

Josef Partsch *Hrs.*

# Aus nachge- lassenen und kleineren verstreuten Schriften

FREIBURGER  
RECHTSGESCHICHTLICHE ABHANDLUNGEN

I

Die Freiburger Rechtsgeschichtlichen Abhandlungen werden Arbeiten bringen, die im Rechtsgeschichtlichen Institut an der Universität Freiburg im Breisgau entstanden oder sonst mit diesem verbunden sind.

Sie erstreben die gleichmäßige Pflege der antiken und der germanischen Rechtsgeschichte. Wenn an Stelle der bisherigen Trennung beider Gebiete eine möglichst enge Zusammenarbeit tritt, darf eine gegenseitige Befruchtung erhofft werden. Auch entspricht diese Verbindung dem bei der Begründung des Instituts leitenden Gedanken, daß die historisch gegebene Verbundenheit der abendländischen Rechtsentwicklung auch in der wissenschaftlichen Arbeit zum Ausdruck kommen sollte. Aus gleichem Grunde werden die Abhandlungen auch Arbeiten enthalten, die in die Rechtsvergleichung einmünden oder diese auf der Grundlage rechtsgeschichtlicher Forschung zum Ziele haben.

Die Direktoren des Rechtsgeschichtlichen Instituts  
an der Universität Freiburg i. Br.

CLAUDIUS FREIHERR VON SCHWERIN, FRITZ PRINGSHEIM.

FREIBURGER  
RECHTSGESCHICHTLICHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN VOM  
RECHTSGESCHICHTLICHEN INSTITUT AN DER  
UNIVERSITÄT FREIBURG I. BR.

---

I

---

AUS  
NACHGELASSENEN UND KLEINEREN  
VERSTREUTEN SCHRIFTEN

VON

JOSEF PARTSCH



---

SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH 1931

ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG  
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN.

COPYRIGHT 1931 BY SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG  
URSPRÜNGLICH ERSCHIENEN BEI JULIUS SPRINGER IN BERLIN 1931

ISBN 978-3-642-51912-3 ISBN 978-3-642-51974-1 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-642-51974-1

## Vorwort.

Als JOSEF PARTSCH am 30. März 1925 jäh aus dem Leben schied, nahm er zahlreiche literarische Pläne mit sich ins Grab. Viele darunter hatten in seinem stets arbeitenden Kopfe schon feste Gestalt gewonnen; aber völlig druckfertige Manuskripte hat er nicht hinterlassen. Immerhin fanden sich unter seinen Papieren, die von WOLFGANG KUNKEL und ERNST SCHMITZ geordnet wurden, mancherlei, zum Teil umfangreiche, Ausarbeitungen, Zeugnisse der unerhörten Produktivität des genialen Mannes, und einiges darunter schien soweit zur Reife gediehen, daß die Frage nach der Zulässigkeit einer Veröffentlichung aufgeworfen werden durfte. Die Bedenken, die der Bejahung dieser Frage entgegenstanden, konnte sich freilich niemand verhehlen. Die in Betracht kommenden Aufzeichnungen entstammen allergrößtenteils der Zeit vor dem Beginn des Weltkrieges. Während der Dauer des Krieges nahm die Organisierung und Leitung der badischen Gefangenenfürsorge, die PARTSCH auf sich genommen hatte, und daneben noch die Tätigkeit als Hilfsrichter seine Arbeitskraft, so groß sie war, fast ganz in Anspruch, und nach Kriegsende drängten sich neue Aufgaben an ihn heran, denen er sich mit Recht nicht entziehen zu dürfen glaubte, und die ihm nicht die Zeit ließen, an seine älteren Entwürfe die letzte Hand zu legen (s. den Nachruf in der SZ. 45, S. XI f.), namentlich auch nicht, sich mit der inzwischen erwachsenen Literatur auseinanderzusetzen. Dazu kommt, daß PARTSCHS Handschrift und gar seine Stenogramme überall schwer, da und dort überhaupt nicht zu entziffern sind, eine zweifelsfreie Ausfüllung der Lücken aber nicht immer möglich ist. Wenn trotz dieser Bedenken im Einverständnis mit Frau PARTSCH der Entschluß zur Veröffentlichung gefaßt wurde, so war dabei maßgebend die Rücksicht auf die Bedeutung, die PARTSCHS Stellungnahme zu schwierigen Fragen und insbesondere seiner Deutung des Quellenmaterials unter allen Umständen beigemessen werden muß, und die Erwägung, daß in diesen Aufzeichnungen zweifellos wertvolle Gedanken zum Ausdruck kommen, die der Wissenschaft nicht verloren gehen dürfen. Die Verantwortung dafür, daß die Veröffentlichung erfolgt, kann aber in keiner Weise dem hingschiedenen Forscher aufgebürdet werden; sie muß ausschließlich von den Herausgebern getragen werden. Für den Text der einzelnen Stücke stehen die Bearbeiter ein.

Die Veröffentlichung erfolgt in der Gestalt, in der die Aufzeichnungen im Nachlaß vorlagen. Irgendwelche sachliche Ergänzungen oder Nachträge galten den Herausgebern als ausgeschlossen. Nur zur Revision der Zitate und zu formalen Verbesserungen hielten sie sich bei der dem Verstorbenen schuldigen Pietät für berechtigt. Wenn die Lesung des Manuskripts allzu ungewiß blieb, ist ein Fragezeichen gesetzt worden; dieses wie überhaupt alle Zusätze der Herausgeber sind in eckige Klammern gesetzt. Oft ergab sich durch die Hilfe von Frau PARTSCH und Fräulein Dr. BAMBERG schließlich doch noch die Möglichkeit einer Lesung.

An nicht zur Veröffentlichung geeigneten Manuskripten seien hier genannt: eine umfassende, aber unfertige Abhandlung über die byzantinische Willenstheorie, aus der offenbar die Bearbeitungen der *Negotiorum Gestio* und des Scheingeschäfts herausgewachsen sind; die Bonner Antrittsvorlesung über Willenslehre; „Der Einfluß des griechischen Rechtes auf die XII Tafeln“; rechtsvergleichendes Obligationenrecht; ein außergewöhnlich schwer lesbares Manuskript über griechisches Obligationenrecht (um dessen Entzifferung WOLFGANG KUNKEL bemüht bleibt); Sammlungen zur Irrtumslehre, Exegesen und Notizen zum Bürgschaftsrecht und Bemerkungen zu griechischen Quellen.

Als bald nach dem Tode PARTSCHS war der Gedanke aufgetaucht, die Veröffentlichung aus dem Nachlaß im Rahmen einer Sammlung seiner sämtlichen an die verschiedensten Orte verstreuten kleineren Arbeiten erscheinen zu lassen. Bei näherer Überlegung erwies sich dieser Plan als undurchführbar; der dafür erforderliche Kostenaufwand wäre heute unerschwinglich gewesen. Auch mußte für eine so umfassende Sammlung das Bedürfnis verneint werden, da die große Mehrzahl dieser Aufsätze in allgemein, auch bei den Juristen des Auslandes, verbreiteten Zeitschriften erschienen ist. So wurden von vornherein die Veröffentlichungen aus der *SZ.* und dem *Arch. f. Pap. F.* ausgeschlossen, sodann auch die Abhandlung „Der griechisch-römische Einschlag in der Geschichte des Wertpapiers“ (Nr. 20 des Verzeichnisses in *SZ.* 47, 586 ff.). Bei genauer Prüfung konnten einige Besprechungen minder wichtigen Inhalts ausgesondert werden. Als dann die wirtschaftliche Lage weitere Beschränkungen notwendig machte, entschlossen sich die Herausgeber schweren Herzens, die selbständig im Buchhandel erschienenen Schriften (*Papyrusforschung*; *Vom Berufe des römischen Rechtes in der heutigen Universität*: Nr. 41 u. 51 des Verzeichnisses) und den beachtenswerten Aufsatz „Das Griechische in der Schulbildung des Juristen“ (Nr. 22 des Verzeichnisses) fortzulassen. Selbst bei dieser fragmentarischen Auswahl, die leider von einer Herausgabe der Gesammelten Schriften sehr weit entfernt ist, zeigt sich die Fülle und Tiefe des wissenschaftlichen Geistes.

Mit dem Dank an die Bearbeiter, unter die wir auch diejenigen rechnen, deren Mühe nicht zu einer Veröffentlichung geführt hat, verbinden wir den Dank an die Herausgeber und Verleger, die uns die Erlaubnis zum Abdruck der bereits veröffentlichten Schriften erteilt haben.

Der Druck wurde durch Zuschüsse der Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg und der Heidelberger Akademie sowie der Berliner, Bonner und Göttinger Fakultäten ermöglicht. Trotz dieser dankenswerten Hilfe bleibt es ein hoch anzurechnendes Verdienst des Herrn Dr. FERDINAND SPRINGER, den Verlag des Buches in dieser Zeit übernommen zu haben.

Daß dieses Buch als Heft 1 der Freiburger Rechtsgeschichtlichen Abhandlungen erscheint, rechtfertigt sich unter anderem dadurch, daß die Bibliothek von JOSEF PARTSCH den Grundstock des romanistischen Teils der Bücherei des Rechtsgeschichtlichen Instituts an der Universität Freiburg bildet, das Institut sich also mit ihm besonders eng verbunden fühlt.

Das Register hat Herr Referendar WIEACKER angefertigt.

Freiburg i. Br., Juni 1931.

OTTO LENEL, FRITZ PRINGSHEIM.

# Inhaltsverzeichnis.

Seite

## I. Nachgelassene Schriften.

1. Bericht über ein Ms. „Der römische Kognitionsprozeß“. Bearbeiter  
LEOPOLD WENGER, München . . . . . 1
2. Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte.  
Bearbeiter: ERICH-HANS KADEN, Genf . . . . . 3
3. Studien zur Negotiorum gestio II. Bearbeiter: ERNST LEVY, Heidelberg 96
4. Die griechische Kultur in Ägypten. Bearbeiter: ULRICH WILCKEN,  
Berlin . . . . . 105
5. Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte II. Bearbeiter:  
FRITZ PRINGSHEIM, Freiburg i. Br. . . . . 122

## II. Verstreute kleinere Schriften.

1. Besprechung BINDER, Die Plebs. (DLZ 1909) . . . . . 133
  2. Römisches u. griechisches Recht in PLAUTUS' Persa. (ZKIPH 1910) 141
  3. Besprechung LIPSIVS, Zum Recht von Gortyns. (DLZ 1910) . . . 157
  4. Besprechung PREISIGKE, Girowesen. (GGA 1910) . . . . . 159
  5. Neue Urkunden zum justinianischen Reskriptenprozesse (NGGW 1911) 194
  6. Besprechung MASPÉRO, Catalogue g<sup>én</sup>. des ant. du mus. du Caire  
(GGA 1911) . . . . . 243
  7. Besprechung GELZER, Stud. zur byz. Verwaltung Ägyptens. (GGA 1911) 257
  8. Besprechung PAPPULIAS, Arrha (GGA 1911) . . . . . 262
  9. Besprechung ROSTOWZEW, Stud. zur Gesch. des röm. Kolonats (DLZ  
1911). . . . . 281
  10. Besprechung LEWALD, Zur Personalexekution i. R. der Papyri (BPh  
1911). . . . . 285
  11. Die Demotischen Papyri Hauswaldt, Rechtsgeschichtlicher Beitrag  
(1913) . . . . . 287
  12. Besprechung KOSCHAKER, Babyl.-assyr. Bürgschaftsrecht (GGA 1913) 310
  13. Besprechung Byz. Papyri München (GGA 1915) . . . . . 334
  14. Der griechische Gedanke in der Rechtswissenschaft. . . . . 346
- Quellenverzeichnis . . . . . 353

Erster Teil.

# Nachgelassene Schriften.

## I. Bericht über ein Manuskript „Der römische Kognitionsprozeß“.

In der Hauptsache wohl aus der Zeit vor 1912.

LEOPOLD WENGER.

Eine Reihe loser Bogen mit Notizen stellt, wie der Umschlag besagt, Vorarbeiten von JOSEPH PARTSCH zu einer Darstellung des römischen Kognitionsprozesses dar: „Römischer Kognitionsprozeß“ heißt die Aufschrift. Wie die Aufzeichnungen zeigen, waren es in erster Linie die Papyri, die zur Arbeit den Anstoß gaben. Aber die Aufzeichnungen reichen weit zurück und dürften den Verfasser in den letzten Jahren vor seinem Tode kaum mehr beschäftigt haben. Sind doch die Papyri auch dort, wo sie in MITTEIS Chrestomathie (1912) Aufnahme gefunden haben, noch nach den früheren Lesungen aufgezeichnet: zum Teil ganz umfangreiche Stücke, zum Teil gerade verwendbare Teilzitate.

Die Arbeit ist auch nicht in ihren Fragmenten irgendwo zum Abschluß gekommen, wenngleich der ganze Plan einigermaßen aus Überschriften und Zusammenfassungen ersichtlich ist. Zunächst sollte wohl von den Prozeßordnungen, sodann vom Verfahren gehandelt werden. Vermutlich sollte sich dazwischen die Lehre von der Gerichtsverfassung schieben, doch fehlt es noch an zusammenfassender Aufzeichnung zu jedem Kapitel dieser Darstellung.

Von einzelnen Abschnitten lassen sich erkennen: Die wohl sehr interessierende Frage der Prozeßeinleitung (Vadimonium, Kautionen). Erörtert wird sodann vorneweg „die Aussetzung des Prozesses wegen zu betreibender Strafverfolgung“, sie „soll beschränkt werden“. Die Notiz knüpft, wie auch sonst in den noch so kasuistisch gehaltenen Vorarbeiten, an einen Einzelfall an: Oxy. II 237 (petition of Dionysia) VIII 8ff., das Edikt des Valerius Eudaimon gegen Versuche der Schuldner, Gläubiger mit Androhung von Strafklagen einzuschüchtern. Dieses Edikt ist in der Literatur gegenüber der bekannten „Grundbuchordnung“ zu kurz gekommen. PARTSCH schließt seine Überlegung: „Betreffend die Aussetzung des Prozesses ist zu bemerken, daß der Prozeß sicherlich ausgesetzt werden *mußte* für eine Strafklage, nicht bloß *konnte*: sonst hätte ja die Anweisung an die Richter genügt!“

Und zur Quellenlehre wird gelegentlich hier beigelegt: „Dabei wichtig: Ungerügte und sogar beispieldmäßig angeführte Berufung auf das Edikt eines früheren Präfekten vor dem jetzigen!“<sup>1</sup> Im Zusammenhange mit den Vorschriften gegen Schuldnermachinationen wird auch auf Fay. 21 gegen den Gläubigerverzug hingewiesen.

Gelegentliche Bemerkungen streifen die Prozeßvertretung; andere betreffen das bekannte Gegenspiel von Prozeßprogramm und Formel; andere Marginalentscheidung und Reskript; wieder andere das Beweisrecht; sodann die schwankende Urteilsterminologie; die Vollstreckung in der *extraordinaria cognitio* und die *καθάπερ*-Texte. Aber noch ist alles in wenige Schlagworte gefaßt und der rastlose schaffende Geist springt von einem zum anderen und überläßt das Ganze späterer Endredaktion.

Neben dem Zivilprozeß hat der Strafprozeß anscheinend besonders den Verf. interessiert. Ein Paragraph — mit leider nicht überall erkennbaren Inhaltsangaben — sollte davon handeln. Aus den Papyri wird an anderer Stelle Lond. II 359 (p. 150) genannt, und da stehen die Schlagwörter „Delatorenverfahren“, „Fiskalprozeß“ — in der Ausgabe heißt es: „the context is not sufficient to make its exact purport clear, and mere conjecture would hardly be profitable“. PARTSCH hat wohl das Entscheidende gesehen. Auch Lond. II 354 (p. 163ss.) ist abgeschrieben und sollte behandelt werden.

