, 1, 2 pr.: 76¹³²
 10, 1, 4, 10: 76^{130, 132, 77¹³⁸, 100²⁹⁵, 101²⁹⁷, 260³⁹}
 11, 7, 14, 12: 162²¹⁵
 11, 7, 14, 15: 162
 13, 6, 1 pr.–1: 142¹⁰⁶
 13, 6, 1, 1: 142
 14, 2, 8: 155¹⁸⁶

15, 3, 5, 1: 196⁸²
 16, 1, 2, 1: 250¹¹
 16, 1, 4 pr.: 251¹³
 16, 1, 8, 5: 250¹²
 16, 1, 11: 250, 277
 17, 1, 12, 5: 196⁸²
 17, 2, 30: 158, 164, 173
 17, 2, 71 pr.: 152¹⁷⁰
 18, 1, 1 pr.: 69⁷⁶, 258
 22, 3, 28: 76¹³³
 23, 1, 2: 198⁸⁹
 23, 2, 67, 5: 251¹⁴
 23, 3, 3: 91²³³
 23, 3, 9 pr.: 91²³⁵
 24, 1, 3, 1: 91²³⁴
 25, 3, 5, 6: 92²³⁶
 27, 5, 4: 75¹²⁰
 28, 5, 9, 3: 170
 28, 5, 29: 160²⁰⁸
 28, 5, 45: 160
 28, 5, 46: 130⁴³
 28, 7, 2, 1: 160²⁰⁸
 28, 7, 20 pr.: 89²²⁰
 31, 69 pr.: 151¹⁶⁸
 31, 69, 2: 151¹⁶⁸
 32, 29 pr.: 154, 156
 32, 29, 1: 170
 32, 55, 1: 140⁹⁷
 32, 64: 81¹⁶¹, 256 f., 278
 32, 86: 81¹⁶¹, 257²⁹
 33, 4, 6, 1: 152¹⁷⁰
 33, 5, 20: 162
 33, 6, 1: 255²¹
 33, 6, 9 pr.: 255²¹
 33, 10: 238
 33, 10, 7, 1: 140
 33, 10, 8: 238¹⁸
 33, 10, 10: 238¹⁸
 33, 10, 13: 238¹⁸
 34, 2, 19: 135⁷⁶, 255²⁴
 34, 2, 19 pr.: 69⁷¹
 34, 2, 27 pr.–1: 69, 272
 34, 2, 27, 1: 135⁷⁶, 254, 255, 278
 34, 2, 27, 2: 81¹⁶¹, 272
 34, 2, 27, 3: 139⁹¹
 35, 2, 88 pr.: 89²²⁰
 38, 1, 41: 145
 39, 2, 24, 3–5: 97²⁶⁷

39, 2, 24, 4: 96²⁶⁶
 39, 2, 24, 12: 96²⁶⁴, 168 f.
 39, 2, 39 pr.: 157¹⁹⁷, 158¹⁹⁹
 39, 2, 40, 1: 157¹⁹⁷
 39, 2, 43, 1: 152¹⁷⁰, 156, 167 f., 168
 39, 2, 43, 1 f.: 96²⁶²
 39, 2, 43, 2: 156¹⁹³, 167, 168
 39, 3, 1 pr.: 196, 259³³, 275
 39, 3, 1, 12: 169²⁵⁰
 39, 3, 1, 17: 76¹³⁵, 100²⁹⁶, 151¹⁶⁴,
 260³⁹
 39, 3, 1, 20: 76¹³⁵
 39, 3, 1, 21: 158
 39, 3, 14, 1: 76¹³⁴
 39, 3, 23, 2: 76¹³³
 39, 3, 24 pr.–2: 76¹³³
 40, 2, 5: 254¹⁹
 40, 2, 20, 4: 254¹⁹
 40, 7, 21: 195⁷⁹
 40, 12, 10: 166²³⁷
 41, 1, 26 pr.: 148¹⁴¹
 41, 2, 1, 3: 144
 41, 2, 3, 5: 153
 41, 3, 30: 148¹⁴¹
 41, 3, 32, 2: 161
 43, 12, 1, 13: 198⁸⁹
 43, 16, 1, 29: 216⁴⁶
 47, 2, 1: 198⁸⁹
 47, 3, 1, 1: 198⁸⁹
 47, 7, 5, 2: 77¹³⁷, 260, 278
 47, 10, 1: 198⁸⁹
 47, 10, 17, 7: 169
 47, 24, 13 pr.: 260⁴⁰
 48, 19, 11, 2: 98²⁷⁶
 49, 15, 2, 1: 259³⁵
 49, 15, 4: 190, 192⁶¹, 274
 50, 7, 18: 188 f., 274
 50, 16, 24: 213³¹
 50, 16, 25, 1: 173²⁷⁴
 50, 16, 46, 1: 70⁸⁶
 50, 16, 53 pr.: 145
 50, 16, 57: 198⁸⁹
 50, 16, 96 pr.: 143, 172²⁶⁴, 263⁴⁹
 50, 16, 124: 89²²⁰, 163^{223, 225}
 50, 16, 194: 144¹²⁰, 145, 198⁸⁹
 50, 16, 202: 198⁸⁹
 50, 16, 214: 146¹³²
 50, 16, 238, 2: 185

