

# ***HAEC DISCEPTATIO IN FACTUM CONSTITIT: BEMERKUNGEN ZUR PIETAS IM RÖMISCHEN UNTERHALTSRECHT***

---

Verena Halbwachs\*

## **1. Einleitung**

Eine Großmutter leistet ihrem Enkelsohn Unterhalt<sup>1</sup>, eine Mutter wendet ihren Kindern *alimenta* zu<sup>2</sup>, ein Onkel ernährt seine Nichte<sup>3</sup>, ein Stiefvater alimentiert seine Stieftöchter und bezahlt deren Unterricht<sup>4</sup> – ihnen allen ist gemeinsam, dass sie die aufgewendeten Mittel letztlich nicht aus ihrem eigenen Vermögen tragen wollen, sondern Refundierung der von ihnen getätigten Ausgaben begehen. Ihnen allen ist weiters gemeinsam, dass die mit ihren Anliegen befassten Juristen in Beurteilung dieser Ansprüche den Topos der *pietas*<sup>5</sup>, des Pflichtgefühls, ins Spiel bringen.

Dass eine Leistung aus *pietas* erbracht worden sei, als Argument jener Partei, die sich einem Rückforderungsanspruch ausgesetzt sieht und diesen durch den Einwand, die Leistung sei aus – meist verwandtschaftlichem – Pflichtgefühl erfolgt, entkräften möchte, begegnet uns in den römischrechtlichen Quellen an mehreren Stellen; besonders oft aber dort, wo es um unterhaltsrechtliche Zusammenhänge geht. „Die Lehre von der

1 D 3.5.33 Paulus 1 quaest.

2 D 25.3.5.14 Ulpianus 2 de off cons.

3 D 3.5.26.1 Modestinus 1 resp.

4 C 2.19.15 Gordianus (239).

5 Zur sittlichen Funktion der *pietas* in der römischen Familie in Bezug auf Alimentation vgl R. SALLER, Patriarchy, Property and Death in the Roman Family (1994) 102ff; *Pietas and patria potestas: Obligation and Power in the Roman Household*; DERSELBE, Corporal Punishment, Authority, and Obedience in the Roman Household, in B. RAWSON, Marriage, Divorce and Children in Ancient Rome (1992) 144ff; DERSELBE, Pietas, Obligation and Authority in the Roman Family, in P. KNEISSEL / V. LOSEMANN, Alte Geschichte und Wissenschaftsgeschichte, FS Karl Christ (1988) 393ff; T. PARKIN, Out of Sight, Out of Mind: Elderly Members of the Roman Family, in B. RAWSON / P. WEAVER, The Roman Family in Italy (1997) 123 – 148; J. GARDNER, Family and *Familia* in Roman Law and Life (1998) 77f und 82f.

\* Assistenzprofessorin, Institut für römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Universität Wien.

Reichung der Alimente ist eine mit dem Leben des Menschen innig verschmolzene<sup>6</sup>, liest man in einer Abhandlung zum Unterhaltsbegriff aus der Mitte des 19. Jahrhunderts<sup>6</sup> – die Anbindung der Alimentationsfrage an die unterschiedlichsten Lebensbereiche ist damit treffend charakterisiert. So kennt auch das römische Recht ein breites Spektrum, in dem die Verpflichtung zur Versorgung einer anderen Person als rechtliches Problem thematisiert wird. Dementsprechend weit verstreut finden wir Aussagen römischer Juristen zu unterhaltsrechtlichen Aspekten – oft nur am Rande und unter primärer Fokussierung auf eine andere juristische Frage; so etwa im Bereich des Erb- insb des Legatrechts, dem äußerst umfangreichen Quellenmaterial zu ehorechtlichen Fragen, die sich vor allem rund um die Mitgift oder die – verbotene – Ehegattenschenkung ergeben oder, wie zu zeigen sein wird, im Rahmen der *negotiorum gestio*. Eng verbunden mit Fragen der Alimentation erweisen sich die zahlreichen Texte betreffend die Reglementierungen der Vormundschaft über unmündige freie Personen<sup>7</sup>.

Weiters finden wir den Inhalt des Begriffes *alimenta*, also das, was unter dem zu leistenden Unterhalt materiell zu begreifen ist, weder definiert, noch ist eine einheitliche Terminologie festzustellen; manchmal geht es um *alimenta* schlechthin, manchmal werden nur Segmente dessen, was wohl zur Deckung des konkreten Bedarfs einer bestimmten berechtigten Person als notwendig erachtet wird, erwähnt<sup>8</sup>; konkrete Lebensumstände kreieren spezifische Bedürfnisse – damals wie heute; und so wie sich auch modernrechtliche Abhandlungen zur Unterhaltsfrage als zurückhaltend erweisen, wenn es um eine abstrakte Definition des Unterhaltsbegriffes geht, sondern Bemessungsgrundlagen und Prozente angeben sowie die äußerst differenzierte Rechtsprechung zitieren, verhält es sich auch in den römischrechtlichen Quellen<sup>9</sup>.

Eine Analyse der relevanten Quellen bietet neben der Möglichkeit dogmatischer Überlegungen in verschiedenen Rechtsmaterien einen Einblick in nicht den rechtsgeschäftlichen Alltag (im engeren Sinn) betreffende Bedürfnisse und Lebenssituationen. Sie eröffnet eine weitere Sichtweise auf familienrechtliche Strukturen, deren „Funktionieren“ oder „Nicht-Funktionieren“ und deren bekanntermaßen so engen Konnex mit vermögensrechtlichen Fragen; denn wenn im Folgenden die Begriffe *pietas*, *adfectus paternus* oder *affectus maternus* in unterhaltsrechtlichen Zusammenhängen betrachtet werden, gilt es immer im Auge zu behalten, dass diese Topoi im prozessualen Streitfall als Argumente verwendet werden, als Argumente gegen Regressforderungen von Personen, denen mittels dieses Einwandes ihre Anspruchsgrundlage entzogen werden soll: weil sie das *munus pietatis* auf sich genommen haben, *pietate cogente*, durch *pietas* gezwungen, handeln oder *iure pietatis*, sich gemäß *pietas* entsprechendem Recht verhalten haben.