Auch an gelegentlichen glücklichen Ergänzungen fehlt es nicht in diesen abrupten Blättern. So hat PARTSCH Teb. 434 (= MITTEIS, Chrest. 51) mit rascher Eingebung schon [δια]στολήν in seiner nach der Tebtynisausgabe gegebenen Abschrift ergänzt. BGU IV 1042, 5f. ist ἀπηνάγκαζε zweifellos richtig aus α[.]η[.]αζε ergänzt. Ich habe in meinem Handexemplar auch ἡνάγκασε notiert gefunden, glaube aber nicht, daß diese Ergänzung schon wo publiziert worden ist; bei PREISIGKE wenigstens steht sie nicht verzeichnet. Zu Fir. 36 (= MITTEIS, Chrest. 64) reichen über diese Ausgabe und über die Berichtigungsliste hinaus die einleuchtenden Ergänzungen: Z. 11 κατὰ νόμον oder, wenn das für die Lücke zu wenig: ἦδη ἐνόμως γ[ε]γεννημένον (sc. γάμον) und ebenso wohl auch, wenngleich nicht die Lücke ganz ausfüllend ἐξωδία]σα in Z. 21. Natürlich ist anderes in zwischen überholt. Endlich ist von Lond. II 354, 10f. (p. 164s.), einem sehr schlecht erhaltenen (vgl. seither PREISIGKE, Berichtigungsliste p. 256), aber für den Strafprozeß beachtlichen Texte in PARTSCHS Notizen, wie bemerkt, eine Abschrift erhalten, in der er Z. 14 [ἐναπο- λυθῆναι] und Z. 24 [ἀπολυ]σάμενον ergänzt, zweifelnd Z. 10f. [..δο]λο[φονίαν] einsetzt.

<sup>1</sup> Vgl. seither zur Frage Wilcken, S. Z. 42 (1921) 124ff.

## 2. Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte.

Es lagen zwei Manuskripte vor, die hier zusammengefügt worden sind, da sie sich ergänzen. Sie stammen aus den Jahren 1912—1913; denn einerseits sind PETERS Generelle Aktionen benutzt, andererseits nicht dessen Digestenkommentare; auch war die Gioconda noch nicht wieder aufgefunden (S. 44); schließlich ist S. Z. 33 (1912) zitiert (A. 126). Daß die Studien zur *Negotiorum gestio I* zwar nicht zitiert werden, aber doch offenbar als Ergänzung vorschweben, mag daran liegen, daß diese damals zwar noch nicht gedruckt, aber wohl schon zum Drucke vorbereitet waren.

ERICH-HANS KADEN.

### I. Teil.

#### Das Dogma des Synallagma bei den Klassikern und den Byzantinern.

##### § 1.

Als Hinterlassenschaft des Pandektenrechts ist unserem modernen deutschen Zivilrecht und den anderen mit dem Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts zusammenhängenden nationalen Rechtsbildungen der Gedanke verblieben, daß bei dem gegenseitigen Schuldvertrage notwendig ein engerer Zusammenhang zwischen dem Recht auf Leistung und dem Recht auf die Gegenleistung besteht, als er bei den anderen Schuldverträgen, bei denen Recht und Gegenrecht sich gegenüberstehen können, vorliegt. Bei dem obligatorischen Kaufvertrag, bei der Miete, dem Werkvertrag, dem Gesellschaftsvertrag und anderen in der modernen Rechtsentwicklung ähnlich gebildeten Geschäften sollen die Verpflichtungen der beiden Vertragsparteien dergestalt zusammenhängen, daß der eine Teil die ihm zustehende Leistung nicht erzwingen kann ohne Rücksicht darauf, ob er seinerseits leistet. Diese Lehre hat seit der Postglossatorenzeit zwei Auffassungen gefunden. Sie haben sich lange mit den üblichen Argumenten juristischer Scholastik bekämpft. Eine romanistisch-puristische Strömung, die ältere Lehre, nahm im Anschluß an gewisse Entscheidungen der justinianischen Quellen an, daß der Käufer den Leistungsanspruch nicht geltend machen könne,

ohne seinerseits die Behauptung in der Klage aufzustellen, daß er die Zahlung des Preises erbracht habe oder sie mindestens bei der gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruches anbiete. Es war der Rechtszustand der Byzantiner wie der Glossatoren, der von jeder an die Quellen des römischen Rechts sich bindenden Rechtslehre immer wieder neu begründet worden ist. Schon BARTOLUS<sup>1</sup> lehrte: „*ex contractu ultro citroque obligatorio non potest effectualiter agi, nisi ab eo, qui totum contractum ex parte sua impleverit.*“ Die elegante Jurisprudenz wie die großen Dogmatiker unter den Humanisten<sup>2</sup> haben diesen Standpunkt verfochten, ihre Nachfolger gewannen noch im 18. Jahrhundert vielfach Einfluß auf die Gesetzgebung, und F. L. KELLER hat in seinem noch heute anerkannten Aufsatz von 1860<sup>3</sup> diese Lehre zur herrschenden für die letzten Jahrzehnte der Quellenforschung am römischen Recht gemacht.

Mit praktischen Erwägungen, mit dem Gewicht der Lebenserfahrung, welche das Rechtsleben gab, und doch auch mit Hinweisen auf die römischen Quellen ist seit dem 14. Jahrhundert die andere Lehre verteidigt worden. Nach dieser sollte beim gegenseitigen Vertrag die Nichterbringung der Gegenleistung nur insoweit in Betracht kommen, als dem Schuldner, von dem Leistung verlangt wird, die Gegenleistung verweigert wird.

Die Lehre von der *exceptio non secuti implementi* oder *non adimpleti contractus*, die heute in § 320 BGB. das moderne deutsche Rechtsleben beherrscht, trug dem Dogma vom Zusammenhang der beiden Obligationen im gegenseitigen Vertrag wenigstens dadurch Rechnung, daß sie dem Schuldner, der die Leistung bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Gegenleistung verweigert, in dieser Einrede ein Kampfmittel an die Hand gab, mit dem er die Gegenleistung erzwingen kann. Ohne daß der Leistung verlangende Gläubiger dem Schuldner die Einrede, wie sonst das allgemeine Zurückbehaltungsrecht, durch Kautionsentwinden kann, muß er die Gegenleistung erbringen, wenn er selbst Leistung erzwingen will. Eine Milderung dieses starren Systems, das in der Leistungsweigerung wegen nicht oder nicht vollständig erbrachter Gegenleistung dem Schuldner ein gefährliches Mittel zur Verschleppung und Abschüttelung seiner Leistungspflicht in die Hand gibt, ist nur im Abs. 2 des § 320 geboten:

„Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen,

<sup>1</sup> *super Dig. 19, 1, 13, 8.*

<sup>2</sup> Vgl. BRISSONIUS, *de verborum significatione*, s. v. *synallagma*; CUJACIUS, ed. Neap. VIII, 323; DONELLUS, *Comm. de iur. civ. lib. XIII, cap. 5* (ed. Hanoviae 1612, S. 635a, 68); STRUVE, *syntagma iur. civ. Exerc. 24 c. 112.*

<sup>3</sup> KELLER in BEKKERS u. MUTHERS *Jahrb. 4* (1860), 337ff.

insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde<sup>4</sup>."

<sup>4</sup> Die replicatio doli, welche mit dieser Bestimmung nach dem Vorbilde der preußischen und der gemeinrechtlichen Praxis (für letztere vgl. ANDRÉ, Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht, Leipzig 1890, S. 137ff.) dem Kläger gegeben wird, ist seither von der Praxis mannigfach nach andern Richtungen erwogen worden. Insbesondere ist für die Anwendung auf das Sukzessivlieferungsgeschäft in der Praxis des 2. Zivilsenates des Reichsgerichts öfters der Gedanke hervorgetreten, der entsprechend schon bei der Behandlung der Leistungsweigerung des einen Teils im römischen bonae fidei iudicium der klassischen Zeit maßgeblich gewesen zu sein scheint: es gelte für § 320 der allgemeine Grundsatz, daß nicht die Vertragsverletzung des einen Vertrags-teiles — sie möge noch so unbedeutend sein — den andern Teil berechtige, seine weit größeren fälligen Leistungen zurückzuhalten, daß vielmehr schlechthin die Einwendung des nicht erfüllten Vertrages abzusprechen sei, wenn nur ein unverhältnismäßig kleiner Teil der Gegenleistung im Rückstande ist [?]. Das nähme dem Schuldner allerdings die Sicherheit, die § 320 gewähren will. Gäbe aber bei dringendem Interesse des Gläubigers an sofortiger Lieferung die Praxis diese Sicherheitsleistung zur Abwendung der Einrede des nichterfüllten Vertrages anheim, so widerspräche dies sicherlich auch nicht dem Wortlaut des § 320. Denn der schließt ja die Sicherheitsleistung nur insoweit aus, als sie bei dem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 statthaft wäre: d. h. als Maßregel, die in allen Fällen der Einrede des nichterfüllten Vertrages geeignet ist, das Leistungsverweigerungsrecht zu beseitigen. — Es kann hier nicht der Ort sein, diesen Gedanken über die Verwertung einer replicatio doli zur Durchbrechung des bisher herrschenden Dogmas von der strengen gegenseitigen Abhängigkeit der Leistungen im gegenseitigen Vertrage allseitig fürs moderne bürgerliche Recht zu erwägen. Daß gewisse praktische Bedenken gegen eine solche Schwächung des Einredeschutzes des Schuldners aus der Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrages geltend gemacht werden können, liegt auf der Hand. Es ist sicherlich nicht ungefährlich, Regeln, die ihren Wert in der Einfachheit ihrer Handhabung im geschäftlichen Leben haben sollen, zu komplizieren. Schon nach dem jetzigen Stande der Praxis ist es nicht bequem, daß der Schuldner, der die Leistung wegen Nichterfüllung der Gegenleistung verweigern will, sich heute die Frage vorlegen muß, ob die Gegenleistung, die er erzwingen will, nicht verhältnismäßig geringfügig neben dem Erfüllungsinteresse des Gläubigers erscheint, das er durch seine Weigerung gefährdet. Diese Frage, die für den Juristen meist einfach liegt, kann für die Auffassung des Geschäftsmannes so schwierig werden, daß es dem Juristen unmöglich wird, noch vom dolus dessen zu sprechen, der eine große Leistung zur Erzwingung einer verhältnismäßig geringfügigen Gegenleistung einbehält. Wer nur auf das Wertverhältnis der beiden im Synallagma stehenden Leistungen abstellt, kommt in Gefahr, eine Leistungsweigerung als gegen Treu und Glauben geschehen zu erklären, obwohl „die Umstände“, etwa die Zwangslage durch Bindung an die Preise eines Verkäuferverbandes oder die Rücksicht auf die Kundschaft Dritter dem Schuldner, der die Leistung weigert, dieses Verfahren zur Pflicht machen können. — Soll nun auch noch die Frage, ob der Schuldner berechtigt oder unberechtigt die Leistung verweigert, von Tatsachen abhängig gemacht werden, die in der Person des Gläubigers eintreten und für den Schuldner unerkennbar sein können? Wahrscheinlich trifft dieses Bedenken nicht, denn der Gläubiger wird nur im Falle, wo er der Leistung dringend bedarf, bereit sein, unter Vorbehalt zu zahlen oder Sicherheit zu leisten. — Ein anderes Bedenken könnte sich aus dem Verhältnis der Einrede des nichterfüllten Vertrages zum Verzug ergeben.

Es verlohnt sich zu fragen, woher die Anschauung uns überkam, daß bei dem gegenseitigen Verträge eine solche notwendige Verkettung von Leistung und Gegenleistung vorliegt, die es ausschließt, daß die Leistung ohne Rücksicht auf die Bewirkung der Gegenleistung erzwungen wird. Denn gewisse Tatsachen unserer modernsten Rechts- erfahrung könnten sehr wohl auf die Frage hinleiten, ob es sich nicht vielleicht bei diesem Dogma des Synallagma bei dem gegenseitigen Verträge um eines jener Vorurteile handelt, mit welchen die eingewurzelte Lehre der Rechtswissenschaft und die Theorie moderner Gesetzgebung den heutigen Richter belaste<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> § 320 BGB. erweist sich im Rechtsleben als wenig praktisch. An Stelle einer biegsamen Regel, die es uns gestattet, den Schuldner zu schützen und doch dem Gläubiger eine möglichst schnelle Befriedigung seines Rechts auf Leistung zu sichern, haben wir heut im § 320 zunächst eine starre Vorschrift. Überall dort, wo ein fauler Käufer es aus irgendeinem Grunde unbequem findet zu zahlen, versucht er die Einrede zu begründen, daß ihm noch nicht erfüllt sei. Wer der Gattung nach im Kaufvertrag bestimmte Sachen zu erhalten hatte, behauptet, wenn der Verkäufer die Zahlung des Preises verlangt, frechweg, die Ware sei nicht vertragsgemäß gewesen. Es würde zu weit führen, hier die Fälle aufzuzählen, in denen das Dogma vom synallagmatischen Verträge in der modernen Praxis Schwierigkeiten macht. Hier nur eins. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages ist dort besonders drückend, wo der Gläubiger, der Erfüllung verlangt, bestreitet, soviel schuldig zu sein, wie der Schuldner plötzlich als Gegenleistung verlangt. Ein Fall: Da ist für einen Kranken durch einen Vertreter eine Bandage bestellt worden, die der Bandagist herzustellen hat. Der Vertreter hat keinen Preis vereinbart, da ihm das Geschäft als bekannt solid gerühmt wurde. Als die Bandage abgeholt werden soll, fordert der Bandagist einen Preis, den der Besteller mit Recht als exorbitant ansehen kann. Der Besteller erbietet sich, Sicherheit zu leisten und will nur die prozessuale Entscheidung über den Betrag abwarten, den er als angemessenen Preis zu zahlen hat. Der Bandagist verweigert die Annahme der Sicherheit, verlangt sofortige Zahlung. Und er ist im Recht, weil ein Jurist hier keinen Zweifel haben darf, daß ein synallagmatischer Vertrag vorliegt und der Bandagist hier die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 hat. Auch das Grundstücksrecht kennt ähnliche Fälle, in denen die Anwendung des starren Dogmas des Synallagmas heute schon als unbillige Härte empfunden werden muß. Aus einem Grundstücksverkauf verlangt der Verkäufer, daß der Käufer seiner Verpflichtung, die Auflassung des Grundstücks entgegenzunehmen, nachkomme. Der Käufer verweigert dies, da der Verkäufer der ihm vertraglich obliegenden Verpflichtung, bestimmte Eintragungen in Abteilung II und III des Grundbuchs, also über Rechte Dritter und Belastungen des Grundstücks, zu beseitigen, nicht nachgekommen ist, obgleich es sich um Eintragungen handelt, die materiell ohne Grundlage sind. Im Prozesse kann hier die Einrede unbedenklich sein, etwa wenn der Käufer als Grundstücksverkäufer eine erhebliche Erschwerung für die Verwertung des erworbenen Grundstücks gehabt hätte (vgl. die Entscheidung des II. Zivilsenats v. 17. 11. 1908 Recht 1909 n. 222). Aber ebenso kann die Versagung der Einrede dringendes Bedürfnis werden, wenn z. B. eine Löschungsbewilligung eines nach Grundbuchstand Berechtigten wegen dessen dauernder Abwesenheit nicht zu erzielen ist und der Verkäufer Sicherheit dafür anbietet, daß der Käufer keinen Schaden aus dem Bestehenbleiben des Vermerks haben werde. In diesen und anderen Fällen ist das juristische Dogma des Synallagma

Daneben verlohnt es sich, die Bedeutung der Lehre vom Synallagma auch für das römische Recht erneut zu durchdenken. Denn durch BECHMANN'S grundlegende Darstellung des Kaufs nach römischem und gemeinem Rechte ist manche Vorstellung auf dem Wege, zu dauernder Geltung zu gelangen, die als unrömisch erkannt werden muß, und uns heute den Weg zu den praktischen Entscheidungen der großen Klassiker versperrt. Die Frage muß hier zunächst lauten: kennen die römischen Juristen die Vorstellung, daß bei dem gegenseitigen Verträge zwei Verpflichtungen im Austauschverhältnis zueinander stehen, dergestalt, daß die Erzwingung der einen im funktionellen Synallagma mit der Gegenleistung verbunden ist? — Die herrschende Lehre sieht diese Vorstellung heut in der *ultra citroque obligatio*, die bei Kauf, Miete, Gesellschaftsvertrag als *συνάλλαγμα* aufgefaßt zu sein scheint. Was bedeutet für den römischen Klassiker diese Denkform?