50, 17, 23: 75¹²⁴
 50, 17, 55: 169²⁵⁰
 50, 17, 62: 213³¹
 50, 17, 202: 215³⁸
 50, 17, 203: 97²⁷¹

I. (= *Institutiones Iustiniani*)

1, 12, 5: 192 f., 194
 4, 1, 2: 198⁸⁹
 4, 3, 4: 97²⁷¹
 4, 4 pr.: 198⁸⁹

3. Byzantinische Quellen

Paraphr. Inst. (= *Institutionum Graeca paraphrasis*) 1, 12, 5: 194

II. Literarische Quellen

ARIST.

eth. Nic. (= *ethica Nicomachea*)
 1137b26–29: 49

Gen. et Corr. (= *De generatione et corruptione*) 629a18–22: 255²⁰

Rh.

1355b35: 171²⁵⁷
 1356a1–5: 60⁴
 1356a25: 51⁽⁵³⁾
 1358a9: 44
 1359a32: 52
 1359a38: 52
 1359b6: 52
 1359b9–12: 53⁶¹
 1359b19–23: 52⁵⁶
 1359b24: 52⁶⁰
 1359b30 f.: 52⁶⁰
 1359b33 f.: 52⁶⁰
 1359b38: 52⁶⁰
 1360a4: 52⁶⁰
 1360a8: 52⁶⁰
 1360a9: 52⁶⁰
 1360a18: 52⁶⁰
 1360a32: 52⁶⁰
 1369b20: 44

1374a26: 49
 1375a2 ff.: 60⁴
 1397a20: 109³⁶³, 195⁷⁶
 1397a20–25: 109³⁶³
 1397b10: 109³⁶³
 1397b10 ff.: 99²⁹⁰
 1398a15: 109³⁶³
 1398a30: 109³⁶³
 1398a32–b19: 47
 1398b20–30: 101³⁰⁰, 109³⁶³
 1399a5: 109³⁶³
 1399a5–10: 109³⁶³
 1399a10: 95²⁵⁷, 109³⁶³
 1399a15–20: 109³⁶³
 1403a16 f.: 44

Soph. el. (= *De Sophisticis elenchis*)
 165a6–8: 182⁴

Top.

100a1–4: 37⁽¹⁾
 100a25–27: 47 f.⁽³⁷⁾
 100a27–30: 209⁷
 101a26 f.: 52⁵⁸
 101a26–28: 53
 103b20–29: 46
 104b1: 53
 105a11 f.: 54⁶⁷
 105a23 f.: 45
 105b22: 53
 111a33 ff.: 109³⁶³
 112a32–36: 182⁴, 195
 113a12: 195
 114a: 195⁷⁶
 115a5–10: 101³⁰³
 115a25–115b30: 99²⁹⁰

Virt. (= *De Virtutibus et Vitiis Libellus*)
 1250b: 62¹⁸

ATHENAIOS (*Deipnosophistai*) 3a–b: 39⁴

BOETH.

diff. top. 3, 7, 4: 217 f.⁵⁰

in top. Cic.

1, 7 f.: 60³
 1, 10: 64³⁷, 67⁵⁴, 59

2, 14: 71⁹²
 2, 19: 90²²⁴
 2, 20: 92²⁴⁰, 242

Cic.

Att.

1, 10, 4: 43²¹
 7, 2, 8: 253¹⁸

Brut.