6 G. WALTHER, Bedeutung und Umfang des Wortes *alimenta* nach heutigem römischen Rechte, in Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß 20 (1844) 350.

7 Vgl D 27.2 *Ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei praestandis* und D 27.3 *De tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione*.

8 Wortgruppen, welche teilweise offenbar synonym mit *alimenta*, bzw zumindest als Bestandteil dieser, gebraucht werden, sind etwa *cibaria et vestiaria* und *cibaria et vestiaria et habitatio*. Ebenso finden diese Begriffe aber auch neben den *alimenta* Erwähnung, wie etwa *alimenta et vestiarium*.

9 Beispiele für den diesbezüglichen interpretativen Diskurs finden sich gehäuft dort, wo es um die Auslegung letztwilliger Verfügungen geht (vgl D 34.1 *De alimentis vel cibariis legatis*).

## 2. *Avia negotia sui nepotis gessit – D 3.5.33*

Der im Folgenden dargestellte Text spricht eine Reihe der eben genannten Aspekte an. Weiters bietet er die Möglichkeit, Einblick in ein Prozessgeschehen zu gewinnen, da in diesem ausführlichen Fragment neben der Expertise der Juristen auch die kontradiktiorischen Parteivorbringen zu finden sind. Es dürfte kein Zweifel bestehen, dass diese Quelle einen Fall aus der Praxis schildert, der relativ detailgetreu zu den tatsächlichen Geschehnissen – soweit solche überhaupt unbestritten festgestellt waren – überliefert ist<sup>10</sup>.

D 3.5.33 Paulus 1 quaest: *Nesennius Apollinaris Julio Paulo salutem. Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. Respondebatur aviam iure pietatis de suo praestitis: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essent. Praeterea constitutum esse dicebatur; ut si mater aluisse, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contrario dicebatur tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis eum aluisse. Tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur. Quaero quid tibi iustius videatur. Respondi: haec disceptatio in factum constitit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum aut tutores eius conveniret? Pone peregre patrem eius obisse et matrem, dum in patriam revertitur; tam filium quam familiam eius exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo aviam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta, maxime si etiam in ratione impensarum ea rettulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur.*

Nesennius Apollinaris<sup>11</sup> wendet sich an seinen Lehrer Paulus und bringt folgenden Sachverhalt vor: Eine Großmutter hat die Geschäfte ihres Enkels geführt – *avia nepotis sui negotia gessit*. Beide, die *avia* sowie der *nepos*, sind mittlerweile verstorben. Als Parteien des Konflikts treten nun die Erben des Enkels als Kläger und die Erben

- 10 Exegetische Studien zu diesem Text (mit weiteren Nachweisen zur älteren Literatur und Diskussion der Passagen, die der Interpolation verdächtigt wurden) finden sich in der jüngeren Literatur zB bei G. FINAZZI, Ricerche in tema di *negotiorum gestio* II.1. Requisiti delle *actiones negotiorum gestorum* (2003) 252ff; M. ŽIDLICKÁ, *Pietas et negotiorum gestio*, in I. PIRO (Hrsg), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*. Atti della 51<sup>a</sup> Sessione della SIHDA (1999) 549; J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones*. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschrift (1993) 107; H.H. SEILER, Der Tatbestand der *negotiorum gestio* im römischen Recht (1968) 44; L. LABRUNA, *Rescriptum Divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate* (1962) 171ff; E. SACHERS, Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit, in FS Fritz Schulz (1951) 311-363 (335ff).
- 11 Wir finden in den Digesten noch drei weitere Fragmente mit Anfragen des Nesennius Apollinaris an Paulus (D 27.1.32 Paulus 7 quaest; D 35.2.22pr Paulus 17 quaest – wo er Paulus mit „domine“ anspricht – und D 42.1.41pr Paulus 14 quaest). Zur Person des Nesennius Apollinaris siehe SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* (1993) 148 (der auch D 26.2.30 Paulus 6 quaest als Anfrage des Nesennius Apollinaris identifiziert); G. FINAZZI, Ricerche (2003) 253 Anm 428.

der Großmutter als Beklagte auf. Die Kläger machen ihre Ansprüche aufgrund einer Geschäftsführung ohne Auftrag durch die Großmutter für ihren Enkel mittels der *actio negotiorum gestorum (directa)* geltend. Worauf dieser Anspruch hier konkret gerichtet ist, wird zwar nicht erwähnt, es geht aber wohl um Herausgabe des ursprünglich durch die *avia* verwalteten Vermögens. Die Beklagten wenden nun ein, dass die Großmutter dem Enkel Unterhalt – *alimenta* – geleistet hat und wollen die dementsprechenden Aufwendungen von der geforderten Summe in Abzug bringen.

Hierauf bringen die Kläger folgende Argumente vor: Erstens, die Großmutter habe *iure pietatis de suo* geleistet – also aufgrund Pflichtgefühls aus ihrem eigenen Vermögen; zweitens habe weder die Großmutter beantragt, dass über den Unterhalt entschieden werde, noch sei ein solcher überhaupt festgesetzt worden; drittens sei bereits in einem anderen Fall durch kaiserliche Konstitution entschieden worden (*praeterea constitutum esse dicebatur*), dass eine Mutter *alimenta*, die sie *pietate cogente de suo* erbracht hat, nicht zurückfordern könne. Die Beklagten wenden demgegenüber ein, dass dies nur dann richtig sei, wenn bewiesen werden kann, dass die Mutter aus ihrem eigenen Vermögen geleistet habe; im vorliegenden Fall sei es aber wahrscheinlich, dass die Großmutter *quae negotia administrabat* die Mittel für die Alimentationsleistungen dem Vermögen des Enkels entnommen habe (*de re ipsius nepotis*).