## § 2.

Bis in die modernste deutsche Literatur hinein ist der Gedanke vertreten, daß die Römer von jeher ebenso mit dem Dogma der gegenseitigen Abhängigkeit der beiden Ansprüche aus dem gegenseitigen Verträge gearbeitet hätten wie wir selbst im 19. Jahrhundert. Das *συνάλλαγμα* bedeute für die römischen Quellen die funktionelle Abhängigkeit der beiden Leistungen. Und das älteste römische Kaufgeschäft in Gestalt des Konsensualvertrages mag sich mancher nicht vorstellen ohne dieses Synallagma der beiden Leistungen, das dem Verkäufer erst dann den Anspruch auf Preiszahlung gewährt, wenn er die Lieferung vollzogen oder mindestens angeboten hat. Es ist herrschende Lehre, daß die Römer selbst mit dem griechischen Worte *συνάλλαγμα* diesen Gedanken verbanden<sup>6</sup>. Man versucht manchmal eine

drückend, und es muß auf dem Boden des modernen Gesetzbuchs ein besserer Weg gefunden werden. Das ist auch m. E. möglich, und die moderne Praxis bietet bei näherer Untersuchung schon gewisse Ansätze, an welche ein praktischer Lösungsversuch anknüpfen kann. Jeder Versuch, den § 320 so auszulegen, daß er keine Schwierigkeiten für die Lösung macht, muß aber notwendig an dem ganzen Dogma des Synallagma rütteln. Damit ist aber für eine vorsichtige Jurisprudenz die geschichtliche Fragestellung wichtig: wie sind wir eigentlich geschichtlich auf diese Vorstellung vom gegenseitigen Verträge gekommen? Daneben werden wir die andere Frage stellen: wie haben denn die Rechte, auf Grund von deren Praxis wir zu unserem Dogma vom Synallagma gekommen sind, den praktischen Fall behandelt, um den es sich bei der sog. Einrede des nichterfüllten Vertrages handelt? Beide Fragen sind zunächst nach römischem Recht zu erledigen. Denn aus den Quellen des römischen Rechts hat sich das ganze Dogma vom Synallagma gebildet, und andererseits haben praktische Entscheidungen des römischen Obligationenrechts unseren heutigen Rechtszustand mitbestimmt.

<sup>6</sup> GIRARD, Manuel<sup>5</sup> 439. 534. KNIEP, Praescriptio und pactum 68ff, 83. FERRINI, Pandette<sup>2</sup> n. 521, p. 656.

Übersetzung des *συνάλλαγμα* und übersetzt es falsch mit „Austausch“. Gegenüber dieser Anschauung wird man sich jedoch bewußt sein, daß die ältere Rechtslehre, die großen Humanisten (die wirklich Griechisch konnten) mit einbegriffen, von der besonderen Beziehung des *συνάλλαγμα* oder der *ultra citroque obligatio* auf die gegenseitigen Verträge nichts gewußt haben. BRISSONIUS<sup>7</sup> definiert: v. *synallagma*: „*Graecis negotium gestum et ultra citroque obligationem*“. Und die *ultra citroque obligatio* bezieht sich hier nicht auf die gegenseitigen Verträge, sondern auf die Kategorie der *obligationes bilaterales*. Es sieht so aus, als wäre die ganze Kategorie der *contractus bilaterales* nur als Übersetzung des *συνάλλαγμα* in D. 50. 16. 19 entstanden. Alle zweiseitigen Verträge gehören hierher, auch die Sachleihe, die Verwahrung, das Mandat, der *contractus pignoratiticius*. Während die Glosse noch in genauem Anschluß an den Text von D. 50. 16. 19 als „eigentliche *contractus*“ (*proprii contractus*<sup>8</sup>) nur die *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* aufzählt, hat CUIACIUS dieselbe Lehre, wie schon die Byzantiner unter JUSTINIAN<sup>9</sup>: „*contractus sunt qui ut Graeci loquuntur sunt δίπλευρον, id est qui ex utraque parte, ex utroque latere obligant, qui et συναλλάγματα dicuntur, e quibus mutuales obligationes ultra citroque nascuntur, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, depositum.*“ Dabei findet der Gedanke an eine besondere Kategorie der gegenseitigen Verträge keinen Anhalt. Die Römer wußten nichts vom *συνάλλαγμα* als einer Bezeichnung des gegenseitigen Vertrags. Ja, sie kannten gar nicht die besondere Denkform des gegenseitigen Vertrages, soweit das Material bei JUSTINIAN urteilen läßt. Denn *ultra citroque obligatio* heißt nicht der gegenseitige Schuldvertrag.

Den klassischen römischen Juristen lag es fern, mit dem griechischen Wort *συνάλλαγμα* einen anderen Begriff als den des Vertrages zu verbinden. Diese von PERNICE schon gemachte Feststellung<sup>10</sup>, die allerdings vielmehr an die griechische Wortbedeutung als an die römische Jurisprudenz anknüpft, muß heute erneut besprochen werden, nicht nur weil sie erst als richtig zu erweisen ist und die modernste Literatur

<sup>7</sup> De verborum significatione v. *synallagma*.

<sup>8</sup> Vgl. BARTOLUS ad. Dig. 50. 16. 19.

<sup>9</sup> CUIACIUS ed. Neap. VIII 323. Für die Byzantiner vgl. unten § 3. In der modernen Rechtslehre wirkt dieser Begriff noch in Frankreich nach. Die von der französischen eleganten Jurisprudenz und von der romanistischen Forschung in deutscher Sprache gebildeten französischen Romanisten kennen die „*contrats synallagmatiques parfaits*“ (d. h. die gegenseitigen Verträge) und „*synallagmatiques imparfaits*“ (die unvollkommen zweiseitigen Verträge), vgl. GIRARD, Manuel<sup>5</sup> 534.

<sup>10</sup> SZ. 9 (1888), 249. Aber im Widerspruch dazu der Text S. 252, 255f.

hier immer noch zum Widerspruch herausfordert<sup>11</sup>, sondern auch weil neuerdings eine kühne Hypothese<sup>12</sup> auftritt, daß vielleicht die Klassiker nicht einmal das Wort *συνάλλαγμα* in ihren juristischen Darstellungen an den Stellen verwendet hätten, an denen es in der Fragmentensammlung der Digesten erscheint.

Zunächst die Stelle aus ULPIAN'S Referat über LABEOS Definition des *actum contractum gestum* in den prätorischen Restitutionsedikten D. 50. 16. 19. Daß die Stelle zu einem bestimmten Edikt gehöre, ist nicht erweislich<sup>13</sup>. In Betracht kommen könnte ja das Edikt über die *actio quod metus causa*, die *actio de dolo*, das Restitutionsedikt für den Minderjährigen, das Edikt *de capite minutis*. Nirgends stehen, soweit die Überlieferung erkennen läßt, die drei Begriffe *actum contractum gestum* im julianischen Edikte zusammen. Aber sie kommen alle bei den einzelnen Ediktstiteln vor. Vielleicht war es eine allgemeine Erläuterung LABEOS zum Begriff der Rechtsgeschäfte, welche hier im Edikt bei den einzelnen Restitutionsverheißungen in Betracht kamen<sup>14</sup>. — Es verlohnt sich nicht, darüber Erwägungen anzustellen, da ja gar nicht sicher ist, daß LABEO nur die überlieferten Ediktstexte vorfand<sup>14</sup>, und andererseits, daß er die Erläuterung bei demselben Edikte gab wie ULPIAN. D. 50. 16. 19:

ULPIANUS libro undecimo ad edictum. LABEO libro primo (ad edictum)<sup>15</sup> praetoris urbani definit, quod<sup>16</sup> quaedam „agantur“, quaedam „gerantur“, quaedam „contrahantur“: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re (sive litteris)<sup>17</sup> quid agatur, [ut in stipulatione vel numeratione?]<sup>18</sup>; contractum autem ultro citroque [obligationem] (aut verbis quibuscumque aut per scripturam aut per mentium consensu factum,) quod Graeci *συνάλλαγμα*

<sup>11</sup> Vgl. HAYMANN, Schenkung unter Auflage, S. 9; OERTMANN, Entgeltliche Rechtsgeschäfte, München 1912, S. 6.

<sup>12</sup> BESELER, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, 2, 158.

<sup>13</sup> JACOBUS LABITTUS bei CUIACIUS, ad Tit. de minor. XXV annis (ed. Neap. I 992) zog sie zum Edikt über die Restitution des minor; LENEL, Ed.<sup>2</sup> 108 n. 4 zum Edikt *quod metus causa* (ULP. 372); MITTEIS, Röm. Priv. Recht I, 145 äußert keine Meinung über die Veranlassung der LABEOSchen Erörterung.

<sup>14</sup> CICERO hat das *gessit contraxit* als feste Verbindung, während in den überlieferten Restitutionsedikten julianischer Redaktion die beiden Worte nicht zusammenstehen, vgl. CICERO pro Rab. Post. 2, 4: *multa gessit multa contraxit. pro Quinct. 3, 11: quemadmodum res gesta et contracta sit . . .*

<sup>15</sup> ins. MOMMSEN.

<sup>16</sup> „definire quod“ findet sich nur hier beim juristischen Klassiker „in dem Sinne erklären, daß etwas sei“. BAS. 2, 2, 17 übersetzt *δρίζεται, ὅτι*. Hätte der Klassiker sagen wollen: LABEO definiert die Tatsache, daß gewisse Handlungen aguntur, so wäre der Indikativ das Korrekte.

<sup>17</sup> Der Literalkontrakt hat doch bei den „acta“ in der Aufzählung des LABEO nicht gefehlt.

<sup>18</sup> ut in — numeratione ist vielleicht verdächtig, da für den Klassiker die *numeratio* kein technischer Ausdruck für ein Geschäft ist.

vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.

In der Stelle ist TRIBONIANS Hand unverkennbar<sup>19</sup>. Schon daß die Aufzählung agantur gerantur contrahantur nicht die Reihenfolge der Begriffserklärungen bestimmt, während gestum contractum für LABEO und sichtlich auch für seine Zeit<sup>20</sup> die feste Reihenfolge der Begriffe war, ist seltsam. Während man für die Definitionen des gestum und des actum über die Feststellung kaum hinauskommen wird, daß sie wahrscheinlich stark verändert sind<sup>21</sup>, kann man m. E. mehr für die Erklärung des contractum erkennen. Wahrscheinlich ist das Wort obligationem interpoliert. Man beachte den Satzbau: actum . . . generale verbum esse . . . . . gestum rem significare . . . factam. Zwischen den Definitionen steht seltsam das Mittelstück „contractum autem ultro citroque obligationem“; statt der Worterklärung wird ein angebliches Charakteristikum des Kontraktbegriffes hervorgehoben, und grammatisch geschieht das in wenig korrekter Weise, indem das Verbum wohl aus dem folgenden zu ergänzen ist. Ursprünglich ging hier eben vielleicht das „gestum rem significare . . .“ voraus! —

Schlimm ist der sprachliche und sachliche Anstand bei dem ultro citroque obligationem. Ἡ ἐξ ἐκατέρου ἐροχῆ übersetzte JUSTINIANS Zeitgenosse DOROTHEUS<sup>22</sup> und aus der Übersetzung klingt dieselbe

<sup>19</sup> Ältere Versuche des gestum zur Kritik scheinen nach Ausweis des Leipziger Index nicht vorzuliegen (PETERS).

<sup>20</sup> s. Anm. 14.

<sup>21</sup> Die Beispiele des actum, das sich doch wohl auf die actus legitimi bezog, sind justinianisch (vgl. oben Anm. 18). Gestum ist für den Klassiker sicher nicht ein Begriff, der neben den acta (Geschäften mit ziviler Form wie mancipatio, in iure cessio, stipulatio, sponsio, acceptilatio, Literalkontrakt, litiscontestatio usw.) und dem contractum als dritte Gruppe stand, sondern das gestum ist anscheinend ein weiterer Begriff, in dem die Kontrakte mitbegriffen sind. Das ist schon für das ältere Ediktsrecht klar, wo das gerere sowohl auf Grund des Kontrakts wie auf Grund der Tutel vorliegen kann, vgl. frag. Atestin. lin. 11. Im julianischen Ediktstext sind dafür beweisend: die Kommentare zum Ediktum de negotiis gestis; das edictum de eo quod metus causa gestum erit und dazu D. 4, 2, 9, 2. 3. 4. 5 im Kommentar. Mit aller Deutlichkeit steht im Kommentar de minor. ULP. 11 ad ed. „gestum sic accipimus qualiterqualiter sive contractus (Haloander scr. contractum) sit sive quid aliud contigit“ (D. 4. 4. 7 pr.). Dazu fr. 7, 1. 3. 4. 5. 7. Im Edikt zur a<sup>o</sup> de peculio selbst steht; „quod cum eo qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit“; denn Pekuliarklagen sind auch andere als Kontraktsklagen, wie die condictio furtiva, die actio rerum amotarum, die actio subsidiaria gegen den Munizipalmagistrat. Aber im Edikt gegen den emancipatus sive exheredatus ist als Tatbestand der actio de peculio in id quod facere potest eben nur die Kontraktsklage genannt, und schon die Anwendung auf den Prozeßvertrag durch litiscontestatio erscheint hier als eine Entscheidung aus der Analogie, die nur von der Jurisprudenz gefunden wird (D. 14. 5. 5 pr. Paul. XXX ad ed.: actio . . . danda est!).

<sup>22</sup> Bas. 2, 2, 17 (cf. HEIMBACH im Manuale).

grammatische Denkform, die den lateinischen Text formulierte. Soweit der Thesaurus urteilen läßt, ist es das einzige Mal in der lateinischen Literatur, daß hier *ultra citroque* als adjektivisches Attribut mit einem Substantiv verbunden wird, ohne daß eine Partizipialform die Adverbialpronomina an das Nomen anknüpfte. Es bedurfte des Vorurteils eines halben Jahrtausends, wenn man diese sprachliche Härte ungerügt hinnahm und „die gegenseitige Obligation“ übersetzte. Sachlich ist es ausgeschlossen, daß LABEO das griechische Wort *συνάλλαγμα* mit dem *ultra citroque obligatio* übersetzt haben sollte. Der Mann, der als einer der Besten seiner Zeit natürlich korrektes Griechisch konnte (vgl. D. 50. 16. 5. 1) kann nicht verkannt haben, daß die Griechen jeden Vertrag *συνάλλαγμα* nannten, bei dem sie die Willenseinigung als perfizierendes Moment betonten: jeder Darlehensvertrag heißt wegen der Klauseln über die Verzugsfolgen und die Haftungsgestaltung *συνάλλαγμα*<sup>23</sup>, und wo der Vertrag nicht durch die dispositive Urkunde zustande kommt, sondern durch bloße mündliche Erklärung von beiden Seiten, wird der Terminus *συνάλλαξις* oder *συνάλλαγμα* manchmal verwendet, um zu unterstreichen, daß hier nur die Willenserklärungen, nicht die Vollziehung der Urkunde die Verpflichtung begründeten<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Darlehen als *συνάλλαγμα*: Dem. or. 33, 12. Nikareta-Urkunden, Mahnungs-urkunden, DARESTÉ, HAUSSOULLIER, REINACH, Inscr. iur. gr. I, 280, l. 65, 69, 75. Urkunden über *συνουκισμός* (?) von TEOS und LEBEDUS (303 a. C.). Ditt. Syll.<sup>2</sup> 177 [3 344], l. 32, 35. Inscr. von Istropolis (römische Zeit). Ditt. Syll.<sup>2</sup> 325 [3 708], 16 f. Inscr. von Priene (ed. HILLER VON GAERTRINGEN) III (Anf. d. 1. Jahrh. a. C.) 205, 208. In der Inschrift von Gytheum (1. Jahrh. a. C.) Ditt. Syll.<sup>2</sup> 330 [3 748] tritt deutlich hervor, daß dabei *συνάλλαγμα* sich nicht auf die res beim Darlehen, sondern, wie natürlich, auf die Verabredungen über Rückzahlungstermin und Zinspflicht bezieht (l. 34 f.): „*καὶ μηδενὸς ἄλλον θελότος συναλλάξει, ἐδάνεισαν αἰὲν δραχμὰς τετρακισχίλιας διακοσίας συναλλάγματος τόκου τετραδραχμιαίων*“. Daher steht auch das *συναλλάττειν* im ephesischen Gesetz (a<sup>o</sup> 85 a. C.), Ditt. Syll.<sup>2</sup> 329 [3 742], l. 55, neben dem *δανείζειν*, wie der Ausdruck, der die anderen Verpflichtungsverträge begreift, neben der Erwähnung des Darlehens. Als Darlehensvertrag steht das *συνάλλαγμα* auch bei DIONYSIOS Hal. 6. 22. 2; 24. 1. Aus den Papyri: P. REINACH 8, 7 (a<sup>o</sup> 113/112 a. C.), 19, 16 (108 a. C.), 31, 8 (109 a. C.). GRENF. II, 22, 10 (a<sup>o</sup> 110 a. C.), 26, 9 (a<sup>o</sup> 103 a. C.) und viele andere.