144–146: 124⁵
 145: 51⁴⁹
 151 ff.: 55⁷²
 152: 14⁽³⁰⁾, 15³⁴, 19⁶⁰, 20⁶⁸, 22, 23⁽⁸⁶⁾,
 24⁹⁷, 29, 138⁸⁶, 162²¹⁹, 173, 211¹⁹,
 240, 268, 269
 153: 14⁽³³⁾, 25⁹⁸, 268
 197 f.: 78¹⁴⁷
 207: 184¹²

Caec.

11: 83¹⁷⁵
 42: 216⁴²
 54: 102³⁰⁹
 79: 216⁴⁵
 98: 187²⁸

de orat.

1, 67: 41¹⁵
 1, 158 f.: 47³⁴
 1, 167–203: 212²³
 1, 180: 63²², 78¹⁴⁵, 147, 124⁵
 1, 181: 187²⁸
 1, 185–191: 11, 267
 1, 186: 11⁽⁹⁾, 12, 14³⁰, 16, 40¹¹, 267
 1, 187: 12, 13, 26¹⁰⁴
 1, 188: 12, 13¹⁸, 22⁷⁸, 23, 47, 267
 1, 188–190: 212²⁶
 1, 189: 13²⁰
 1, 189 f.: 15³⁵
 1, 190: 13²¹, 18 f., 19⁵⁹, 20⁶⁹, 212²⁷,
 213²⁸
 1, 191: 13⁽²⁴⁾, 14³⁰
 1, 193: 21⁷⁵
 1, 195: 24⁹³
 1, 198: 224 f.⁷⁵
 1, 238: 187²⁸
 1, 240: 63²², 124⁵, 6

- 1, 242: 78¹⁴²
 1, 245: 24⁹³
 1, 246: 12¹⁶
 1, 250: 106³³⁸
 1, 252: 224 f.⁷⁵
 2, 24: 55, 78 f.¹⁴⁷
 2, 62: 52⁵⁹
 2, 83: 13¹⁹
 2, 108 f.: 214³⁶
 2, 128–142: 212²³
 2, 137: 187²⁸
 2, 141: 212²⁵
 2, 142: 12¹², 212²⁴
 2, 162–177: 210¹¹
 2, 163: 45, 104³²⁵
 2, 163 ff.: 104³²⁰
 2, 164 f.: 104³²⁶
 2, 164–172: 104³²⁷
 2, 167 f.: 104³²⁸
 2, 167–169: 104³²⁹
 2, 170: 84¹⁸³
 2, 170 f.: 104³³⁰
 2, 171 f.: 104³³¹
 2, 174: 209⁹
 3, 19: 271
 3, 54: 41, 270
 3, 61: 42, 270
 3, 113: 104^{322, 324}
 3, 159: 65⁴⁷
 3, 205: 74¹¹⁰
- dom.** 41: 193⁶⁶
- fam.**
 7, 2: 150¹⁵⁹
 7, 10, 2: 124⁸
 7, 17, 3: 124⁸
 7, 19: 43, 271
 7, 21: 85, 86, 136
 7, 30, 2: 65⁴⁷
- fat.** 41: 95²⁵⁷
- fin.** 4, 10: 60²
- har. resp.** 43: 187²⁸
- inv.**
 1, 41 f.: 103³¹⁹
 1, 51: 54⁶⁸
 2, 116 ff.: 171²⁵⁹
 2, 121: 49⁴²
 2, 122: 78¹⁴²
 2, 136: 49⁴¹
 2, 144 ff.: 171²⁵⁹
 2, 153: 138
 2, 153 ff.: 238¹⁹, 277
- leg.**
 1, 14: 212²⁷
 1, 55: 76¹²⁹
 2, 9: 183⁹
 2, 47: 11¹⁰, 12¹², 26¹⁰⁴
- Mur.**
 3: 65⁴⁷
 19–30: 224 f.⁷⁵
 25: 212²⁷
 29: 224 f.⁷⁵, 226⁸²
- off.**
 1, 15: 62¹⁹
 1, 64: 63²⁷
 3, 19: 51
 3, 23: 62¹⁶
 3, 67: 63²²
 3, 69 f.: 62¹⁶
 3, 69–71: 63²¹
 3, 70: 75¹²⁰
 3, 71: 63²⁷
 3, 108: 187²⁸
- Orat.**
 14: 23⁸⁴
 16: 23
 141: 106³⁴¹
- part.**
 2: 40
 5–7: 210¹¹
 7: 103 f.³¹⁹
 132: 171²⁵⁹
 132–138: 171²⁵⁹
 136: 171²⁵⁹

rep. 3, 28: 187²⁸

Tim. 13: 150¹⁶²

top.