Nesennius Apollinaris berichtet weiter, dass sodann erörtert wurde, ob vielleicht die Vermögen beider an den Unterhaltsleistungen beteiligt waren (*tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur*) und beendet seine Darstellung mit der Frage an Paulus, welche Ansicht ihm richtiger erscheine – *quaero quid tibi iustius videatur*. Dieser leitet nun sein *responsum* mit einer scheinbar lapidaren, aber für seine weiteren Ausführungen ganz wesentlichen Bemerkung ein: *Haec disceptatio in factum constituit* – bei dieser Debatte geht es um Faktisches.

Er ist der Meinung, dass das seitens der Kläger vorgebrachte Argument bezüglich des vorentschiedenen Falles einer aus *pietas* und ihrem eigenen Vermögen leistenden Mutter nicht als *perpetuo* – durchgängig – gültig anzusehen sei. Was nämlich, so Paulus, wenn die Mutter ausdrücklich erklärt hat, dass sie ihrem Sohn nur unter dem Vorbehalt (*si etiam protestata est*) Unterhalt leistete, dass sie ihn selbst oder seine Tutores darauf in Anspruch zu nehmen gedenkt? Paulus zitiert sodann ein Reskript des Antoninus Pius: Diesem lag der Sachverhalt zugrunde, dass eine Familie, der Vater, die Mutter und deren Kind, fern der Heimat weilten. Der Vater verstirbt in der Fremde und während der Rückreise nach Hause bestreitet die Mutter (offenbar solange bis ein Tutor bestellt ist) den Lebensunterhalt für ihren Sohn und dessen Sklaven (*filium quam familiam eius exhibuisse*). Diese Aufwendungen wollte sie zurückfordern und hier lautete die kaiserliche Entscheidung, dass der Mutter gegen den *pupillus*, ihren eigenen Sohn, die Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag zu geben sei (*in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem*). Daher, so Paulus, sei er unter den vorliegenden Umständen (*in re facti*) doch eher der Meinung (*facilius putabo*), dass im gegenständlichen Fall die Erben der Großmutter bezüglich ihres Begehrens auf In-Rechnung-Stellen der Alimentationsleistungen zu hören seien (*aviam vel heredes eius audiendos*), insbesondere dann, wenn es sich erweisen wird, dass die Großmutter ihre Aufwendungen in das Ausgabenbuch eingetragen hat (*in ratione impensarum ea*).

*retulisse); davon auszugehen, dass der Unterhalt aus beider Vermögen bestritten worden ist, sei, so Paulus, keinesfalls zulässig.*

### 3. Leistung *iure pietatis* versus Anspruch *gestione negotiorum*?

Das klassische römische Recht kennt reziproke Unterhaltpflichten innerhalb der Familie in auf- und absteigender Linie<sup>12</sup>. Diese Verpflichtungen bestehen – als Neuschöpfung des Kaiserrechts – auch außerhalb agnatisch vermittelter Verwandschaftsverhältnisse<sup>13</sup>. Dort, wo aufgrund verwandschaftlicher Nähe eine Verbindlichkeit anerkannt ist, ist sie jetzt – sofern sie nicht freiwillig geleistet wird – rechtlich durchsetzbar<sup>14</sup>, wobei freilich Berechtigung wie Verpflichtung zur Alimentation von den prinzipiellen Kriterien Bedürftigkeit (*necessitas*) einerseits und materieller Leistungsfähigkeit im Sinne von vorhandenem Vermögen (*facultas*) andererseits determiniert ist<sup>15</sup>. *Pupilli* und *pupillae* haben nach diesem Regime als vermögensfähige Personen somit grundsätzlich erst einmal aus ihren eigenen Mitteln für sich zu sorgen (freilich via Administration des Tutors)<sup>16</sup>.

Bei näherer Betrachtung von D 3.5.33 gilt es zwei Aspekte im Auge zu behalten: Erstens, Anspruchsgrundlage der Kläger ist die *negotiorum gestio*; zweitens, Leistung aus *pietas* schwiebt als Argument gegen die Einwände der Beklagten im Raum. Die Kläger sehen in der Großmutter eine Geschäftsführerin ohne Auftrag; auch der Mutter, welche ihren Sohn auf der Rückreise in die Heimat alimentiert, gewährt Antoninus Pius

12 Trotz der angedeuteten Vielfalt rechtlicher Bereiche, in denen wir in den Quellen mit dem Thema „Unterhalt“ konfrontiert werden, lässt sich als *sedes materiae* das fünfte Fragment des Digestentitels 25.3 *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis* festmachen; dieser handelt neben den Alimentationspflichten zwischen Kindern und Eltern auch von jenen zwischen Patron und Freigelassenen sowie vom Procedere der Vaterschaftsfeststellung. Die Zuständigkeit für Prozesse in diesen Angelegenheiten lag bei der *extraordinaria cognitio* der Konsuln, wie die Herkunft aus Ulpianos zweitem Buch *de officio consulis* zeigt. Zu den drei ulpianischen Büchern *de officio consulis* siehe A. DELL’ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana* (1960) 31ff.

13 Dies gilt freilich nur, wenn es sich um durch eheliche Zeugung erfolgte Verwandtschaft handelt. Uneheliche Kinder sind *sui iuris* und ausschließlich ihrer Mutter kognatisch verbunden, und so ist hier auch nur die Mutter bzw. ihre Aszendenz zur Unterhaltsleistung verpflichtet. Zwischen Ehepartnern existieren keine rechtlich durchsetzbaren Ansprüche, weder während aufrechter Ehe noch nach erfolgter Ehescheidung.