<sup>24</sup> Die älteste Quelle, in der diese Bedeutung von *συνάλλαγμα* als des mündlich geschlossenen Vertrags hervortritt, ist das Gesetz von GORTYN (5. Jahrh. a. C.) Inscr. iur. gr. I, 384 col IX, l. 43 ff.: *Αἰ τις κα πῆρασ(ι συναλ)[λάξ](ση, ἢ ἐς, πῆρ)[α]ν (ἐπι)θέντι μὴ ἀποδίδωι, αἱ μὲν κ' ἀποπονώνοντι μαίτρορες ἢ(β)ιώοντες τῷ ἑκατονστατήρῳ καὶ πλιόνες τρέες, τῷ μείονος μέττ' ἐς τὸ δεκαστάτηρον δ[ύ]ο, τῷ μείονος(ς) (ἐ)ν <ς>, δικαδδέτω πορ[τ]ι τὰ ἀποπω[ν]ιόμενα*. Ich übersetze: Wenn jemand auf überseeische Unternehmung Vertrag schloß oder demjenigen, der auf Übersee Einlage gibt, nicht zahlt, so soll man, wenn minderige Zeugen aussagen — für 100 Stateren und mehr Wert 3, für weniger bis 10 Stateren 2, für noch weniger einen — nach der Aussage das Urteil sprechen . . . Es handelt sich um die Gesellschaftsunternehmung über See und wohl das Seedarlehen. Hier erwächst die Verpflichtung aus dem *συναλλάττειν*, dem mündlichen Verträge, nicht aus der Haftung wegen Empfanges.

Es verlohnt sich nicht, darauf hinzuweisen, welche rechtsgeschichtlichen Schwierigkeiten dadurch entstehen, daß LABEO eine *ultra citraque obligatio* nur in den aufgezählten Fällen gefunden haben soll, während GAIUS (3, 137) dasselbe für das *mandatum* sagt. Nur darauf sei hingewiesen, wie bei den Klassikern der Gedanke formuliert ist: „in his contractibus“, d. h. bei den Konsensualkontrakten, „alter alteri obli-

In der attischen und attizistischen Literatursprache steht entsprechend *συνάλλαγμα* auch gerade an Stellen, an denen die Willenserklärung die Verpflichtung begründet, nicht der Empfang einer Sache oder Summe oder die dispositive Urkunde: so bei DEMOSTHENES or. 30, 21. Vgl. auch das *ἀμάρτυρον συνάλλαγμα* bei DIONYS. Hal. 2, 75.

Es verwundert uns daher nicht, wenn in den Ptolemäerpapyri gerade dort, wo nur die mündliche Vereinbarung die Verpflichtung begründet, der Vertrag nicht *συγγραφή*, sondern *συνάλλαξις* heißt: bei der Pacht des Königsbauern von der Domäne wird nicht eine Urkunde aufgenommen, sondern der Konsensus zwischen der Verwaltung und dem Bauern in den amtlichen Akten vermerkt. Vgl. ROSTOWZEW, Kolonat 53 A. 1. WILCKEN, Chrestomathie der Papyrusurkunden, Grundzüge S. 275. Und zu *συνάλλαξις* P. ΤΕΒ. I, 6 l. 32. In den Papyri ist im übrigen sehr häufig, daß die griechische oder ägyptische Urkunde *συνάλλαξις* oder *συνάλλαγμα* heißt, so daß die spezifische Beziehung des *συναλλάττειν* auf den mündlich geschlossenen Vertrag im allgemeinen nicht mehr erkannt werden kann. *Συνάλλαγμα* ist eben der allgemeine Begriff für den Vertrag, *συγγραφή* nur der Name für den Notariatsakt.

Gegen diese Darstellung wende man nicht ein, daß *συνάλλαγμα* doch auch im hellenistischen Recht anderes als den Vertrag bedeuten könne. Wer die bekannte Stelle bei ARISTOTELES, Eth. Nikom. 5 p. 1131 a l. 3 ff. beim Wort nimmt, könnte meinen, schon die griechische Philosophie habe unter *συνάλλαγμα* einen Begriff verstanden, der alle Haftung aus Schuldrecht umfaßt ähnlich dem römischen Begriff *obligatio*: „*τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσιά ἐστι τὰ δ' ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιαῦτα οἷον προᾶσις ὠνὴ δανεισμός ἐγγυή χοῖσις παρακαταθήκη μίσθωσις (ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος), τῶν δ' ἀκουσίων τὰ μὲν λαθραῖα, οἷον κλοπὴ μοιχεῖα φαρμακεία προαγωγεία δουλαπαιτία δολοφονία ψευδοματυρία, τὰ δὲ βίαια, οἷον αἰκία δεσμός θάνατος ἀρπαγὴ πῆρωσις κακηγορία προσηλακισμός.*“ Aber hier handelt es sich nicht um eine Begriffsbildung für die Forderungsrechte (verkannt bei M. VOIGT, *Jus naturale* I, 118 ff., R. LÖNING, *Zurechnungslehre* I, 137, PERNICE, *SZ.* 9 (1888) 249, HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes* 191, 3). Sondern aus dem Wort *συνάλλαγμα*, der Vertrag, hat sich der Begriff des *Verkehrs*, der Lebensbeziehung entwickelt. Das ist ja für ARISTOTELES klar, dadurch, daß er den Schuldvertrag *ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων* nennt und daß er bei der Aufzählung der Delikte nicht Ansprüche, sondern Straftaten bringt. Das heißt es, wenn schon DEMOSTHENES or. 24, 213 das Geld als einen Wertmaßstab für die *ἴδια συναλλάγματα* der Bürger bezeichnet, wenn ATHEN. XII, 546 c. 65 (ed. KEIBEL) von den Gesetzen über die *συναλλάγματα*, d. h. für den gesamten Rechtsverkehr der Bürger spricht. Die Glossen erläutern das *συνάλλαγμα* daher auch als *commercium* (*Corp. gloss. lat.* 2, 244 s. v. *συνάλλαγμα*; *Gloss. Labb. s. v. commercium*; cf. VOIGT, a. a. O. 4, 196 ff.). Es handelt sich hier um einen literarischen Begriff der Philosophen, der wohl schon aus der Sophistik stammt. Denn schon der Mathematiker ARCHYTAS (5./4. Jahrh. a. C.) kennt den Begriff *συναλλάγματα* in diesem Sinne. Vgl. DIELS, *Fragm. d. Vorsokratiker*<sup>2</sup> S. 262 [4Bd. I, S. 336], wo DIELS unter dem Einfluß der juristischen Bedeutung des Wortes unscharf von „sozialen Verpflichtungen“ spricht.

gatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet“<sup>24a</sup>. Jedenfalls ist schon durch den sprachlichen Aufbau sicher, daß das Wort obligatio hier dem LABEO nicht aus der Feder geflossen sein kann. actum — contractum — gestum, alle drei Begriffe setzen voraus, daß das contractum durch ein Wort erklärt war, an welches sich das „quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant“ anschließen konnte. Dieses Wort aber kann nicht obligatio sein. Die Verbindung „contractum autem ultro citroque obligationem“ ist doch wohl anstößig. Daß hier die Byzantiner die Hand im Spiele haben, sah schon BESELER<sup>25</sup>. Aber sein Vorschlag, „quod-vocant“ als Glossem der Leute des 5. Jahrhunderts oder der Kompilatoren zu streichen, ist kaum durchdacht. Denn einmal fällt die ultro citroque obligatio damit nicht. Ferner erklärt der Vorschlag auch sachlich nichts. Hätten die Späteren oder JUSTINIANS Helfer das „quod-vocant“ eingesetzt, so müßte wenigstens hervortreten, daß die byzantinische Schultheorie gerade die gegenseitigen Verträge als *συναλλάγματα* ansprach. Aber das ist nicht der Fall. Ein erdrückendes Material zeigt, daß für die Kompilatoren *συνάλλαγμα* jeden Vertrag bedeuten kann: auch das Darlehen, das Depositum, die Leihe, den contractus pignoratitius, ja die Stipulation<sup>25a</sup>. Die attizistische Sprache der byzantinischen Literatur versteht darunter mit besonderer Vorliebe den Ehevertrag<sup>26</sup>. Also späte Glosse kann das „quod-vocant“ nicht sein; denn solche Glosseme geben doch mindestens einen Gedanken wieder, welcher dem Zeitalter ihres Verfassers vertraut ist. Ich meine, das Sätzchen „quod-vocant“ ist echt und nur obligationem ist an einer Stelle eingesetzt, wo der Klassiker den Begriff contractus anders definierte. Aus dem ultro citroque und dem Begriff *συνάλλαγμα* ergibt sich zwingend, was im klassischen Text stand: „contractum autem ultro citroque *aut verbis quibuscumque aut per scripturam aut per nuntium consensu factum*, quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant“. Das ultro citroque ist gerade bei den Schriftstellern der ciceronischen und augusteischen Zeit der übliche Ausdruck zur Bezeichnung des Austausches von Willensäußerungen<sup>27</sup>. Dafür daß

<sup>24a</sup> Gai Inst. 3, 137.

<sup>25</sup> Vgl. oben Anm. 12.

<sup>25a</sup> Für das Darlehen vgl. THEOPHIL. 3, 20, 3 und viele Stellen aus JUSTINIANS Novellen, z. B. Nov. 136 passim. Für das Depositum, Commodatum, das Mandat vgl. das neue, vielleicht auf THEOPHILOS zurückgehende Fragment des Indice di Digesto, der kurze Zeit nach der Kodifikation die Stelle D. 2, 14, 7, 2 paraphrasierte, Pap. Soc. Ital. 55, Bull. 24 (1911) p. 194 fr. b, recto l. 44ff., so wie andererseits die Stephanusscholien zu derselben Stelle, ad. Bas. 11, 1, 7 (HEIMBACH 1, 559), vgl. auch schol. Enantioph. (7. Jhd. p. C.) ad Bas. 13, 1, 1. Für den contractus pignoratitius den Dorotheus-Index schol. ad. Bas. 60, 12, 61 (HEIMBACH 5, 513). Für die Stipulation: schol. ad Bas. 41, 7, 2, 3 (HEIMBACH 4, 167).

<sup>26</sup> HESYCHII Alexandrini lexicon s. v. *συνάλλαγμα*

<sup>27</sup> CAESAR bell. Gall. 1, 42, 4: ultro citroque cum legati inter eos mitterentur; cf. bell. civ. 1, 70, 4; Hisp. 22, 3; quorum responsis ultro citroque acceptis et

einfach die Erklärung des *contractum* als des Konsensualkontraktes an der Stelle stand, spricht auch eine interessante Wiedergabe derselben Ulpianstelle im Schol. *Λαβέων δρίζεται*, das offenbar ins 6. Jahrhundert<sup>28</sup> gehört und sehr wohl auf die vorjustinianische Schuldoctrin zurückgehen kann, indem die Späteren es, wie so vieles, kritiklos übernahmen. Da heißt es in der Paraphrase (HEIMBACH I, 63) „*ἀλλὰ δέ φησι συναλλάσσεσθαι, ὡς ὅτε δύο τινές ποῶσιν καὶ ἀγορασίαν ἐκ κοινῆς ἀρεσκείας συνέστησαν.*“ Nichts von der *ultra citroque obligatio*, dagegen ist der *Consensus* des Konsensualvertrages erwähnt. Das deutet gerade auf den Text, den wir aus anderem Grunde vermuten dürfen. Statt auf die seltsame *ultra citroque obligatio* ist es hier auf den *Consensus* abgestellt. Es entspricht ferner der üblichen Beschreibung der Juristen bei den Konsensualkontrakten, wenn wir annehmen, daß die Freiheit der Parteien in der Wahl der Erklärungsmittel betont war<sup>29</sup>: ist es nur ein Zufall, daß die *acta* als *verbis* vel *re acta* erklärt werden, das *gestum* als *rem sine verbis factam*? Im Mittelgliede des justinianischen Textes muß doch dann wohl ergänzt werden: *contractum autem ultra citroque verbis quibuscumque*<sup>30</sup> . . . *consensu factum*. Stand dieser Text bei ULPIAN, so ist auch klar, warum interpoliert werden mußte<sup>31</sup>: seit auch die *stipulatio verbis quibuscumque* geschlossen werden konnte, fiel ja der Gegensatz, in welchem die klassische Form der Erklärung bei dem Konsensualkontrakt zum *Stipulationsrecht* gestanden hatte. Es wäre derselbe Grund, der für den Text *Inst. 3, 22, 1* die Erwähnung der *verba* im Gaiustext für die Byzantiner unbrauchbar machte. Ganz ähnlich würde es stehen, wenn im Urtext die Möglichkeit erwähnt war, die *emptio venditio* auch *per scripturam* abzuschließen. Denn JUSTINIAN scheidet ja eben die *emptio per scripturam facta* von dem klassischen Konsensualvertrag der *emptio venditio*<sup>32</sup>. Wenn man

---

relatis. Liv. 29, 23, 5: *data ultra citroque fide*. Liv. 5, 8, 6. 37, 35, 2. FRONTO p. 194, 7 N: *post ista ultra citroque a me rogata atque responsa*. Bei LABEO deutet das *ultra citro dare accipere* in der Definition der Abrechnung (D. 2, 13, 6, 3) auf denselben Sprachgebrauch. Es ist sicher kein Zufall, daß dieses „Hin und Her“ bei dem Austausch der Erklärungen gerade bei dem griechischen Begriff *συναλλαγμα* uralt ist. Vgl. schon Soph. Ai. 731: „*λήγει δ' ἴρις δραμοῦσα τοῦ προσωπάτω ἀνδρῶν γερόντων ἐν συναλλαγῇ λόγον*“.

<sup>28</sup> Wegen des Anknüpfens an den lateinischen Juristennamen.

<sup>29</sup> Vgl. Dig. 18, 1, 1, 2; 19, 2, 1; GAIUS 3, 136.

<sup>30</sup> Vgl. GAIUS 3, 136; *verbo quocumque* heißt es im Klassikertext beim Mandat D. 17, 1, 1, 2. Daß gerade dieser Ausdruck technisch für die an Formen nicht gebundene Erklärung bei dem klassischen Konsensualvertrage ist, folgt aus der Art, wie die Konstitution LEOS Cod. 8, 37 (38), 10 über die Befreiung der *stipulatio* vom Verbalzwang gerade mit dem Begriff operiert, vgl. auch *Inst. 3, 15, 1*. Ferner aus den Scholien aus guter Zeit und den byzantinischen Kommentaren (Theophil. ad *Inst. l. c. schol. Bas. 14, 1, 1. schol. 2, 3* (HEIMBACH, 2, 66. 67).

<sup>31</sup> Vgl. hierzu auch unten S. 22 ff.