1: 38
 1–3: 30
 1–5: 19, 60¹, 133
 2: 38²
 2f.: 21⁷⁴
 3: 38, 39, 40
 5: 42²⁰, 43²², 136
 6: 20, 22, 24, 26¹⁰⁹, 87²⁰⁶, 88²¹²,
 133⁽⁶¹⁾, 139, 154, 159, 269, 273
 6f.: 60², 138⁸⁴, 170
 7: 134⁶⁹, 136, 87⁽²⁰⁶⁾, 263⁵⁰
 7f.: 60³
 8: 45, 60⁵, 138, 170, 181, 271
 8–24: 210¹¹
 8–49: 137
 8–71: 103
 9: 20, 24⁹⁴, 46, 47³⁵, 61¹³, 138⁽⁸⁴⁾,
 139, 258³¹, 271
 9–25: 61⁸
 9–71: 10, 59, 60⁶, 271
 10: 66⁵³, 139⁽⁹³⁾, 142, 181, 182⁽³⁾, 183,
 185, 198, 200, 272, 274
 11: 20, 144
 12: 68⁶⁴, 144
 13: 68⁶⁹, 107³⁵⁰, 110³⁶⁹, 135⁽⁷⁵⁾, 145,
 156, 218⁵², 254, 256, 263, 272,
 276, 278
 13f.: 20, 23, 135
 14: 70^{85, 86}, 148, 272
 15: 62¹⁵, 72⁹⁸, 127, 149, 272
 15ff.: 134
 15–18: 125¹⁵
 16: 24⁹⁶, 80¹⁶⁰, 81¹⁶³, 156⁽¹⁸⁹⁾, 256,
 263, 278
 16f.: 127
 17: 82¹⁷⁴, 84¹⁷⁹, 158, 261⁴¹
 18: 84¹⁸⁶, 85, 86⁽²⁰²⁾, 107³⁵⁰, 110, 127,
 149, 150, 153, 248, 263
 19: 89^{217, 222}, 90²²⁶, 161, 162, 277
 19–21: 136⁷⁹, 161
 20: 91²³², 155¹⁸⁸, 162²¹⁶
 21: 93²⁴³, 163
 22: 95²⁵⁸, 166f.⁽²³⁶⁾, 272

22f.: 138
 23: 98²⁸³, 99²⁹¹, 101^(297, 302),
 102^{305, 309}, 125¹⁵, 138, 149, 154,
 168²⁴⁹, 170⁽²⁵⁴⁾, 242, 260³⁶, 272
 24: 30, 60⁵, 102f.³¹², 136, 170, 171
 25: 137⁸¹
 26: 61⁹, 62¹⁵, 138⁽⁸⁶⁾, 139, 232, 238,
 276
 26f.: 138⁸⁷, 235, 240
 26ff.: 232
 26–34: 47³⁶
 26–71: 61¹⁰
 27: 64³⁰, 139, 140, 238, 239, 276
 28: 13¹⁹, 23⁹⁰, 62²⁰, 64^{32, 35, 36},
 65^{(39), (42), (46)}, 66⁽⁵²⁾, 139, 140,
 141, 233, 235⁽⁸⁾, 272, 276
 29: 23⁹⁰, 139, 141, 213²⁹, 275
 30: 140, 236
 31: 66⁵⁰, 140, 141, 236
 32: 21⁷², 139⁹³, 143, 263⁴⁹
 33: 65³⁸, 102³⁰⁵, 140⁽⁹⁵⁾
 33f.: 64³², 65^{39, 40}
 34: 64³⁴
 35: 31, 142¹⁰⁸, 143, 181f., 185, 200,
 274, 275
 35–37: 142
 35–40: 31
 36: 66⁵¹, 186²⁶, 197, 200, 259³⁵, 274
 36f.: 181, 183, 185f., 187, 197
 37: 110³⁷⁰, 143, 191, 192, 199, 200
 38: 68⁶⁶, 108³⁵⁹, 144⁽¹²⁰⁾, 181, 194f.,
 197, 199, 200⁽¹⁰³⁾, 274
 38f.: 68⁶⁶
 39: 20, 68⁶⁸, 76¹³⁴, 145, 146¹³¹, 259³³
 40: 67⁶⁰, 146, 147, 217f.^{49, 50}, 276
 41: 54, 74¹¹¹, 125¹⁴, 149¹⁵¹
 41f.: 149
 41–45: 53, 54, 74¹⁰⁶, 153, 271
 41–46: 125¹⁵
 42: 74¹⁰⁸, 75¹¹⁹, 149, 151, 252, 263,
 278
 42f.: 74¹⁰⁹
 43: 75¹²⁷, 76¹²⁸, 100, 101, 149,
 151⁽¹⁶⁸⁾, 155, 259, 263, 272
 44: 55⁷⁰, 70⁷⁹, 74^{110, 112}, 78^{141, 146, 147},
 124⁵, 151
 44f.: 239, 277