14 Führt die an sich vorausgesetzte *pietas paterna* nicht aus eigenem Antrieb zur Leistung von *alimenta*, wird der Verpflichtete dazu verurteilt, reskrifbieren Severus und Caracalla im Jahr 197 an einen gewissen Sabinus: C 5.25.4 *Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit. Quod si sponte non fecerit, aditus competens iudex alimenta pro modo facultatium praestari tibi iubebit. Quod si patrem se negabit, quaestionem istam in primis idem iudex examinabit.*

15 Vgl. neben der oftmaligen Erwähnung dieses „Wortpaars“ in D 25.3.5 auch die in C 5.25 *De alendis liberis ac parentibus* überlieferten Reskripte. Diese beiden Faktoren bestimmen seit jeher auch den Umfang der Alimentation; vgl. nur E. KRAUSE, Die gegenseitigen Unterhaltsansprüche zwischen Eltern und Kindern in der deutschen Privatechtsgeschichte (1982) für das römische Recht 10ff; B. LAUBACH, Lateinische Spruchregeln zum Unterhaltsrecht (2004) 31ff.

16 Zur Höhe des seitens des Tutors aus dem Vermögen der *pupilli* zu leistenden Unterhalts sowie zur Rechnungslegung nach erfolgten Alimentationsleistungen siehe D 27.2 und D 27.3.1-8 (dazu gleich unten).

eine Klage aus *negotiorum gestio*. Geschäftsführung ohne Auftrag aber ist regelmäßig Führung eines *negotium alienum*, und zwar ohne dazu durch Vertrag oder eine sonstige rechtliche Verpflichtung verbunden zu sein. Wer also Unterhaltsleistungen als *gestor* erbringt, ist nicht zur Unterhaltsleistung verpflichtet, es gibt keinen klageweise durchsetzbaren Anspruch gegen ihn<sup>17</sup>. „Gegenprobe“ ist freilich die *actio negotiorum gestorum contraria*: Nur wer seine Aufwendungen auch refundiert erhält, also die tatsächlich verpflichtete Person zur „Verantwortung“ ziehen kann, ist endgültig von jedweder Form der Verbindlichkeit exkludiert.

In D 3.5.33 sowie in einer Reihe weiterer Quellen<sup>18</sup>, scheint sich das Argument der Leistung aus *pietas* gleichsam zwischen diese beiden Positionen zu schieben und den Begriff der Verbindlichkeit auf seltsame Weise aufzuweichen. Abgesehen von der Frage einer subsidiären Alimentationsverpflichtung der Mutter<sup>19</sup>, die wohl bei Bedürftigkeit der väterlichen Aszendenz bzw des *pupillus* anzunehmen ist, ist eindeutig, dass primär der Vater zur Leistung verpflichtet ist und als solcher geklagt werden kann. Klagbare Ansprüche gegen die Mutter des (ehelichen) Kindes, solange der Vater, dessen Aszendenz, bzw bei *pupilli* diese selbst zur Leistung herangezogen werden können, sind nicht überliefert. Hat die Mutter in einem solchen Fall aber dennoch *alimenta* erbracht, muss sie sich, so scheint es, den Topos der Leistung aus mütterlichem Pflichtgefühl als anspruchsvernichtend entgegenhalten lassen, wird also die *pietas* als rechtlich eindeutig relevante Größe ins Treffen geführt. Dass dies aber nicht zwangsläufig und ohne Untersuchung der konkreten Umstände der Fall ist und sich im Streitfall massiver Widerstand gegen das von gegnerischer Seite unterstellte verwandtschaftliche Pflichtgefühl regt (bzw gegen die Behauptung, die Leistung sei aus *pietas* motiviert mit der Konsequenz, dass eventuelle Regressansprüche entfallen), soll im Folgenden gezeigt werden.

*Haec disceptatio in factum constituit*, sagt der Jurist – und einige dieser Fakten, die nach Paulus offenbar noch zu klären und zu beweisen sind, müssen naturgemäß auch hier offen bleiben. Dennoch lässt sich feststellen, welche Umstände für Paulus wohl als entscheidungsrelevant gegolten haben.

*Avia nepotis sui negotia gessit* – die Großmutter hat die Geschäfte ihres Enkels geführt – aus der weiteren Darstellung<sup>20</sup> ist davon auszugehen, dass dieser Enkel *sui iuris* und

- 17 Dass die *avia* hier keinesfalls zur Leistung von *alimenta* im Sinne eines durchsetzbaren Anspruchs verpflichtet war, geht schon daraus hervor, dass der Enkel als *pupillus* eindeutig über Vermögen verfügte.
- 18 Vgl (im unterhaltsrechtlichen Zusammenhang) D 25.3.5.14 Ulpianus 2 de off cons; D 3.5.26.1 Modestinus 1 resp; C 2.19.1, Severus/Antoninus (196); C 2.19.11 Alexander (227); C 2.19.13 Alexander (230); C 2.19.15 Gordianus (239).
- 19 Siehe dazu SACHERS, Unterhalt (1951) 327ff; kommt zwar zum mE richtigen Ergebnis einer subsidiären Unterhaltsverpflichtung der Mutter, interpretiert die dafür einschlägigen Quellen allerdings ohne Rücksicht darauf, ob der Leistungsempfänger (wie in den meisten Texten das unmündige, aber gewaltfreie Kind) über eigenes Vermögen verfügt und für sich selbst sorgen könnte, aber dennoch Zuwendungen erhält, oder bedürftig ist; eine weitere Auseinandersetzung mit den Thesen Sachers würde hier allerdings zu weit führen, da die Frage einer gegen die Mutter einklagbaren Unterhaltsverpflichtung nicht Gegenstand dieses Beitrags ist.
- 20 Es klagen die Erben, es wird vorgebracht, dass die Großmutter aus dem Vermögen des Enkels geleistet hat, es wird die (Nicht-)Festsetzung der *alimenta* diskutiert, etc.