<sup>32</sup> *Inst. 3, 23, pr.*

im Titel de contrahenda emptio die Erwähnung des Konsensualvertrages, der per scripturam geschlossen werden konnte, sorgsam vermied, und sogar einen deutlichen Hinweis darauf, daß die Vorschriften des Konsensualvertrages nur für die emptio sine scriptis habita galten, interpolierte<sup>33</sup>, so konnte man eine Erwähnung des klassischen Rechts der emptio venditio unmöglich stehen lassen. Aber bezüglich des Ausdrucks per scripturam bleibt die klassische Fassung ganz ungewiß, da, wenn etwa der Abschluß im Briefwechsel (litteris) erwähnt war, kein Anstoß für die Byzantiner vorlag<sup>34</sup>.

So ist die Stelle D. 50, 16, 19 mit ihrer Interpolation des Wortes „obligationem“ jedenfalls ungeeignet, als Beweis dafür zu dienen, daß die Klassiker mit dem Wort *συνάλλαγμα* den Begriff verbunden hätten, daß bei gewissen Kontrakten zwei Obligationen im Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander stehen.

Schon nach dem Wortlaut und dem juristischen Zusammenhang ist es unmöglich, die einzige andere Stelle, an welcher das *συνάλλαγμα* bei den Klassikern vorkommt, zur Lehre von der Gegenseitigkeit der obligatio bei dem synallagmatischen Verträge zu verwenden, D. 2, 14, 7, 2. (ULPIAN l., 4 ad ed.):

Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Julianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio.

Auch in dieser Stelle bedeutet das *συνάλλαγμα* nichts anderes als den Vertrag durch übereinstimmende Erklärungen. Es ist die berühmte Stelle, welche die Entwicklung des Schutzes des Innominatkontraktes bei den älteren Klassikern behandelt<sup>35</sup>.

Wenn die getroffene Vereinbarung nicht unter die zivilen Kontrakt-kategorien fiel, sprach CELSUS nicht von Haftung aus Vertrag und wollte

<sup>33</sup> D. 18, 1, 2, 1: [sine scriptis habitam] Trib.; CUIACIUS [ed. Neap.] 1, 395 E. KRÜGER Dig. ad hunc locum.

<sup>34</sup> Diese sehen in der emptio per scripturam facta den Notariatsakt, der unter die Vorschriften Cod. 4, 21, 17 fällt, vgl. Inst. 3, 23, 1. Aber an der emptio venditio durch Briefwechsel nehmen sie für die Anwendung des klassischen Rechts des Konsensualvertrages keinen Anstoß, vgl. D. 18, 1, 1, 2.

<sup>35</sup> KNIEP, Praescriptio und Pactum, S. 67 ff. PERNICE, SZ 9 (1888) 248 ff.; GIRARD, Manuel: 589; NABER, Mnemosyne 22 (1895). 82 ff.; PEROZZI, Le obbligazioni romane, Bologna, 1903, p. 125 ff.; Istituzioni 2, 281 n. 1 [2. Aufl. 2, 353 f.]; AUDIBERT, Mélanges Gérardin, 21 ff., 23; BESELER, Beitr. 2, 158; cf. noch PEROZZI, Studi Schupfer, 1, 1 ff.; LONGO, St. Senesi Moriani 1, 195 ff.; PERNICE, SZ 9 (1888) 249.

für das ob causum datum wohl nur die Rückforderung durch *condictio* zulassen<sup>36</sup>. Ihm soll ARISTO die Entscheidung entgegengestellt haben: solange eine *causa* vorliege, bestehe *obligatio* (*esse obligationem*); wenn A dem B eine Sache gibt, um von diesem eine andere zu erhalten, so sei dies ein *συνάλλαγμα*. Hier die Einschlebung des *συνάλλαγμα* anzunehmen, hat keinen Sinn<sup>37</sup>.

Denn einmal ist die Erwähnung des *συνάλλαγμα* der Form nach jedenfalls nicht Glossem. Ferner kann man ohne zwingendsten Grund

<sup>36</sup> Vgl. D. 12, 4, 16 und zu der Stelle SCIALOJA, Bull. 19 (1907) 161—196.

<sup>37</sup> Was weiter folgt, ist so gut wie sicher Kompilatorenwerk, da ja die Kompilatoren jedenfalls die zivile *Obligation* bei den Innominatkontrakten öfters interpoliert haben. Man wird damit zu rechnen haben, daß überhaupt die Erwähnungen der *obligatio* in diesem Texte Interpolationen sind. — Nachdem schon KNIEP die *a°* in *factum civilis* als einen vom Standpunkt des Formularprozesses unmöglichen Begriff erkannt hatte (a. a. O. 76), ist diese Anschauung durch v. POKROWSKY (SZ 16 (1895) 80ff.), PEROZZI, *Le obbligazioni*, a. a. O., NABER, a. a. O., LENEL, Ed. 2, 292 n. 1, BONFANTE, *Istituzioni* 6 (1912) 484 n. 1 heut als maßgeblich anerkannt. Wenn das richtig ist, muß man die *civilis obligatio* oder die *obligatio* bei dem Innominatkontrakt in Stellen wie D. 2, 14, 7; D. 19, 5, 5, pr., § 1 verdächtig finden. Denn mag man selbst die *a° praescriptis verbis* mit *civiler intentio* bei den Verträgen auf *do ut des* als alt betrachten (GIRARD, a. a. O., BONFANTE, a. a. O.), so handelt es sich doch in D. 2, 14, 7, 2 vor allem auch um den Fall des *do ut facias*. Auf diesem Wege, den schon PEROZZI, *Le obbligazioni*, a. a. O., *Ist. a. a. O.*, beschriftet, ist es doch wohl nicht angängig, mit der Lehre von PERNICE, KNIEP und anderen zu glauben, daß ARISTO entschieden habe: *obligationem esse*. Im echten Text stand wohl anders: *ex conventione esse obligationem*. Das wird m. E. dadurch wahrscheinlich, daß das *Responsum* des ARISTO am Ende des Fragmentes referiert wird: *esse enim contractum, quod ARISTO συνάλλαγμα dicit*. Wer immer dieses Referat machte, ob MAURICIAN, ULPIAN oder der Kompilator (so BESELER a. a. O.) hatte sichtlich am Anfang noch vor den Augen: ARISTO CELSO *respondit esse contractum oder eam obligationem ex conventione*. Daß die Entscheidung *esse contractum* gelautet haben muß, hat PEROZZI (*Le obbligazioni* p. 126) als notwendige logische Folge des Gedankenganges in pr. und § 1 bezeichnet. Es wird heute noch wahrscheinlicher, wenn man beobachtet, wie in *Pap. Soc. Ital.* 55 (vgl. unten S. 20) immer wieder das *συνάλλαγμα ἔστιν* in den Vordergrund gerückt wird für jeden der Beispielsfälle. Vgl. noch schol. KYRIILL. HEIMBACH I, 562: *εἰ δὲ καὶ ἔπρεσιν αἰτία, ὅσον δόσεις ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει, συνάλλαγμα τὸ γεγονὸς καὶ τίκεται πολιτικῆ ἀγωγῆ*. Auf dem *contractum esse*, dem *συνάλλαγμα* lag der Ton für ARISTO. Es handelte sich ja um die Entstehung der Haftung aus *Vertrag*. PEROZZI vermutete statt *obligationem* ein „*actionem*“ (p. 127). Aber „*et hinc nasci obligationem*“ muß hier ebenso auf die Spätzeit oder die Kompilatoren zurückgehen wie dasselbe „*nasci civilem obligationem*“ in D. 19, 5, 5, 1.

Was ARISTO als praktische Konsequenz seiner Theorie im Auge hatte, ist nicht mit Sicherheit zu sagen. PEROZZI möchte (*Ist. a. a. O.*) ARISTO als Sabinianer behandeln und annehmen, er habe nach der bekannten Schultheorie den Tausch und sogar den Austausch von Sachleistung gegen ein *facere* als Kauf behandelt. Das ist bedenklich. Wenn eine *datio* mit dem Zweck erfolgt war, daß als Entgelt ein anderes *dare* erfolgen sollte, so lag für ARISTO kaum derselbe Fall vor, für welchen GAUUS die Meinung der Sabinianer referiert. Beim Kauf die bloße Verpflichtung

nicht annehmen, daß die Verwendung des Begriffes *συνάλλαγμα* nicht auf ARISTO zurückgeht, wenn es die Quelle ausdrücklich sagt. Und

zur Verschaffung des *habere licere*, hier die Haftung für wirksame Rechtsübertragung: das macht einen Unterschied, dessen Gewicht ja durch D. 12, 4, 16 sichersteht (vgl. SCIALOJA, a. a. O.). Ich halte auch für sicher, daß die Existenz der Lehrmeinung, ein solches *dare* um *dare* sei *emptio venditio*, nicht durch das sehr verdächtige Referat bei PAULUS D. 19, 5, 5, 1, der selbst diese Entscheidung ablehnt, erwiesen ist. Bezeichnenderweise spricht GAUUS (3, 141), wo er die Kauflehre der Sabinianer referiert, auch gar nicht von *datio* ob *causam*, sondern von einem obligatorischen Tauschgeschäft, bei dem durch Einigung über die auszutauschenden Sachen *emptio venditio*, d. h. ein Schuldvertrag zustande kommen sollte, aus dem jeder dem andern *verpflichtet* wird (3, 137). PEROZZI scheint mir auch bei der Argumentation aus der Fragestellung von D. 19, 5, 6 — wo NERATIUS sicher einer sabinianischen Meinung widerspricht — diese *datio* zu übersehen: dort handelt es sich um den Fall, daß ein Haus verkauft wird, indem als Kaufpreis die Leistung der Reparatur eines andern Hauses ausbedungen wird, eben nicht um *datio*, wie zweifellos im Falle D. 2, 14, 7, 2. Auch aus dem Zusammenhang des fr. 7, 2 kann PEROZZI m. E. widerlegt werden: hätten ULPIAN und ARISTO nur die Vertragsklage mit *a<sup>o</sup> empti* erwähnt, so gehörte dieser Fall doch einfach unter § 1, in den Zusammenhang mit den benannten Kontrakten, und es wäre der Anschluß dieses Falles an diejenigen, in denen echte benannte Verträge vorlagen, doch recht ungeschickt. In § 1 ist aber doch der Anschluß an den § 2 allzu deutlich gegeben. Nach § 2 und 3 ist es sicher, daß der Fall auch für ARISTO zunächst so einfach lag. Das gegen PEROZZI über die sabinianische Lehre vom Kauf und Tausch Gesagte gilt auch gegenüber BONFANTE (Ist.<sup>6</sup> 482).

Dagegen meine ich, daß der Zusammenhang eine andere Deutung nahelegt: vorher hieß es bei JUSTINIAN: die *contractus* erzeugen eine *actio*, die *pacta* eine *exceptio*. Die *Contracte* haben feste Namen. Es muß der Gedanke folgen: aber auch wenn die *conventio* keiner der benannten *Contracte* ist, liegt doch eine *conventio* mit Haftung vor, welche bei Gelegenheit einer zivilen *obligatio* eine Rolle spielt. Diesen Fall konnte ARISTO sehr wohl in der Konditionenlehre finden.

Es ist doch wohl kein Zufall, daß gerade die *datio* ob *causam* öfters in den Quellen *contrahere*, *contractus* heißt, obwohl doch für diese Leistungen eine *actio* wegen Nichterfüllung des *Dationsvertrags* nicht anders in Betracht kommt als durch *condictio* der eigenen Leistung des Klägers. (D. 12, 4, 9 pr.; D. 12, 6, 65, 3. auch wenn man mit Recht [quia causa — secuta] streicht. Vgl. auch D. 23, 3, 50, pr., wo allerdings die *condictio* nicht aus der *datio* ob *causam* folgt.) Auch daß gerade CELSUS mit Beziehung auf diesen Fall von *id genus contractus* spricht, scheint mir bezeichnend. Im Sinn der römischen *Contractskategorien* konnte das nicht erstlich ein *genus*, sondern nur eine *species* sein. Aber CELSUS spricht doch wohl gar nicht ernst. Er spricht von dieser „Art Vertrag“, weil seine Gegner von *contractum esse* sprechen, wie auch der moderne Franzose von „ce genre de . . .“ sprechen könnte. Für jeden, der die *proculianische* Prozeßlehre nicht billigte, sondern zur Verurteilung des Beklagten die *Kondemnationsvoraussetzung* im Moment der *litiscontestatio* und der *Kondemnation* forderte (vgl. ERMAN, *Mélanges* Appleton p. 221 ff., SZ. 27 (1906) 411 ff.; PARTSCH, *De l'Edit sur l'alienatio*, p. 25ff.; BESELER, *Beitr.* 2, 139ff.), war es ohne weiteres klar, daß auch eine *condictio* auf Rückforderung des ob *causam datum* praktisch zur Verwirklichung der *causa*, um derentwillen die *datio* erfolgt war, führen konnte. Denn wenn der wegen seines Empfanges Beklagte vor der *condemnatio* die Erfüllung derjenigen Leistung anbot, um derentwillen ihm selbst geleistet worden war, war eine *condemnatio* auf

BESELER bringt keine solchen Gründe. Selbst wenn das letzte Sätzchen: „esse enim contractum quod ARISTO *συνάλλαγμα* dicit . . .“, ganz von den Kompilatoren stammt, bleibt doch immer noch möglich, daß der klassische Text hier schon wirklich die Lehre des ARISTO über das *συνάλλαγμα* erwähnte. Es bleibt ja zu bedenken, daß die Klassiker den Begriff des contractus nicht ohne weiteres auf die Innominatkontrakte anwenden konnten, da die contractus eben die Entstehungsgründe der zivilen Obligation sind und wenigstens am Anfang der klassischen Entwicklung im 1. Jahrhundert p. C. das *agere praescriptis*

die *condictio* ja ausgeschlossen. Das geht aus den durchweg vom sabinianischen Standpunkt geschriebenen Stellen D. 12, 4, 3, pr. §§ 1. 2. 3; D. 46, 3, 58 pr. auch deutlich hervor. Eine Verurteilung aus der *condictio* wird hier oft genug nur dann als möglich behandelt, wenn die zugesicherte Leistung, um derentwillen die *datio* erfolgt war, unmöglich geworden oder nicht fristgerecht erbracht war. Wenn ARISTO auf sabinianischem Standpunkte stand, was ja nicht sicher ist (KRÜGER, Quellen<sup>2</sup> 179), konnte er entscheiden: *contractum* oder *ex conventione obligatum esse*, weil er meinte, daß die Erfüllung dieses Vertrages noch zur Abwendung der *condemnatio* möglich war. War Stichus durch *datio* gegeben, damit Pamphilus durch *datio* geleistet werde, so war diese Entscheidung für den Sabinianer ebenso möglich, wie sie dem Proculianer CELSUS verschlossen war. Und hierzu stimmt der Fortgang der Stelle. Die *condictio* konnte nach sabinianischer Lehre auch helfen, wenn Stichus gegeben war, damit der Geber die *datio* des Pamphilus empfangen, und nachher, nach *datio* des Pamphilus, des Stichus entwehrt wurde. Auf diese *condictio* mußte Pamphilus zurückgegeben werden. Die *condemnatio* konnte natürlich vermieden werden durch Verschaffung des Stichus vom Eigentümer; vielleicht war unter Berufung auf den geschlossenen Kontrakt auch möglich, daß der Beklagte statt Leistung des Stichus durch die des Schadensersatzes wegen geschehener Entwehrung des Stichus die Rückgabe des Pamphilus vermied. Daß diese letzte Entscheidung ohne besonderen Exzeptionenschutz möglich war, vermag ich allerdings nicht zu glauben. Jedenfalls besagt es nichts, wenn man die Quellenbelege für diese Anschauung in den justinianischen Quellen vermissen wollte. Denn dort ist ja für die *condictio* als Reurechtsklage notwendig diese Rechtsgestaltung ausgeschlossen, anscheinend wirklich schon mit der *demonstratio praescriptis verbis*, der Zivilklage aus der *datio ob causam* auf Erfüllung des *pactum*, das bei der *datio* eingegangen war. Ist meine Hypothese richtig, so braucht der letzte Satz *esse enim — actio gar nicht gestrichen zu werden*. Denn für MAURICIANUS galt dieselbe Begründung wie für ARISTO, aber nur mit einer anderen Wendung. MAURICIANUS hatte hier ebenso ein *novum negotium* angenommen wie schon LABEO für den Vertrag nach dem Typus *do ut des*, D. 19, 5, 19, pr. Daß CELSUS die *civile actio* mit der *demonstratio praescriptis verbis* noch nicht angewendet hätte, während MAURICIANUS sie unbedingt gab, wäre zu verstehen. LABEO hatte ja wohl das *agere praescriptis verbis* nur dort angenommen, wo er ein *do ut des* fand (D. 19, 5, 19, pr. [nur *proprii contractus TRIB.*?] auch D. 19, 5, 17, 1; 20, pr.), während er dort, wo ein *do ut facias* in Frage stand, nur von *actio in factum* spricht (D. 19, 5, 1, 1 [civilem *TRIB.*]). Die *actio civilis* stammte bei den Proculianern wohl für diesen Fall erst aus dem 2. Jahrhundert p. C. (cf. D. 19, 5, 6).