45: 74^{113, 114}, 79^{148, 149, 151}, 80¹⁵⁵,
106³⁴⁶, 125¹⁴, 152
46: 24⁹⁶, 80¹⁵⁹, 81^{164, 165}, 86, 108³⁶⁰,
153, 156
47: 82¹⁶⁹, 158
47–49: 82^{170, 171}
48: 84¹⁷⁹, 158
49: 158
50: 86, 110, 125¹⁵, 149, 150¹⁶¹, 153
50 f.: 125¹⁴, 170, 171
51: 21⁷², 84¹⁸¹, 103³¹³, 170, 216⁴⁴,
221, 276
53: 24, 69⁷⁰, 70, 84¹⁸³, 87²⁰⁷,
88^{209, 215, 216}, 89²¹⁸, 108³⁶²,
134⁽⁶⁶⁾, 135, 159⁽²⁰⁵⁾, 160
53 f.: 159
53–57: 22, 26¹⁰⁹, 63²⁶, 137 f.
54: 90²²⁹, 92²³⁸, 94^{251, 252}, 160²⁰⁶
56: 106³⁴⁰, 125¹⁴, 163
56 f.: 88²¹¹, 89²¹⁹
57: 89²²⁰, 134⁶⁶, 159⁽²⁰³⁾, 164, 165
58: 95²⁵⁵, 165
58 f.: 165²³³
58–66: 165
58–67: 98²⁷⁵, 138
60: 105³³², 165
62: 165
63 f.: 165²³⁴
64: 98²⁷⁷
65: 21⁷⁵, 98²⁷⁸, 106³⁴¹, 166
65 f.: 98²⁷⁹, 125¹⁴
66: 90²²⁵, 103³¹⁶, 125, 133⁽⁶¹⁾, 161²¹³,
166, 217⁴⁸, 227, 253¹⁷
67: 108³⁶¹, 165
68: 242
68–70: 170
68–71: 137, 138, 149, 165
71: 108³⁵⁵, 138⁽⁸⁴⁾, 149, 155, 165⁽²³¹⁾,
170
72: 103^{313, 316}, 138, 165²³¹, 170, 221
72 ff.: 30, 84¹⁸²
72–78: 60⁷
72–100: 170
73: 60⁵, 102³¹², 103³¹⁶, 170
73 ff.: 138
73–78: 170²⁵⁶
74: 170
74 ff.: 171

77: 170
79 ff.: 30
79–96: 61¹¹
82: 104³²⁴
87 f.: 108³⁵⁸
90: 62¹⁹, 107³⁵²
92: 104³²⁴
95 f.: 108³⁵³, 171
96: 108³⁵⁴
100: 61¹²

Verr. II 4, 4: 39⁵

D.H. Isoc. 18: 38³

ENN. ann. 177–179: 183¹⁰

FEST. s. v. materfamilias: 70⁸⁶

GELL.