unmündig, also ein *pupillus* war. Warum hier die Großmutter die *negotia* ihres Enkels führte und in welchem Umfang, lässt sich nicht mehr rekonstruieren. Wir erfahren nicht explizit, welche Geschäfte das waren, aber offenbar hat die Großmutter das Vermögen ihres Enkels verwaltet. Die Herausgabe desselben wird nun von den Klägern begehrts, ähnlich der Abrechnung mit dem Tutor im Falle des Erreichens der Volljährigkeit durch den *pupillus*. (Und ebenso wie ein Tutor stellen die Erben der *avia* den geleisteten Unterhalt in Gegenrechnung – „*reputabant*“.) Da die Großmutter als Frau aber nicht das Amt eines Tutors übernehmen kann<sup>21</sup> – *tutelam administrare virile munus est* – wird sie aufgrund einer *negotiorum gestio* geklagt. Dass eine *de facto* Vermögensverwaltung durch die Mutter – neben einem Tutor oder aufgrund einer temporären Vakanz eines Tutors – durchaus stattgefunden hat, ist belegt und gerade der vorliegende Text gilt hierfür als illustrativ<sup>22</sup>.

Auf den Einwand der Beklagten, dass die geleisteten *alimenta* von der geforderten Summe in Abzug zu bringen seien, wird neben der Berufung auf Zuwendung *iure pietatis* aus dem Vermögen der *avia* auch ins Treffen geführt, dass eine Festsetzung der Unterhaltssumme von der *avia* nicht beantragt wurde und nicht erfolgt ist.

Die Höhe des einem *pupillus* – im Regelfall eben durch den Tutor – zu leistenden Unterhalts bestimmt der Prätor<sup>23</sup> gemäß der Größe des Pupillarvermögens einerseits und der konkreten Bedürfnisse (Sklaven, Ausbildung, Kleidung, Wohnung, etc) andererseits<sup>24</sup>; bei besonders vermögenden Verhältnissen gilt es für den Prätor eine Art „Luxusgrenze“ zu beachten<sup>25</sup>. Dass der *pupillus* zwar *qua tutore*, aber letztlich aus seinem eigenen Vermögen alimentiert wird, schlägt sich auch darin nieder, dass der einmal festgesetzte Unterhalt zu vermindern ist, wenn der *pupillus* in Bedürftigkeit gerät, dass er aber zu erhöhen ist, wenn das Vermögen wieder anwächst; ein Zuschuss aus den Mitteln des Tutors ist nicht vorgesehen<sup>26</sup>. (Erst hier stellt sich dann die Frage, ob es nach dem oben geschilderten Regime rechtlich durchsetzbare Unterhaltsansprüche gegen verwandte Personen gibt.)

21 Vgl C 5.35.1 *Imp. Alexander A. Octaciliae. Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum feminineae infirmitatis tale officium est* (224).

22 Vgl auch C 4.29.6 *Imp. Alexander A. Torquato. Si mater filiorum suorum gereret patrimonium, tutoribus eorum securitatem promiserit ...* (228); C 5.45.1 *Impp. Valerianus et Gallienus AA. Marcello. Etiam mulieres, si res pupillares pro tutor administraverunt, ad praestandum rationem tenentur* (259).

23 D 27.2.3pr Ulpianus 1 de omn trib *Ius alimentorum decernendorum pupillis praetori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupilli vel adolescentibus praestare debeant.*

24 D 27.2.3.2 Ulpianus 1 de omn trib *Ante oculos habere debet in decernendo et mancipia, quae pupilli deserviunt, et mercedes pupillorum et vestem et tectum pupilli aetatem etiam contemplari, in qua constitutus est cui alimenta decernuntur.*

25 D 27.2.3.3 Ulpianus 1 de omn trib *In amplis tamen patrimonii positis non cumulus patrimonii, sed quod exhibitioni frugaliter sufficit modum alimentis dabit.*

26 D 27.2.3.6 Ulpianus 1 de omn trib *Sed si egeni sint pupilli, de suo eos alere tutor non compellitur. et si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, diminui debent quae decreta sunt, quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit.*

Das *decretum* des Prätors über das Ausmaß der Unterhaltsleistungen dient in erster Linie dem Tutor im Rahmen der Rechnungslegung über das verwaltete Vermögen<sup>27</sup>, da Ausgaben in der festgesetzten Höhe gegengerechnet und in Abzug gebracht werden können; hat er aber mehr gegeben, geht dies zu seinen Lasten<sup>28</sup>.