Der Fall lag weit schwerer, wenn die *datio* des Stichus erfolgt war, ut Pamphilus *manumitteretur* . . .

verbis mit ziviler intentio doch wohl noch kaum allgemein, z. B. bei dem Vertrag *do ut facias*, zulässig war.

Es ist schwer, über die klassische Bedeutung des Fragmentes eine Meinung zu wagen, die mehr als eine Hypothese unter Vorbehalt sein wollte. Das muß derzeit besonders deswegen unterbleiben, weil in jüngster Zeit gerade unser Passus in dem Papyrusstück erschien, das der italienische Herausgeber als *indice del Digesto* publiziert<sup>38</sup> und für einen Index zu den justinianischen Digesten hält, der etwa in den ersten Jahren nach der Kodifikation entstanden sein möge. Die quellenkritische Diskussion über diesen hochwichtigen Text ist noch nicht eröffnet. Ich halte es nicht für ausgeschlossen, daß man es überhaupt ablehnen wird, in dem Text die justinianische Gesetzgebung als Grundlage anzunehmen. Es wäre nach mannigfachen Anzeichen sehr wohl möglich, daß hier eine vorjustinianische Sammlung klassischer Juristenfragmente zugrunde liegt, wie sie jetzt gerade durch den Bericht des ZACHARIAS Scholastikus über die Studien an den *νόμοι ἐν βεράγχει* in Berytos sehr nahe gelegt wird<sup>39</sup>. Denn einmal fehlt ein Hinweis auf die Inschriften der Digesten<sup>40</sup>. Zweitens ist die Darstellung des Inhalts des Ulpiankommentars im Gegensatz zu den überlieferten Kommentaren der jüngeren Byzantiner aus JUSTINIANS Zeit im ganzen eingehender und dem klassischen Rechtszustand weit mehr entsprechend: in Ulp. fr. 5. D. 2, 14 ist die sachlich gegebene Zweiteilung von *conventio publica* und *privata* mit der Unterteilung der letzteren in *legitima* und *juris gentium* richtig in dieser Form dargestellt, während sie bei JUSTINIAN in eine Dreiheit umgewandelt ist und von den Scho-

<sup>38</sup> VASSALLI in P. soc. Ital. p. 107 ad n. 55. Bull. 24 (1911) 194. VASSALLI nimmt wegen der Nennung eines Buches 18 in lin. 111 an, daß das ganze Stück jünger als die Digesten sein müsse. Aber das steht in der Luft. Zunächst ist dieses Zitat im Zusammenhang mit einem offenbaren Zusatz (106—112) überliefert. Außerdem aber sind die Digesten nicht ausdrücklich zitiert.

<sup>39</sup> Patrologia orientalis II, Paris, 1907. In das Griechische rückübers. v. Ed. SCHWARTZ, vgl. bei LENEL, HOLTZENDORFF, KOHLER, [I<sup>7</sup>, 386 n. 3]. Bei DE FRANCISCI, *Vita e studii a Berito*, Roma 1913, ist nur die ungenaue französische Übersetzung benutzt. GRADENWITZ machte mich, als ich ihm von dieser Auffassung des P. Soc. Ital. 55 sprach, auf die von ihm publizierten Paulus-Fragmente SZ. 23 (1902) 458f. aufmerksam: auch hier könnte es sich nicht um einen Fetzen einer Digestenabschrift handeln, sondern um eine vor den Digesten JUSTINIANS gebräuchliche Chrestomathie.

<sup>40</sup> Überliefert ist eine Textübersetzung zu PAUL. D. 2, 14, 4, 3. Dann unter Verzeichnung des Verfassers (ULP.) ein langes Stück, das D. 2, 14, 5 und fr. 7 entspricht; fr. 6 ist ausgelassen, statt dessen steht ohne Trennung im Zusammenhang ein ganz analoges Stück, das augenscheinlich aus dem Ulpiankommentar stammt und im Gegensatz zum Digestenfragment des PAULUS als *legitima conventio* nennt: [τὸ ἀπόπτωος ἰδικοῦ νόμου ἢ δόγμα[τ]ος συκλήτου κρυπόμενον], während im Paulustext der Digesten die Beziehung auf die Senatuskonsulte anfangs fehlt und nachher unvermittelt auftritt.

liasten in den Basiliken so verteidigt wird<sup>41</sup>. Ferner hat der neue Text richtig die nach D. 2, 14, 5 zu erwartende Definition des pactum juris gentium, die im Digestentext fehlt und auch bei den Scholiasten nur vereinzelt und dann nur nach JUSTINIANS Trichotomie gegeben wird. Im P. Soc. Ital. 55 ist von den pacta richtig gesagt, daß sie entweder actiones *und* exceptiones erzeugen oder nur exceptiones. Im folgenden fällt dann auf, wie der Papyrus immer auf das Nebeneinander der bf.-iudicia und der iudicia stricta abstellt, also an Stelle von D. 2, 14, 7, 5 ausführlich von der exceptio pacti gegenüber den iudicia stricta spricht, nachher in § 6 auch die Anschauung des POMPONIUS nicht nur für die bf.-iudicia, sondern auch für die iudicia stricta vorträgt, bei denen die exceptio und replicatio praktisch die Schuldumwandlung durchsetzen.

Allerdings fehlt es nicht an zahlreichen Spuren davon, daß der Ulpianentext, so sicher er teilweise übersetzt ist, hier uns nicht etwa allein und ohne Zusätze vorliegt. Im Zuge des Textes, anscheinend in diesen aufgenommen, ohne ein Zeichen der Unterscheidung, stehen an einigen Stellen Beispiele und glossenhafte Paraphrasen, in denen der Text erläutert wird. Was eigentlich der ganze Text bedeutet, steht heute noch gar nicht klar. Man wird gewiß gut daran tun, damit zu rechnen, daß es sich um einen Index zu den Digesten handelt, der dann allerdings durch ein seltsames Spiel des Zufalls allerlei Merkwürdigkeiten aufzuweisen hätte. Man wird aber jedenfalls mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß der Grundstock dieses Textes entweder als literarisches Werk oder als Vorlesungsheft (*ἀνάγνωσις, ἀνάγνωσμα, lectio*) entstand, bevor JUSTINIANS Digesten die alten Texte und ihre glossierten Ausgaben verdrängten. Daß sich in der einen Glosse, die in dem Text steht, ein Zitat („im 18. Buch“) findet, das wahrscheinlich auf D. 18, 5, 2 zu beziehen ist, schafft m. E. durchaus nicht die Klarheit, welche die Herausgeber für die Auffassung, der Text sei ein Digestenindex, gegeben glauben (oben S. 19, Anm. 38).

In diesem Zusammenhange verlohnt es sich, auf die Wiedergabe hinzuweisen, die der Text D. 2, 14, 7, pr. §§ 1, 2 hier findet:

P. soc. ital. 55: <sup>40</sup> . . . . τούτων δὲ τῶν iuris genti[on] <sup>41</sup> τινὰ μὲν κ(αι) ἀγωγὰς τίκει κ(αι) παρ[α]γραφὰς <sup>42</sup> [ἢ κ(αι) ἀγωγὴν κ(αι) παραγραφ(ήν) ἔχει, τινὰ δὲ παραγρα(φήν) <sup>43</sup> [μόνον τίκει]<sup>a</sup>]. τὰ δὲ τίκοντα ἀγωγὰς π[α]ράκτα <sup>44</sup> [ὀνομάζει]τ[αι] ο[ὕ] μόνον ἀλλ' εἰς ἰδικὰ <sup>45</sup> [ὀνόμα(τα) συναλλ]αγμάτων διαιρεῖτ(αι) ἦτοι μετ- <sup>46</sup> [έρχεται ταῦ]τ[α] τὰ συναλλάγματα εἰς <sup>47</sup> [ἄλλα ὀνόμα(τα) οἷον ἀγ]ροσίαν πρᾶσιν μίς- <sup>48</sup> [θωσιν, ἐκμίσθωσιν, κοινω]νίαν, χρῆσιν, παρα- <sup>49</sup> [καταθήκην κ(αι) το]ύτοις<sup>a</sup>). ὁμοία, οἷον mand- <sup>50</sup> [ατον, εἶναι contract]<sup>a</sup>-ον, ὅταν εἰς ἄλλο μὲν <sup>51</sup> [συναλλάγμα μὴ

<sup>41</sup> Vgl. die ausdrückliche Ablehnung der Zweiteilung bei Steph. schol. ἡ κοινβεν-  
τιών HEIMBACH I, 557.

μ]ετέροχεται(αι) τὸ πάκτον, ὕπεστι<sup>52</sup> [δὲ αἰτία, A(risto) C(else) ἀπεκρ(ίνατο)]. κ(αι) γὰρ τίκεται [ἐ]νο[χῆ]<sup>53</sup> [κατὰ τὸ συναλλα]χθέν<sup>a)</sup>. οἷ[ον] δέδωκα σο[ὶ] πρ[ᾶ]ξ[ι]-<sup>54</sup> [μια ἴνα δῶ]ς [μο]ι ἕτερον πρᾶγμα. [οἷον δέδωκα]<sup>55</sup> [σοι ἰμάτ]μο[ν ἴνα δῶ]ς μοι χλανίδιον τ[οῦτο συνάλ-]<sup>56</sup> [λα]γγὰ ἐστὶν κ(αι) τίκεται(αι) ἢ praescriptis verbis<sup>57</sup> [ἀ]γωγῆ. ἢ δέδωκα σοι καμάσιον ἴνα ποιήσης μοι<sup>58</sup> τι ποτε οἷον ραφῆς μο[ὶ] ἴν[σ] [trumenton]<sup>a)</sup> τοῦτο συνάλ-<sup>59</sup> λαγμα ἐστὶν ἀνωνημον, οὐ γ[ὰ]ρ ἀργύρια δέδω-<sup>60</sup> κα σοι ἴνα μίσθωσιν αὐτὸ εἴπης. τίκεται(αι) οὖν ἐντε[ῖ]-<sup>61</sup>θεν πολιτικῆ ἀγωγῆ ἢ praescriptis verbis. διὰ<sup>62</sup> [δ]ὲ τοῦτο ὀρθῶς ἐπεβάλετο τοῦ Juliano ὁ Ma[u]<sup>63</sup> [ri]cianos ἐπὶ τοιοῦτου θέματος· ἐ[ὰν] γὰρ δῶ σο[ὶ]<sup>64</sup> [sti]con τὸν δούλον, ἴνα ποιήσης τί ποτε ο[ἷ]ον [ἴνα]<sup>65</sup> [ἐλευθ]ερώσης π[ά]μφιλον τὸν δ[ούλον σο]ῦ, ἔπ[ειτα]<sup>66</sup> ἐλευθερώσης τὸν π[άμφιλον, ὁ δὲ [sticos] ἐκ[ρι]-<sup>67</sup>νήθη [ἀ]πὸ τοῦδε [ἐ]ργαζεν J(ulianos) τῆν in factum δοτέον<sup>a)</sup><sup>68</sup> Mauricianon τῆν praescr[iptis] verbis.]

Anm. a: abweichend VASSALLI.

Der griechische Text ist zum Teil aus dem Lateinischen übersetzt: das ist zweifellos. Denn offenbar geben I. 42 und I. 45f. Doppelversionen des Übersetzers: dieser fand im ersten Fall die Abkürzungen act. und exc. vor und gab gewissenhaft ihre Auflösung nach beiden Möglichkeiten an, indem er sagte: „ἔχει“, *der Text lautet* (!)<sup>42</sup>. Im letzteren Falle ist der lateinische Satz mit den beiden möglichen grammatischen Beziehungen des Wortes „contractus“ wiedergegeben, zuerst freier, dann genau mit den Worten des Textes. Andererseits sind sichere Textanmerkungen da, die vom übersetzten Text nicht unterschieden werden. Die Wiederholung der Exemplifikation mit οἷον in I. 54f. ist sicher nicht auf die Vorlage zurückzuführen, und die Art, wie die zivile Obligation aus dem Innominatkontrakt eingeführt wird, erweckt Verdacht. So wäre es m. E. waghalsig, das ungelöste Problem, das heut noch über die a<sup>o</sup> praescriptis verbis fürs klassische Recht besteht, dadurch als entschieden zu betrachten, daß der Text sie zustehen läßt. Ich übersetze den griechischen Text ins Lateinische, zunächst, indem ich die mir als unklassisch erscheinenden Bestandteile heraushebe.

„Juris gentium conventionem quaedam et a(ctionem) et exc(eptionem) pariunt, quaedam exc(eptionem) solam pariunt. Quae pariunt actiones pacta in suo nomine non stant sed transeunt in propr(ium) nom(en) contractus, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et similes contractus, *ut mandatum*. [esse contractum], si in alium contractum non transeat pactum, subsit tamen causa, [A(risto) C(else) respondit.] *Nam et nascitur obligatio ex eo quod convenit*. Ut puta dedi tibi rem, ut aliam mihi des, *ut puta dedi tibi ἰμάτιον, ut togam mihi des*, id *συνάλλαγμα* est et nascitur actio praescriptis verbis, aut dedi tibi camisium ut aliquid mihi facias, *scilicet ut scribas mihi* (instrumentum) id

<sup>42</sup> Schon das widerspricht der Deutung, nach welcher der Text erst nach-justinianisch ist, vgl. Const. Tanta, 22, eine Vorschrift, von der ja allerdings nicht sicher ist, daß sie auch streng beobachtet wurde.

*συνάλλαγμα* est innominatum, neque enim dedi tibi pecuniam, ut locationem nominares. *Nascitur igitur hinc civilis actio praescriptis verbis.* Et ideo recte Julianum reprehendit Mauricianus hoc casu: dedi tibi Stichum servum, ut aliquid facias, ut puta, ut Pamphilum servum tuum manumittas; deinde manumisisti Pamphilum; Stichus evictus est ex eo. [Julianus scripsit in factum actionem a praetore dandam] Mauricianus actionem praescriptis verbis . . .“

Man braucht nur die hypothetische Rückübertragung mit dem Digestentext zu vergleichen, um sofort festzustellen, daß eine Reihe dort verdächtiger Worte hier im rekonstruierten Teile fehlen. Anfangs steht ganz richtig, daß aus dem pactum manchmal actio *und* exceptio entspringen, indem an die Wirkung der pacta bei iudicia stricta gedacht ist. Die Erwähnung der exceptio ist bei JUSTINIAN gestrichen und bei den Byzantinern daher nicht kommentiert. *et ceteri* sagt bekanntlich oft JUSTINIAN, pactum non transeat sagt der griechische Text statt „res“, das unklar ist. Und an den Stellen, an denen mit den Mitteln moderner Interpolationenkritik das contractum zu vermuten ist, steht im griechischen Text *vor* der Erwähnung der obligatio, die sicher nicht zum responsum des Aristo gehörte, ein anderer Begriff, — contractum esse, wie ich vermute. Ob wirklich das *συνάλλαγμα* als griechisches Wort schon in der lateinischen Vorlage des Papyrus stand, ist nicht sicher zu bejahen, da ja die griechische Übersetzung *dieses* Detail verwischen mußte. Aber die doppelte Wiederkehr des *συνάλλαγμα ἐστὶν* deutet doch wohl darauf. Zweifelhafte ist dagegen, ob man vermuten darf, daß die Differenz zwischen der Erwähnung der obligatio bei JUSTINIAN und der der *actio* bei ULPIAN oder seinem Glossator darauf beruht, daß eben beide Texterweiterungen Zusätze zum echten klassischen Text waren. Jedenfalls ist deutlich, daß MAURICIANUS gerade wie im Digestentexte eben wirklich von der actio praescriptis verbis gesprochen haben soll.