1, 22, 7: 10³, 16⁴⁶, 212²¹, 267
4, 2, 12: 154
12, 13: 222⁶⁴
13, 17, 3: 39⁵
14, 2: 222⁽⁶⁴⁾
14, 2, 7 f.: 223⁶⁵
14, 2, 5 f.: 223⁶⁷, 276
14, 2, 9: 223⁶⁶
14, 2, 25: 223⁶⁸
16, 10, 1 f.: 183¹⁰
16, 10, 3 f.: 183¹⁰
16, 10, 5: 183⁽¹⁰⁾
18, 6, 7–9: 71⁹⁰

HOR.

epist. 1, 1, 41 f.: 41¹⁵

sat. 2, 1, 4–6: 207⁽¹⁾

ISID. orig. 5, 1, 5: 15 f., 16⁴³, 268

ISOKRATES, Gegen die Sophisten
20: 42¹⁸

IUV. 7, 122 f.: 224 f.⁷⁵

NON. s. v. proletarii: 183¹¹

Ov. met. 8, 334 f.: 198⁹⁴

PETRON. 137, 9: 207²

PLATON

Euthydemos, 305c5–e2: 42¹⁹

Gorg. (= *Gorgias*) 465c: 215³⁷

Politikos 295a: 62¹⁸

PLUT. Sulla 26: 39⁴

PS. QUINT. decl. 13: 226⁸⁰

QUINT.

decl.

245, 4: 226⁸⁰

249, 8: 226⁸¹

250, 8: 226⁸⁰

254, 20: 226⁸⁰

264, 12: 226⁸¹

270, 17: 226⁸⁰

270, 18: 226⁸¹

272, 1 f.: 226⁸⁰

273, 13: 226⁸⁰

274, 9: 226⁸¹

278, 9: 226⁸¹

295, 4: 226⁸¹

297, 8: 226⁸¹

300, 1: 226⁸⁰

308, 9: 226⁸¹

309, 11: 226⁸⁰

310, 4: 226⁸¹

311, 8: 226⁸¹

313, 5: 226⁸¹

314, 3: 226⁸⁰

317, 9 f.: 226⁸¹

334, 3: 226⁸¹

340: 214³⁵

340, 2: 226⁸¹

340, 4: 226⁸¹

340, 10: 226⁸⁰

341, 1: 226⁸⁰

341, 5: 226⁸⁰

342: 214³⁵

342, 4: 226⁸¹

342, 13: 226⁸⁰

348, 1: 226⁸⁰

386, 1: 217⁴⁷

inst.

2, 15, 25: 215³⁷

3, 5, 5: 210¹⁰

3, 5, 7: 210¹⁰

3, 6, 1–5: 45³⁰

3, 6, 44: 104³²⁴

3, 6, 82: 225⁷⁶

5, 1, 1: 60⁴

5, 10, 20: 209⁸

5, 10, 23–31: 210¹³

5, 10, 25: 210¹⁴

5, 10, 26: 210¹⁵

5, 10, 32–52: 211¹⁶

5, 10, 53–93: 211¹⁷

5, 10, 63: 64³⁷

5, 10, 64: 219⁵⁵, 276

5, 10, 67: 218⁵¹

5, 10, 74: 84¹⁸³

5, 10, 94: 210¹¹

5, 10, 100: 210¹²

5, 10, 109: 220⁵⁶

5, 10, 119: 220⁵⁷, 276

5, 10, 121: 220⁵⁸

5, 10, 123: 220⁵⁹, 276

5, 14, 26: 218⁵³, 276

6, 4, 6: 224 f.⁷⁵

7, 3, 15: 222⁶³, 276

7, 3, 16 f.: 214³⁶, 275

7, 3, 17: 216⁴²

7, 3, 20: 214³⁴

7, 3, 30–34: 213³², 275

7, 3, 32: 214³³

7, 4, 37: 215³⁷

7, 6, 1: 225⁷⁸

7, 6, 12: 225⁷⁸

7, 9, 4: 215³⁷

10, 7, 14: 215³⁷

12, 2, 14: 215³⁷

12, 2, 19: 225⁷⁶

12, 3, 4: 224 f.⁷⁵

12, 3, 7: 24⁹¹

12, 3, 9: 11⁶, 226⁸²

12, 3, 9 f.: 127, 224 f.⁷⁵

12, 3, 10: 10⁴, 212²¹, 267

STRABO (= *Geographiae libri XVII*) 13, 1,

54 (608 f.): 39⁴

SEN. dial. 9, 9, 4 f.: 43²¹

SUET.

Iul.

44, 1–3: 16⁴³

44, 2: 16⁴⁴, 17, 268

56, 5: 17

rhet.