Die Erben des Enkels führen somit den mangelnden Antrag der Großmutter auf magistratische Festsetzung des Unterhalts offenbar als Indiz für ihre Leistung aus *pietas* an – hätte sie an ein späteres In-Rechnung-Stellen der *alimenta* gedacht, hätte sie vielleicht zu ihrer eigenen Absicherung den angemessenen Unterhalt festsetzen lassen. Ein ähnliches Argument – freilich in die umgekehrte Richtung – verwendet Paulus am Ende des Fragments, wenn er meint, dass den Beklagten insbesondere dann Gehör zu schenken ist, wenn bewiesen werden sollte, dass die Großmutter ihre Aufwendungen bezüglich des Unterhalts im Ausgabenbuch eingetragen hat – denn dann, so kann man folgern, wollte sie offenbar für spätere Zwecke der Abrechnung ihre *impensae* festhalten. Schmitt-Ott nimmt an, die Festsetzung des Unterhalts hätte vor allem dafür ein Indiz geboten, „daß der Unterhalt aus dem Vermögen des Minderjährigen bestritten wurde“; ebenso wäre seiner Meinung nach eine Verbuchung der Aufwendungen im Ausgabenbuch ein Indiz für eine Leistung aus dem Vermögen des Enkels<sup>29</sup>. Zweifellos ist die Frage, aus welchem Vermögen (dem des *pupillus* oder dem der Großmutter) die *alimenta* geleistet wurden, für Paulus eine weitere ganz wesentliche *res facti* des Falles. Die Kläger bringen vor, die Großmutter hätte *iure pietatis de suo*, aus ihrem Vermögen, geleistet; und auch die erste Entscheidung, die sie für ihre Zwecke zitieren, zielt auf eine Leistung der Mutter aufgrund von *pietas* aus ihrem eigenen Vermögen ab – und eine solche Zuwendung könne nicht zurückgefördert werden: *constitutum esse dicebatur; ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere.* Die Beklagten ziehen daraufhin die Richtigkeit dieser Entscheidung auch gar nicht in Zweifel, sondern meinen, das sei rechtens, aber eben nur dann, wenn bewiesen wird, dass die Großmutter aus ihrem eigenen Vermögen geleistet hat – und im vorliegenden Fall sei es wahrscheinlich (*verisimile*), dass die *alimenta* aus dem Vermögen des Enkels entnommen wurden. Gerade diese Frage ist aber ganz eng mit dem *pietas*-Argument verknüpft: Wer aus eigenem Vermögen leistet, kann durch verwandschaftliches Pflichtgefühl motiviert sein, muss es aber nicht und kann ebenso in Erwartung eines

27 D 27.2.1pr Ulpianus 34 ad ed *Solet praetor frequentissime adiri, ut constituat, ubi filii vel alantur vel morentur; non tantum in postumis, verum omnino in pueris;* C 5.50.2 Imp. Alexander A. Aufidio. *Quod plerumque postulatur; ut arbitrio praetoris alimenta pro modo facultatum pupillis vel iuvenibus constituantur; pro officio suo hi qui aliena negotia gerunt, ne apud iudicem controversiam habeant, faciunt* (223).

28 D 27.2.2pr Ulpianus 34 ad ed *Officio iudicis, qui tutelae cognoscit, congruit reputationes tutoris non improbas admittere, ut puta si dicat impendisse in alimenta pupilli vel disciplinas.* (1) Modus autem, si quidem praetor arbitratus est, is servari debet, quem praetor statuit si vero praetor non est aditus, pro modo facultatum pupilli debet arbitrio iudicis aestimari nec enim permittendum est tutori tantum reputare quantum dedit, si plus aequo dedit. Vgl dazu die inhaltlich vergleichbare Aussage in D 25.3.5.14 Ulpianus 2 de off cons, betreffend das Begehren der Antonia Montana auf Rückforderung der ihrem Kind geleisteten *alimenta* (siehe dazu weiter unten).

29 SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* (1993) 109f.

späteren Aufwandersatzes handeln<sup>30</sup>; jemand, der auf fremdes Vermögen zurückgreift, leistet aber doch wohl nicht *pietas causa*<sup>31</sup>.

Die Frage, aus welchem Vermögen der Unterhalt erbracht wurde, wird – wie oben im Falle des fehlenden magistratischen *decernere* und der Eintragung in das Ausgabenbuch – mE lediglich als eines von mehreren Indizien für das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer Leistung aus *pietas* angeführt. Und die gegnerischen Parteien sind sich ja auch einig, dass der Anspruch der Beklagten auf Gegenrechnung der *alimenta* jedenfalls nur bei Leistung aus dem Vermögen der *avia* besteht. Strittig ist lediglich die Frage, aus welchem Vermögen tatsächlich geleistet wurde – eine *res facti*, die geklärt werden muss, um, seitens der Kläger, eine Leistung aus anspruchsvernichtender *pietas* zu beweisen<sup>32</sup>.

Durch sein *responsum* relativiert der Jurist dann das Vorbringen der Kläger noch weiter: Er deutet an, dass die von ihnen zitierte Entscheidung auch anders hätte ausfallen können, wenn die Mutter ausdrücklich erklärt hätte, dass sie nur unter dem Vorbehalt der Rückforderung die *alimenta* leiste. Er führt ein Reskript des Antoninus Pius an, das einer Mutter, die ihren Sohn und dessen Sklaven auf der Rückreise in die Heimat versorgt hat, weil der Vater in der Fremde verstorben ist, sehr wohl eine Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag auf Ersatz ihrer Aufwendungen gegen ihren eigenen Sohn gewährt. Dieser wurde durch den Tod seines Vaters zum *pupillus*, seinen Unterhalt hat er somit, sofern er nicht bedürftig ist, aus seinem eigenen Vermögen zu bestreiten. Realiter wird nicht daran zu zweifeln sein, dass die Mutter hier natürlich insofern aus Zuneigung gehandelt hat, als sie ihr Kind in der momentanen Situation nicht unversorgt lassen wollte – rechtlich relevant erscheint diese Form der *pietas* allerdings nicht und sie wird der aus eigenem Vermögen leistenden Mutter auch nicht gleichsam automatisch als Motiv unterstellt. *Haec disceptatio in factum constitit* – und zu diesen Fakten zählen insofern auch die Intentionen der handelnden Personen. Die Zuwendung *pietas causa* erscheint somit im Rahmen von Unterhaltsleistungen als Ausschlussgrund für eine Rückforderung, muss

30 Siehe dazu gleich unten den Fall der Mutter, die ihren Sohn und dessen *familia* nach dem Tod des Vaters alimentiert: Hier hat die Mutter jedenfalls aus ihrem eigenen Vermögen geleistet, da ja Antoninus Pius ihr die *actio negotiorum gestorum (directa)* gegen den *pupillus* gewährt.