### § 3.

Soweit es sich um das Dogma des Synallagma bei den Klassikern handelt, kann nur die methodische Untersuchung durch Interpolationenforschung uns vor den Mißverständnissen bewahren, welche die juristische Theorie des späten Mittelalters und seiner modernen Epigonen in die rechtliche Erfassung der römischen Juristentexte hineingetragen hat. Für die byzantinische Lehre vom *συνάλλαγμα* liegt das anders. Seit Anfang des 19. Jahrhunderts ist die einfache Zusammenstellung des bedeutsamen Materiales der Juristenschriften aus JUSTINIANS Zeit und den folgenden Jahrhunderten unterblieben<sup>43</sup>, und es macht einen Eindruck seltsamster Materialunkenntnis, daß BECHMANN

<sup>43</sup> CUIACIUS kannte es natürlich und bestimmte entsprechend seinen Begriff des *συνάλλαγμα*. vgl. oben S. 8.

seine Lehre vom genetischen und funktionellen *συνάλλαγμα* den justinianischen Quellen entnehmen konnte, während es doch offenbar ist, daß der Begriff *συνάλλαγμα* für JUSTINIAN und seine Leute mit dem gegenseitigen Verträge nichts zu tun hat. Es fragt sich offenbar, wie man D. 50, 16, 19 als Bestimmung von JUSTINIANS Kodifikation aufzufassen hat: ist es eine Definition und eine erschöpfende Aufzählung, wenn die Kompilatoren in D. 50, 16, 19 das *contractum* als *ultra citroque* bezeichnen und nachher den Kauf, die Miete, den Gesellschaftsvertrag aufzählen? oder handelt es sich nur um eine einzelne Seite des Kontraktbegriffs, der in Gegensatz zum *gestum* gestellt wird? Und ist dann die Nennung der aufgezählten Kontrakte nur eine Exemplifikation ohne Tendenz zur Vollständigkeit? Die gesamte Rechtslehre nimmt das Erstere an, seit schon die Glossatoren die hier aufgezählten Kontrakte als „*proprii contractus*“ behandelten. Für jede geschichtliche Forschung muß aber die letztere der beiden Möglichkeiten als zutreffend angesehen werden. Es genügt die einfache Zusammenstellung der byzantinischen Zeugnisse, aus denen hervorgeht, daß die Kompilatoren, und ihre Nachfolger mit dem *συνάλλαγμα* durchaus nicht den Begriff des gegenseitigen Vertrages im modernen Sinne verbanden. *Συνάλλαγμα* kann jeder Vertrag heißen. Wenn das *συνάλλαγμα* aber zur *ultra citroque obligatio* wie in D. 50, 16, 19 in Beziehung gesetzt wird, so bedeutet es diejenigen Verträge, bei denen beiderseits Pflichten entstehen können: also einerseits die gegenseitigen, andererseits aber die sog. *contractus bilaterales inaequales* der gemeinrechtlichen Doktrin: also *mandatum, depositum, commodatum, contractus pignoratitius*. „Synallagmatisch“ in diesem Sinne sind alle diejenigen Obligationen, die BRINZ<sup>44</sup> vom Standpunkt seiner Haftungslehre aus als „gegenseitig“ bezeichnet.

Zunächst soweit das Darlehen, die Stipulation als *συνάλλαγμα* bezeichnet werden, kann einfach auf die zum Teil schon eben<sup>45</sup> genannten Quellen verwiesen werden: Wo THEOPHILOS in der Paraphrase ad Inst. 3, 27 die *obligationes quasi ex contractu* einführt, spricht er von den Kontraktobligationen als solchen, die auf *συνάλλαγμα* beruhen und nennt die quasikontraktlichen solche *αἱ τινες οὐ κυρίως ἀπὸ συναλλαγμάτων κατὰγονται*, quae non proprie ex contractibus descendunt<sup>46</sup>; entsprechend im allgemeinen Titel de obligationibus (4, 13), wo die kontraktlichen Obligationen die *ἀπὸ συναλλάγματος* heißen. Die Darlehenskondition entsteht *ἀπὸ συναλλάγματος* (Inst. 4, 14, 1). Der Bürge kann vor oder nach dem Abschluß des Darlehns-*συνάλλαγμα*

<sup>44</sup> Pandekten § 224 (2. Aufl.) 2, 55ff. der ganz richtig verstand, daß die von SAVIGNY (System 5, 508f.) zur Herrschaft gebrachte Lehre vom *συνάλλαγμα* nicht römisch war.

<sup>45</sup> s. oben S. 13.

<sup>46</sup> ad. Inst. 3, 27.

hinzutreten (ad Inst. 3, 20, 3). Die Stipulation ist ebenso *συνάλλαγμα* in diesem Sinne. Neben der Nennung unter den *obligationes quae ex contractu nascuntur* (*ἀπὸ συναλλάγματος*) bei THEOPHILOS ad Inst. 3, 13, 2 fällt allerdings auf, daß bei den *stipulationes conventionales* die *συναλλάγματα* als die Rechtsgeschäfte aufgefaßt werden (ad Inst. 3, 18, 3), *bei denen* stipulatio vorkommt. Die stipulatio der rechtsgeschäftlich Vertragschließenden (*συναλλάττοντες*) steht im Gegensatz zu den *stipulationes iudiciales* und *praetoriae*. Aber daß auch die stipulatio für JUSTINIANS Leute *συνάλλαγμα* sein kann, geht ebenso deutlich aus dem Index des DOROTHEUS ad D. 37, 6, 2, 3<sup>47</sup> hervor wie aus JUSTINIANS Novellen<sup>48</sup>.

Diese Bedeutung des *συνάλλαγμα* im weiteren Sinne entspricht also völlig dem alten griechischen und hellenistischen Sprachgebrauche, ein Ergebnis, das den Kenner beider Rechtsliteraturen auch gar nicht überrascht. Daneben aber steht eine besondere Beziehung des *συνάλλαγμα* auf diejenigen *bonae fidei contractus*<sup>49</sup>, bei denen auf jeder Seite Verpflichtungen entstehen können. Hier ist also das *συνάλλαγμα* im Gegensatz zu dem *contractus stricti juris*<sup>49</sup> zu verstehen. Während in diesem Sinne die stipulatio und das *mutuum* als einseitig verpflichtende Obligationsgründe nicht *contractus*, *συνάλλαγμα*, *ultra citroque obligatio* im Sinne von D. 50, 16, 19 sind, sind die unwesentlich zweiseitigen wie die gegenseitigen Schuldverträge *συναλλάγματα* im Sinne dieser Auffassung. Das folgt schon aus der Definition, welche die Institutionenparaphrase des THEOPHILOS zu dem Begriff *contractus*, *συνάλλαγμα*, gibt: *συνάλλαγμα δὲ ἐστὶ δύο ἢ καὶ πλείονων εἰς τὸ αὐτὸ ἰσχυροῦς τε καὶ συναίνεσις ἐστὶ τὸ συστήσασθαι ἐνοχίην καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπέθνον*. Als übereinstimmende Einigung und zusammenstimmende Willenserklärung zum Zweck der Begründung einer Obligation und mit gegenseitiger Schuld wird hier also das *συνάλλαγμα* definiert. Nicht im Sinne der klassischen Kontraktlehre. Aber sehr wohl im Sinne des Interpolators von D. 50, 16, 19. Gerade wie dort ist danach die stipulatio und das *mutuum* nicht *contractus* im Sinne dieser Definition. Gerade wie dort ist bei den *contractus* die *ultra citroque obligatio* betont. Mitten in der Darlegung des klassischen Kontraktbegriffes ist diese Definition des *συνάλλαγμα*, die sich nicht an den Institutionentext anschließt, interessant. Es war

<sup>47</sup> ad. Bas. 41, 7, 2, 3 (HEIMBACH 4, 167). Im Digestentext handelt es sich um bedingte Forderung aus Stipulation; auch die griechische Übersetzung des Digestentextes stellte ausdrücklich darauf ab. DOROTHEUS sagt: *ἐὰν ἀπὸ συναλλάγματος ἦν τὸ αἰρετικὸν χρέος . . . .*

<sup>48</sup> Nov. 4, c. 3 § 1. Die Bankierbürgschaft steht in Frage: um diese Art *συνάλλαγμα* zu schützen, läßt es der Kaiser bei dem allgemeinen Rechtszustand bezüglich der von ihm eingeführten richterlichen *datio in solutum*.

<sup>49</sup> Für die byzantinischen Schuldverträge halte ich die unklassische Terminologie absichtlich fest. Vgl. im übrigen GRADENWITZ, Interpolationen 108ff.

die herrschende Definition der Kompilatoren und ihrer Zeit für den *bonae fidei contractus*.

Das tritt in dem Institutionentext selbst in der Schilderung der Verpflichtungsfähigkeit des *pupillus infantia maior* hervor, bei den hinkenden Verträgen (Inst. I, 21 pr.)

„unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur, at invicem pupilli non obligantur.“

Ob der Passus klassisch ist<sup>50</sup> oder ob mindestens eine Überarbeitung der Aufzählung wahrscheinlich ist, interessiert hier nicht. Jedenfalls fällt ins Auge, wie hier die *mutuae obligationes* bei Kauf, Miete, Mandat, Depot genannt sind, und bei THEOPHILOS (ad h. l.) tritt die Beziehung zum *συνάλλαγμα*-Begriff der Definition noch schärfer hervor: *ὅθεν ἐπὶ τούτων τῶν θεμάτων ἐφ' ὧν ἐξ ἐκατέρου πλευροῦ τίκονται ἀγωγαὶ τοῖς συναλλάττονσιν, οἷον ἐπὶ μισθώσεων, mandátων, depositῶν*. Das *ἐξ ἐκατέρου [πλευροῦ]* stand ähnlich im DOROTHEUS-Index zu D. 50, 16, 19 (vgl. oben S. 10) als Übersetzung der *ultra citroque obligatio*.

Nach den Definitionen in D. 50, 16, 19 und bei THEOPHILOS ad Inst. 3, 13 ist das *συνάλλαγμα* die beiderseitige Verbindlichkeit, *ultra citroque obligatio*. Die *pacta dotalia* sind danach keine *συναλλάγματα*, weil ihnen diese Zweiseitigkeit fehlt: das wird in den byzantinischen Bearbeitungen von Cod. 2, 3, 11 in allerdings juristisch wenig überzeugender Weise mehrfach hervorgehoben<sup>51</sup>, wo der Klassiker die Unwirksamkeit des *pactum dotale* betont haben würde, finden die Byzantiner das *pactum* deswegen ohne Wirkung, weil kein *συνάλλαγμα* vorliege mangels einer entsprechenden Verpflichtung des Ehemannes, der die *dos* empfing<sup>52</sup>:

<sup>50</sup> Nach FERRINI und ZOCCO-ROSA (Palingenesis ad h. l.) soll er vielleicht aus *GAIUS res cotidianae* sein.

<sup>51</sup> Das *κατὰ πόδας* zu Bas. II, I, 72: HEIMBACH I, 652: *ἐξ ἐνός οὖν πλευροῦ τῶν δύο συμφώνων ὄντων, ποίαν ἡδύνατο ἀγωγὴν κινεῖν ὁ ἀνὴρ κατὰ γυναικός; δοκεῖ γὰρ τῷ συμφώνῳ εἶναι, ὥστε τὴν γυναῖκα δεδωκνῖαν τὸν ἀγρὸν δοῦναι καὶ τοὺς τόκους καὶ τὰ ὑπὲρ τοῦ ἀγροῦ τελέσματα, ὅπερ ἐστὶ, δέδι οὐτ' δεμ' ἦτοι δίδωμι, ἵνα δώσω, καὶ οὐδ' ἐνδέχεται εἰς τὸ ἐν πλευρὸν τῶν δύο δόσεων ἀναφερομένον τίκτειν τινὰ ἀγωγὴν τοῦτο τὸ σύμφωνον. εἰ μὴ γὰρ παρὰ β' μερῶν συμφωνηθεῖη τινά, οὐδὲ συνάλλαγμα δύναται καλεῖσθαι τὰ παρὰ ἐνός μόνον συμφωνούμενα*. Vgl. schol. zweiter Hand in Cod. Coisl. 152 bei HEIMBACH I, 654. Ähnlich schol. Theod. *καὶ γὰρ* (HEIMBACH I, 653).

<sup>52</sup> Daß *συνάλλαγμα* begrifflich den „Austausch“ der Leistungen darstellte, ist eine Lehre, die in der rechtshistorischen Schule des 19. Jahrh. durch einen ihrer ersten Widersacher heimisch gemacht worden zu sein scheint: ED. GANS „Über römisches Obligationenrecht“. Heidelberg 1819, p. 100 n. 4, 190ff., 199 hat das *συνάλλαγμα* auf die Zweiseitigkeit im Austausch der Leistungen bezogen. Seit dieser Schrift wirkt der Gedanke in der modernen deutschen Zivilistik. Man hat längst vergessen, daß er schon einmal da war, Anhänger fand und widerlegt wurde. Im Anschluß an BARTOLUS' Lehre vom *contractus ultra citroque obligatorius*

man fand eben in der Denkform des *συνάλλαγμα* schon damals ein Dogma, das die zivilistische Analyse des Falles ersparte und schnell zur Hand war, auch wo es eigentlich nicht einschlug.

Durch die Lehre von dem einseitigen Verträge beim Darlehen und der Stipulation und dem zweiseitigen Schuldverträge bei den *bf.-contractus* hatten die Byzantiner die Grundlagen für die moderne Kategorisierung der Verträge gelegt. Aus heute wohl nicht bekannten byzantinischen Scholien hatten die Humanisten die Unterscheidung zwischen dem *πάκτων μονόπλευρον* und dem *συνάλλαγμα δίπλευρον*, und es waren nur die lateinischen Ausdrücke „*contractus unilateralis*“ und „*bilateralis*“ als Übersetzungen der byzantinischen zu finden.

Aber die Byzantiner wollten mehr als nur eine solche Kategorienbildung für die systematische Darstellung. Wenn sie das *συνάλλαγμα* als *ultra citroque obligatio* bestimmten, lag für sie der Hinweis auf eine Lehre vor, die ihr juristisches Denken auf dem Gebiet der Schuldverträge beherrscht hat und die für die Prozeßtheorie der Byzantiner von großer praktischer Bedeutung ist, ohne meines Wissens je die Aufmerksamkeit der Modernen gefunden zu haben.