25, 2: 40

Namen- und Sachverzeichnis

- actio aquae pluviae arcendae* 76, 99 ff., 151, 158, 194 ff., 259
- actio finium regundorum* 76, 99 ff., 110 f., 151, 259 f.
- actio negatoria* 76, 100
- adiunctis* 84 ff., 149 f., 153, 248 ff.
- Adoption 253
- aequitas* 47 ff., 62 f., 141, 216
- agnatio* 239
- Analogie 54 f., 72 ff., 87, 100, 130, 149, 193, 252
- Antiphon von Ramnos 97
- arbiter* 76 f., 100, 110
- argumentum a fortiori*
- *a fortiori* 130
- *ad absurdum* siehe *reductio ad absurdum*
- Aristoteles 20, 37 ff., 99, 101, 104, 109, 134, 171, 195, 209, 232
- ars* 11 ff., 18 f., 44, 133 f., 138, 159, 211 f., 264
- assiduus* 183 ff.
- Auslegung 49 f., 107, 138, 143, 166, 169, 211, 238 ff., 257
- Axiom 26, 126, 159
- Billigkeit** 48 f.
- bona fides* 98, 252 f.
- bonae fidei iudicia* 166
- Bürgschaft 241, 250
- C. Aquilius Gallus** 143, 170, 216, 221, 263
- C. Iulius Caesar** 16 f.
- C. Trebatius Testa** 19, 21, 25, 37 ff., 60, 85 f., 96, 103, 111, 136, 156, 169, 197, 207, 264
- capitis deminutio* 84 ff., 248 ff.
- case law* 72
- causa Curiana* 53 f., 77 f., 93, 133, 151, 171, 199
- causa Mancini* 187 f.
- cautio damni infecti* 96, 157, 167, 169
- Chrysipp 88, 91 f., 94 f., 109, 159 f., 163
- Cn. Domitius Ahenobarbus 40
- Cn. Flavius 11, 14
- Cn. Pompeius Magnus 15
- coemptio* 85 f., 243, 249
- cognatio* 239
- Common Law 156
- comparatio* 99 ff., 149, 154 f., 170, 242 f.
- conclusio* 54, 160, 165
- coniugatio* 68, 144, 194 ff.
- conlatio* 74, 149 ff.
- consensus* 80
- conubium* 91 f.
- conventio in manum* 71, 98 f.
- conversio* 101
- Deduktion** 24 ff., 54, 104, 127, 130, 132 f., 159, 171 f., 213, 217, 219 f., 224
- definitio* 22 f., 46 ff., 61 ff., 131 f., 138 ff., 213 ff., 232 f., 239 f., 258 f.
- Dialektik 13 f., 18 f., 21 ff., 48, 87 f., 133 f., 159, 171, 262
- Didaktik 66, 107, 233, 235, 243 f.
- Diebstahl 242
- Dienstbarkeit 169
- differentia* 80 ff., 108, 125, 156, 164, 255 ff.
- Dihairesis 13, 47
- distinctio* 22 ff., 156, 168
- divisio* 18, 22 f., 64 ff., 110, 141, 146, 218, 233 ff.
- dos* siehe Mitgift