31 Anders aber SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* (1993) 109: „Der Hinweis, daß die Großmutter sittlich zur Leistung des Unterhalts verpflichtet war, erlaubt weder den Schluß, daß die Großmutter den Unterhalt tatsächlich *de suo* leistete ...“. Auf eine sittliche Verpflichtung der Großmutter per se (abgekoppelt von der Frage aus welchem Vermögen die Zuwendung stammt) wird aber im Text gar nicht rekurriert, sondern die Leistung aus *pietas* wird immer mit der Herkunft aus dem Vermögen der *avia* verbunden.

32 SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* (1993) 109f geht offenbar davon aus, dass die Zulässigkeit der Gegenrechnung („Regressanspruch“) seitens der Beklagten überhaupt nur dann möglich wäre, wenn die *avia de suo* geleistet hat, da ansonsten „das Enkelvermögen ohnehin vermindert“ sei. Es geht aber doch gerade darum, welche Summe die Beklagten aufgrund der gegen sie gerichteten Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag an die Kläger letztlich herauszugeben haben und ob sie dabei Abzüge geltend machen können – auch der Tutor leistet ja aus dem von ihm verwalteten Vermögen. Für den Fall, dass anders bewiesen werden kann, dass die *avia* aus *pietas* gehandelt hat, ist es wohl grundsätzlich irrelevant, aus welchem Vermögen *de facto* geleistet wurde.

allerdings erst bewiesen werden (allenfalls im Sinne einer Beweislastumkehr)<sup>33</sup> und ist nicht *a priori* aufgrund verwandtschaftlicher Beziehungen eines bestimmten Grades anzunehmen. Die einfache Formel, die in Zusammenhang mit Fragen des Aufwandersatzes im Rahmen der *negotiorum gestio* so oft zu lesen ist – „kein Ersatz, wenn die Aufwendungen aus sittlicher Pflicht geboten waren“<sup>34</sup> – muss daher, jedenfalls im Bereich von Unterhaltsleistungen, differenziert betrachtet werden; sobald rechtlich durchsetzbare Ansprüche der berechtigten Person vorhanden sind<sup>35</sup>, tritt das Argument der Zuwendung aus pflichtgemäßer, quasi zwingender *pietas* notwendigerweise in den Hintergrund.

Dass freilich nicht alle einschlägigen Quellen diesen Schluss in solcher Deutlichkeit nahe legen, zeigt die Unvorhersehbarkeit der rechtlichen Situation für die konkret leistende Person. Weiters konnte, wenn die Unterhaltshöhe nicht wie im Rahmen der *tutela* durch Dekret festgesetzt war, auch die Unbestimmtheit dessen, was im konkreten Fall als (angemessene) Unterhaltsleistung zu gelten hat und daher vielleicht mit Leistung aus geforderter *pietas* konnotiert würde, zum Problem werden: Im Jahr 227 beantwortet die Kanzlei Kaiser Alexanders die Anfrage einer gewissen Herennia<sup>36</sup>, die Aufwendungen für ihre Kinder getätigten hat und diese nun unter dem Titel der Geschäftsführung ohne Auftrag zurückverlangt. Wir erfahren nicht, wer Herennias Anspruchsgegner ist, denkbar wäre einerseits der Vater der Kinder, wenn sie statt seiner geleistet hat, andererseits aber auch die Kinder selbst. Die Beantwortung von Herennias Anfrage fällt differenziert aus: *alimenta*, die sie *cum id exigente materna pietate* geleistet hat, wird sie nicht qua *negotiorum gestio* erlangen können. Wenn sie aber etwas *utiliter et probabili more* aufgewendet hat, kann sie das zurückfordern<sup>37</sup>. Wenn man mit Seiler<sup>38</sup> die Ansicht vertritt, dass „*cum*“ hier auch konditional verstanden werden kann, trifft das Reskript wiederum die Aussage, dass nur unter dem Beweis der Leistung *materna pietate* und nicht schon durch die Tatsache, dass die Mutter als nächste Verwandte gehandelt hat, ein Regress ausgeschlossen ist. Für die Klägerin unbefriedigend, weil wohl nicht ohne weiteres vorhersehbar, bleibt dann aber die „Zweiteilung“ des Rückforderungsanspruchs nach

33 Vgl zB die Rechtsvermutung mit Beweislastumkehr in § 685 BGB: (1) Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen. (2) Gewähren Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen.

34 Vgl nur KASER, Privatrecht I (1971) 590 Anm 40; R. ZIMMERMANN, Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (1996) 439: „Furthermore, a certain type of amicitia, namely the amicitia paterna or *pietas*, could even have the opposite effect: for the *actio negotiorum gestorum contraria* was taken to be excluded, if the gestor had incurred expenses in the form of maintenance payments in favour of close relatives“.

35 Bzw wie hier, wo der *pupillus* grundsätzlich zur Versorgung aus eigenem Vermögen gehalten ist.

36 C 2.19.11 *Imp. Alexander A. Herenniae. Alimenta quidem, quae filii tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti, (si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderis,) id negotiorum gestorum actione consequi potes* (227).

37 Der Satzteil *si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderis* wird aufgrund eines Vergleichs mit den Basiliken (17.2.11) nach herrschender Ansicht als interpoliert gestrichen (vgl dazu nur SACHERS, Unterhalt (1951) 333f mwN).

38 SEILER, Negotiorum gestio (1968) 44 Anm 38.

bestimmten Leistungsinhalten (*alimenta* auf der einen und (sonstigen?) Aufwendungen, die sie *utiliter et probabili more* getätigt hat, auf der anderen Seite, wo offenbar die Frage nach eventueller Leistung aus *pietas* nicht aufgeworfen wird)<sup>39</sup>.