- E**hegesetzgebung, augusteische 154
 Ehescheidung 90 ff., 161 f.
 Enterbung 243
 Enthymem 139, 218 f., 224
 Erblasserwille 53 f., 69 f., 78, 95, 255
 Ersitzung 102, 235
 Erst-recht-Schluss 101, 111
 Erst-recht-nicht-Schluss 101
 Etymologie 31, 67, 142 f., 181 ff.
ex antecedentibus 89 f., 161
ex (efficientibus) causis 95
ex consequentibus 91, 162
ex contrario 82, 158
ex effectis 98 f., 168 f.
ex repugnantibus 93 f.
ex similitudine siehe *similitudo*
exempla 74, 151 f., 239 f.
- F**ideikommiss 152, 257
 Fiktion 241 f.
forma 47, 72, 140, 142, 217 f., 236 f., 240
 Freilassung 146, 169, 249, 253
- G**aius (Jurist) 20, 85 f., 231 ff.
 Gattung siehe *genera/a genere*
 Gegensatz siehe *ex contrario*
 Geldrecht 258
genera/a genere 13, 47, 64 f., 70, 145, 212, 217 ff., 237, 254 ff.
 Gerichtsmagistrat 222
 Gerichtsprozess 101, 106, 199, 217, 221 f.
 Geschichtswissenschaft 52
 Gesetzgebung 50
 Gewalt 216 f.
 – eheliche 71 f., 85, 250
 – Haus-, väterliche siehe *patria potestas*
- H**ausbuch 81, 156, 257
- I**nduktion 17, 54, 104, 128
interpretatio 22 ff., 130, 155
- Intuition 127, 129 f., 172, 208
inventio 24 f., 45, 60, 88, 103, 130, 133 ff., 138 ff., 165 ff., 171, 209, 227
 Ironie 40
iudicatio 88, 133 ff., 159, 165, 171 f.
ius civile 12 ff., 17, 47, 62 f.
ius naturale 62 f.
ius publicum 65
iustitia 47, 49 f.
- K**asuistik 26, 208, 224
 Kodifikation 15 ff.
 Konkubinat 154
 körperliche Sache 235 f., 238
- L.** Cornelius Sulla 39
 L. Licinius Crassus 40 f., 54 f., 104, 212 f.
 L. Plotius Gallus 40
legatum siehe Vermächtnis
 Lehrbuch 13, 15, 26
lex 141
 – *Aquilia* 97, 238, 241
 – *Cornelia de sponsu* 241
 – *de civitate* 191
 – *duodecim tabularum* siehe Zwölftafelgesetz
 – *Iuliana* 67
locus 45, 209
- M.** Antonius 104, 212
 M. Iunius Brutus 191, 212
 M. Porcius Cato 212
 Magistrat 253
mancipatio 65 f., 79 f., 110, 141, 243
materfamilias 70
membra 13, 64, 140 f.
 Minderjährige 81 f., 93, 242 f.
 Mitgift 90 f., 161 f., 166
 Mitverschulden 97
 Mnemotechnik 45
mos 141

Nachbarrecht 76 f., 95, 99 f., 156 f., 167
negotiorum gestio 252 f.

Nießbrauch 72 f., 83, 110, 150, 158,
232 f., 260 f.

notatio siehe Etymologie

Ökonomie 52, 69

orator 21, 40 f.

– *perfectus* 42, 52

P. Mucius Scaevola 189

Pandektisten 26

partes/partitio 13, 15, 23, 47, 64 f., 110,
140, 147 f., 186, 212, 217 f., 233 ff.

patria potestas 234, 249 f., 253

Personenrecht 234, 249

perspicuitas 40, 44

Philosophie 51 ff., 74, 105, 147 f., 171,
210 f., 235

Politikwissenschaft 52

pontifices 123

postliminium 143, 185 ff., 259

Prozessvertreter 149 f., 252

Q. Aelius Tubero 140, 196 f.

Q. Mucius Scaevola 14, 54 f., 69, 78,
143, 164, 170, 173, 187 ff., 196 ff., 211,
255

Quintilian 10 f., 13, 24, 127, 207 ff.

Rechtsunterricht 61, 67, 79, 82, 106 f.,
226, 236, 244

Rechtswissenschaft 9 f., 105, 129, 244

recusatio 38

reductio ad absurdum 79, 86 f., 148, 153,
248, 250

Respondierpraxis 14, 18, 151, 172

rhetoires Latini 40

Rhetorik 40, 51 f., 97, 105, 123 f., 199,
211, 222

Schenkung 146, 192

Schlussverfahren 44, 48, 134, 209 f., 219

Schuldbuch siehe Hausbuch

Senatusconsultum Velleianum 250 f.

Servius Sulpicius Rufus 14, 148, 160 f.,
164, 173, 187, 197, 211, 255

similitudo 24, 53, 72 ff., 110, 125,
148 ff., 252 ff., 260

Sokrates 42

species 64 f., 104, 140, 142, 146, 217,
236, 240

Statusänderung 248 ff.

Statuslehre 224 ff.

Syllogismus 24 f., 47 f., 67, 90, 92, 94,
128, 131, 135, 139, 159, 217 ff.

testamenti factio siehe Testierfähigkeit

Testierfähigkeit 84 ff., 110, 248 ff.

trinoctium 72

Tusculanum 37 f.

tutela siehe Vormundschaft

Umkehrschluss 80 ff.

unkörperliche Sache 139, 235 f.

ususfructus siehe Nießbrauch

Vermächtnis 69 ff., 80, 135, 140, 232,
237, 254 ff.

Vindikationslegat 93, 162, 237

Vormundschaft 81 f., 140 f., 236 f.,
242 f., 249

Wissenschaftstheorie 9, 18, 221

Zurechnung 96, 99, 168

Zwölftafelgesetz 102, 145, 155, 183, 195