Auch D 25.3.5.14<sup>40</sup> handelt von einer Mutter, welche ihrem Kind Unterhalt geleistet hat und nun vom Vater Ersatz begehr; sie sei *cum modo*, also in einem gewissen Umfang, zu hören, schreibt Ulpian und zitiert ein Reskript des Marcus Aurelius. Dieser antwortete der Antonia Montana, dass der vom Regressanspruch umfasste Betrag der richterlichen Beurteilung unterliege. Das, was sie *necessario* gewährt hat, wird von dem unterschieden, was sie *exigente materno affectu in filium ... etiamsi a patre suo educaretur* aufgewendet hat. Es gibt also den Vater als primär zur Leistung des notwendigen Unterhalts verpflichtete Person, und in diesem Ausmaß besteht auch Antonia Montanas Anspruch gegen denselben, wenn sie statt seiner tätig geworden ist. Das aber, was über die Verbindlichkeit des Vaters hinausgeht, was sie auch dann geleistet hätte, wenn das Kind *a suo patre educaretur*, wird konsequenterweise als aus mütterlicher Liebe zugewendet betrachtet. Hier wird gemäß den regelmäßigen Folgen der *negotiorum gestio* der Betrag, den eine andere Person zu leisten verpflichtet ist, ersetzt<sup>41</sup>. Dass es die Mutter war, die hier *alimenta* gezahlt hat, scheint irrelevant, ein Ausschluss der Rückforderung aufgrund von *pietas* findet nicht statt.

#### 4. Resümee

Die hier exemplarisch angeführten wären noch durch weitere Texte ergänzbar. Festzustellen ist, dass die Quellen kein einheitliches Bild liefern (jedenfalls im Bereich von Alimentationsleistungen im weiteren Sinn). Der Begriff der *pietas* sowie deren argumentativer Einsatz ist insofern schillernd, als er bezüglich seiner rechtlichen Verbindlichkeit in abgestufter Form in Erscheinung tritt. Es wird unterschieden zwischen bloß aus *pietas* motivierter Leistung und rechtlich relevanter *pietas*, die eine Rückforderung nach erbrachter Leistung jedenfalls ausschließt, wiewohl kein einklagbarer Anspruch besteht. Manchmal wird sie, etwa aufgrund des Leistungsinhaltes oder der Nähe des Verwandtschaftsgrades als gegeben angenommen bzw. vorausgesetzt,

39 Freilich könnte die Anfrage Herennias diese *impensae* näher formuliert haben: gemäß dem in den Basiliken überlieferten Text dürfte es sich um Prozesskosten gehandelt haben. Ein Anspruch auf Rückforderung der von einer Mutter im Zuge einer *accusatio suspecti tutoris* aufgewendeten Prozesskosten wird hingegen in C 2.19.1 kategorisch mit der Begründung, dass sie ein *munus pietatis* erfüllt hätte, verneint: *Imp. Severus et Antoninus AA. Sopatrae. Cum tutores filiorum tuorum suspectos faceres eisdemque tutores seu curatores peteres, munere pietatis fungebaris quae causa non admittit negotiarum gestorum actionem, ut sumptus, quos in ea lite fecisti, repetere possis, cum etiam si quis pro affectione domestica aliquos sumptus fecerit, nulla ratione eos petere potest* (196).

40 D 25.3.5.14 Ulpianus 2 de off cons *Si mater alimenta, quae fecit in filium, a patre repetat, cum modo eam audiendam. ita divus Marcus rescripsit Antoniae Montanae in haec verba sed et quantum tibi alimentorum nomine, quibus necessario filiam tuam exhibuisti, a patre eius praestari oporteat, iudices aestimabunt, nec impetrare debes ea, quae exigente materno affectu in filiam tuam erogatura esses, etiamsi a patre suo educaretur.*

41 Vgl die hier Parallele zum Tutor in D 27.2.2pr Ulpianus 34 ad ed: ... *Nec enim permittendum est tutori tantum reputare quantum dedit, si plus aequo dedit.*

in den meisten Fällen aber unterliegt sie quasi als Tatbestandselement der Beweisführung. Die überlieferten Quellen zeugen auch von einem Zustand, der noch vom Prozess des Übergangs der aus der *patria potestas* abgeleiteten Verbindlichkeit hin zu einer nun auch von einem weiteren Personenkreis geschuldeten, einklagbaren Verpflichtung geprägt ist, somit von einem Prozess der Verrechtlichung von Unterhaltsansprüchen.

---

## Abstract

There is a wide range of Roman-law texts on the duty of support. This obligation may result from family connections, from the relationship between *patronus* and freedman or even from ownership of a slave. A duty of maintenance may be imposed on somebody in a will, it may be linked to the allocation of a marriage portion, it may figure as a secondary obligation in a contract, etc. Accordingly, Roman jurists often comment on aspects of maintenance law, even outside the *sedes materiae* (D 25.3.5 *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis*). They focus on a variety of legal topics, such as inheritance or succession, marriage, or *negotiorum gestio*. In the title *De negotiis gestis* in D 3.5.33 (*Paulus I quaestionum*) a case is reported which includes contradictory statements by the parties as well as exceptionally detailed statements by the jurists: *Avia nepotis sui negotia gessit* – a grandmother was managing her grandson's affairs; both she and the grandson having died, their heirs appeared as plaintiff and defendant. The claims related to the grandmother's maintenance of her grandson, so that defendants and plaintiffs were opponents in an *actio negotiorum gestorum (directa)*. Earlier decisions quoted in this trial and the arguments advanced during the proceedings highlight the juxtaposition between enforceable obligations and the role of conscience where there is a duty of support. In particular, the judicial relevance of *pietas* will be examined in this contribution.