Es ist auffallend, daß die Byzantiner jede Klage aus dem *bf.-contractus* als *mutua actio*, *mutua obligatio*, *ἀμοιβαία ἀγωγή* behandeln. Es wird sich erweisen lassen, daß dieser Terminus, wo er nicht in der Bedeutung der Verbindung von Klage und Widerklage auftritt<sup>53</sup>, interpoliert ist, so die *mutuae actiones* in D. 44, 7, 5, 1, so die *mutua actio negotiorum gestorum* D. 3, 5, 5 (6), 12 (10), so die *mutuae praestationes actionesque civiles* D. 13, 6, 17, 3 und wohl auch die *mutuae obligationes* Inst. 1, 21, pr. Eben dahin gehören die Fälle, in denen eine klassische Kontraktklage zu einem Prozeßgebilde mit gegenseitiger Klägerstellung der beiden Parteien umgedacht ist, so die *mandati inter vos actio* in Inst. 3, 26 pr. (vgl. den echten Text D. 17, 1, 2 pr.). Unten muß auf die bedeutende Einwirkung dieser byzantinischen Denkform auf die Überlieferung der Klassikerstellen in den *Digesten* eingegangen werden. Die *Byzantiner* nach JUSTINIANS Gesetzgebung sprechen von den *mutuae actiones als den Klagen aus den bonae fidei contractus*: In

---

(oben S. 4) hatte ALCIAT das römische *συνάλλαγμα* der *Digesten* als „*mutuum pactum obligatorium*“, „*quasi permutatio*“ definiert und schon mit der Wortbedeutung von *ἀλλάττειν* verknüpft. (*Paradoxa* l. V. c. 7 de verbor. signific. ad D. 50, 16, 19. *Bat. Lugd.* 1536 p. 117f.) Aber die Humanisten, die bessere Graecisten waren als die Romanisten des 19. Jahrhunderts, gingen über diese Lehre hinweg: DUAREN im *Tractat de pactis* (*Opera*, Paris 1550 p. 100f.) (*Opera*, *Aureliae Allobrogum* 1608, S. 62.) wies den Gedanken schneidig zurück: er bespricht die Aufzählung der *συναλλάγματα* bei LABEO-ULPIAN: „*in quibus omnibus contractibus nihil utrimque geri praeter consensum mutuum nemo dubitat*“! Über CUIACIUS, den Schüler des DUAREN vgl. oben S. 8).

<sup>53</sup> Wie in D. 2, 1, 11, 1: *mutuae actiones*.

D. 13, 6, 17, 1 steht, daß die actiones contrariae alle auch ohne die a<sup>o</sup> principalis, angestellt werden können, STEPHANUS (schol. ad. Bas. 13, 1, 17, 1, HEIMBACH 2, 17) sagt: *bei den mutuae actiones* ist es möglich, die contraria, auch ohne daß die directa angestellt wird, zu erheben: *ἐπι τῶν ἀμοιβαίων ἀγωγῶν δυνατὸν ἐστὶ τὴν κοντραρίαν κινεῖσθαι καὶ τῆς διορέκτας μὴ κινουμένης*. Daß hier die ἀμοιβαία ἀγωγαὶ gleich den bf.-iudicia stehen, ist deswegen wichtig, weil wir sonst nur jüngere Überlieferungen oder Überlieferungen zweifelhafter Provenienz über diese byzantinische Lehre besitzen: so das Scholion f. II 182, das schon FABROTUS aus der Handschrift des Codex Coisl. 152 herausgab. Zu D. 17, 1, 19 „quoniam mandati actio ultro citroque est“, eine interpolierte Stelle (darüber unten § 6) ist es geschrieben: *ἐξ ἑκατέρου μέρους* (ultro citroque): *Δυναμίει ἀροῦζει διὰ τὸ ἀδηλον εἶναι, ὅποια μέλλει τεχθῆναι ἀγωγή, εἴτε κοντραρία, εἴτε διορέκτα* (HEIMBACH 2, 99). Also: mit der Anstellung der a<sup>o</sup> mandati liegt stets die wechselseitige Klage vor, weil im Moment der Klageerhebung gar nicht offenbar sei, welcher Anspruch als der entstandene sich herausstellen werde. Danach ist bei jedem Prozeß mit bonae fidei actio für diese byzantinische Lehre eine stillschweigende Widerklage<sup>54</sup> gegeben. Aus derselben Schicht der Scholien stammt<sup>55</sup> ein ganzer Traktat über die ἀγωγαὶ, actiones, in welchem diese prozessuale Lehre der gegenseitigen actio auf Grund des bonae fidei contractus breit entwickelt wird: zum Wort ἀγωγὰς in der Übersetzung zu D. 2, 14, 7, 1 (... quaedam pariunt actiones . . .) ist dort der Passus überliefert<sup>56</sup>: *ἀγωγῶν. πάντα μὲν γὰρ τὰ καλῆ πίστει συναλλάγματα . . .] πίστει λέγεται κοινῶς. αἱ δὲ ἐξ αὐτῶν τικτόμεναι ἀγωγαὶ διαφόρως ἔχουσιν. αἰ μὲν κατ' ἀλλήλων κινουῦμεν, ἐξ ἑνὸς πλευροῦ ἐγὼ] κατὰ σοῦ καὶ ἑτέρου καὶ σὺ κατ' ἐμοῦ, ὡς ἐπὶ πράσεως καὶ ἀγοράσεως, μισθώσεως καὶ ἐκμισθώσεως. ποτὲ δὲ ἢ αὐτῆ διορέκτως κινεῖται παρὰ τῶν δύο προσώπων κατ' ἀλλήλων [ὡς ἐπὶ πράσεως] καὶ ἀνταλλαγῆς: ποτὲ δὲ ἢ αὐτῆ ἀλλ' οὐ κατὰ τὸν αὐτὸν τρόπον, ἀλλὰ διορέκτως μὲν παρὰ ἑνός, κοντραρίως δὲ παρὰ τοῦ ἑτέρου, ὡς ἐπὶ τῆς μανδάτι, τῆς παρακαταθήκης, τῆς νεγοτιόρουμι γεστόρουμι καὶ τῶν ὁμοίων. αἱ μὲν οὖν ἀγωγαὶ οὕτως. ἀλλὰ μὲν τὰ τοιαῦτα πάντα τὰ συναλλάγματα βόνα φίδε εἰσὶν, ὡς ββ. ιβ. τι[τ. α'] κεφ. λθ'<sup>57</sup>. ἐν δὲ τοῖς στίχοις συμφώνοις αἰεὶ ποτε ὁ εἷς μόνος κατὰ τοῦ ἑτέρου κινεῖ, οἷον τῆ ἐπερωτήσῃ, τῷ δανείῳ, τῆ δωρεᾷ καὶ τῷ ληγάτω . . . . .* (HEIMBACH I, 563).

<sup>54</sup> Terminus geprüft von SAVIGNY System 6, 341 ff. in der Erläuterung an c. 14 Cod. de sententiis (7, 45).

<sup>55</sup> Vgl. HEIMBACH vol. I p. XII.

<sup>56</sup> Die Lücken sind anscheinend nicht genau bemessen, daher sind die oben gewagten Ergänzungen ohne Wert für die Textrestitution, und nur zur Erleichterung des Eindringens in den Zusammenhang gegeben.

<sup>57</sup> Ist Bas. 12, 1, 38 gemeint? Dort stehen die ἀγωγαὶ mit den bonae fidei contractus zusammen.

Also: die aus dem *bf.-contractus* entstehenden *actiones* verhalten sich verschieden. Immer zwar klagen wir damit gegenseitig, einerseits ich gegen dich, und auf der anderen du gegen mich, wie bei Kauf, Miete. In gewissen Fällen aber wird dabei dieselbe *actio* als *directa* von den beiden Parteien angestellt, so bei Kauf und Tausch. Manchmal jedoch wird dieselbe *actio* auf andere Weise angestellt, nämlich als *directa* von dem einen, als *contraria* von dem anderen, wie bei Mandat, depositum, negotiorum gestio. So steht es mit den *actiones*. Diese Kontrakte sind *bonae fidei*. Bei den *stricta negotia* klagt immer einer allein gegen den anderen, so bei Stipulation, Darlehen, Schenkungsversprechen und Legat . . .

Das ist deutlich dieselbe Lehre, die den Begriff *ἀμοιβαία ἀγωγή*, *mutua actio* für das *iudicium* aus dem *bf.-contractus* prägte. Die Quelle als apokryph ganz auszuschalten, wird nicht möglich sein. Denn einmal beweisen die latinisierten Worte (*διωρέκτως, κοντραριώς, μανδάτι, βόνα φίδε*, der Unterschied von *βόνα φίδε συναλλάγματα* und *σπίκτα σύμφωνα*), daß wir mindestens an eine Vorlage aus dem 6. oder 7. Jahrhundert denken dürfen, andererseits ist die Fragestellung wie die Kenntnis des klassischen Formelwesens, wie es in der Unterscheidung zwischen den zu einer Formel nicht zu vereinigenden *a<sup>es</sup> empti venditi, locati conducti* und den zu einer Formel verschmelzenden *actiones directae* und *contrariae* hervortritt, ein deutlicher Hinweis auf Entstehung unter JUSTINIAN selbst oder wenig später. Auch aus der Art der Überlieferung ergibt sich durchaus nicht, daß es sich um eine spätbyzantinische Arbeit handelt<sup>58</sup>. Es besteht aber allerdings auch gar keine Sicherheit über das Alter des ganzen Scholions. Die insipide Spitzfindigkeit, die im weiteren Verlauf den Unterschied der *bonae fidei contractus* und der *negotia stricta* darin sieht, daß sich bei den letzteren der Schuldner nicht freiwillig der Haftung unterstellt habe, erweckt kein Vertrauen und, wenn ich richtig ergänze, deutet das Zitat auf Benutzung der Basiliken, ist also mindestens die Redaktion wohl jung. Aber selbst wenn man dem Text gar keinen selbständigen Beweiswert zumessen wollte, gewinnt er Bedeutung doch dadurch, daß STEPHANUS ebenso die *bf.-iudicia* als *mutuae actiones* kennt. Daß die Generation, welche die justinianische Kodifikation mit erlebte,

<sup>58</sup> In derselben Schicht von interlinearen Glossen zum Cod. Coisl. 152 sind sicher alte Scholien überliefert: HEIMBACH I, p. 556, ad Bas. II, I, 4: schol. *ἐν τῇ ἐπερωτήσει*, schol. *οὕτω θεμάτισσον*. Vgl. ferner nachweislich Scholien des PHILOXENOS (6. Jahrh.?) ad II, I, 4. HEIMBACH I, p. 556. Andererseits fehlen nicht Spuren späterer Kommentare: GREGORIOS ad II, I, 4 (HEIMBACH I, p. 556), ad II, I, 3 schol. *ζήτει* (HEIMBACH I, p. 564). Mit dem Traktat über die *ἀγωγὰι* gehören wohl zusammen: schol. *[οὐ]τιλίως συμφωνεῖ* ad II, I, 6 (HEIMBACH I, p. 558).

diese Denkform des *συνάλλαγμα* und der wechselseitigen Obligation bei der Klage aus dem *bf.-contractus* kannte, darf nach diesen Zeugnissen als sicher gelten.

Wie kam die justinianische Juristenlehre auf diese seltsame Denkform? — Und welches war deren praktische Bedeutung in JUSTINIANS Prozeßrecht?

Auf die erstere der beiden Fragen können wir keine Antwort geben, da sich die justinianische Rechtslehre, soweit sie unklassische Dogmatik gibt, ja in einer Welt entwickelt hat, in die wir heute noch nicht hineinblicken vermögen: die Schule von BERYTOS, deren große wissenschaftliche Wirkung durch kärgliche Fragmente der Rechtsliteratur der Spätzeit, durch die Erschließung der kirchengeschichtlichen Quellen in syrischer Sprache und besonders durch die eindringende Forschung in die Basilikenkommentare sich uns allmählich offenbart.

Die andere Frage, die nach der Verwendung der Lehre im Prozeßrecht JUSTINIANS, ist nach der Kodifikation zu lösen. Ein Jahr bevor der Kaiser den Befehl zur Redaktion der *Digesten* gab, hatte er ein Gesetz erlassen<sup>59</sup>, durch welches er die neuartige Vorschrift gab, es solle der Richter in Zivilprozessen nicht nur den Beklagten verurteilen oder den Kläger abweisen, sondern auch den Kläger selbst, wenn dieser seinerseits als Schuldner des Beklagten erscheine, verurteilen auf Zahlung oder Vornahme einer Handlung. Dabei beruft sich der Kaiser auf eine Entscheidung PAPINIANS, in den *Quaestiones*, die nicht überliefert zu sein scheint. Der Kaiser unterstellt keineswegs eine Widerklage des Beklagten; er sagt nicht, nach welchen Gesichtspunkten diese Verbindlichkeit des Klägers gegenüber dem Beklagten, welche zur Verurteilung des Klägers führen könne, zu beurteilen sei. Aber wenn diese Vorschrift nicht auf dem Papier stehen sollte, mußte doch mindestens daran gedacht werden, sie dort zur Anwendung zu bringen, wo eine Berücksichtigung der Gegenverpflichtung des Klägers besonders nahe lag, bei den zweiseitigen Schuldverträgen. Ja, wenn man dieses Gesetz des Kaisers der Lehre vom Urteil im *bonae fidei iudicium* zugrunde legte, war die ganze Denkform der *ultra citroque obligatio* geradezu gegeben: bei den Klassikern waren *actio* und *obligatio* eng verwandte Begriffe<sup>60</sup>. JUSTINIAN hat daran nichts geändert. Wenn er die *actio* mit der Möglichkeit der Verurteilung gegen den Kläger ausstattete, war die *ultra citroque obligatio* oder die eine *actio*, in der beide Teile gegenseitig Kläger sind, ohne weiteres gegeben.

Es bedarf keiner besonderen Aufklärung darüber, daß vielleicht eben die Schultheorie der *ultra citroque obligatio* die theoretische Recht-

<sup>59</sup> Cod. 7, 45, 14 (a<sup>o</sup> 529), vgl. P. KRÜGER zur Inskription, Cod. ad h. l.

<sup>60</sup> Vgl. statt aller WLASSAK in PAULY-WISSOWA RE. I, 303 ff. s. v. „*actio*“.

fertigung für diese neue Bestimmung<sup>61</sup> JUSTINIANS abgeben könnte. Die Spuren dieses Urteils gegen den Kläger auf Zahlung oder Leistung sind auch wohl in der Kodifikation deutlich genug: In DIOKLETIAN'S Reskript Cod. 4, 49, 8 handelt es sich darum, daß der Erbe des Verkäufers vom Käufer auf Herausgabe des verkauften Grundstücks belangt wird. Es fragt sich anscheinend, ob Eigentum übergegangen sei. Der Käufer beruft sich wohl darauf, daß in der Urkunde die Tradition als erfolgt bezeichnet war, und jedenfalls darauf, daß er die Grundsteuer bezahlt habe. Der Kaiser stellt im Einklang mit der klassischen Rechtslehre fest, daß nur durch realen Herrschaftsakt der Besitz übergehe. Der Kaiser sprach wohl am Ende davon, daß dem Beklagten diese Berufung auf sein dingliches Recht nichts helfen werde, da er eben auf Grund des Kaufs auch obligatorisch auf Herausgabe hafte. In diesen Satz ist aber ein Hinweis darauf eingebaut, daß der Statthalter gegebenenfalls zu prüfen habe, ob der Preis gezahlt sei, und daß er dafür sorgen werde, daß dem Beklagten geleistet werde. Die Worte, in denen dieser Hinweis gegeben wird, sind auffallend schlecht für DIOKLETIAN<sup>62</sup>. Man versteht auch nicht, wie nach spätklassischem Prozeßrecht im Kognitionsverfahren ein restituere providere erfolgen kann, das doch auf eine Verurteilung des Klägers zur Leistung deutet. Wie hier wahrscheinlich die Verurteilung des Klägers als justinianischer Rechtszustand eingearbeitet ist, so glaube ich ähnliche Textveränderungen in Cod. 8, 44, 5<sup>63</sup>, Cod. 8, 44, 24, 1<sup>64</sup> annehmen zu dürfen.

In der modernsten Literatur des römischen Zivilprozesses ist diese Verurteilung des Klägers zur Leistung aus dem Gegenanspruch des Beklagten anscheinend im Begriff, vergessen zu werden. Man brachte sie in einen durch keinen Beleg gebotenen Zusammenhang zu den Vorschriften über die Widerklage. Das war ein Verlegenheitsbehelf, der nur dadurch möglich war, daß man die eigenartige Lehre der Byzantiner

<sup>61</sup> Neuartig ist sie sicher. Noch die Konstitution ZENOS, die CUIACIUS (Observ. XII, 1) aus den Basiliken und dem Codex Justinianus restituierte (Cod. 7, 51, 5, 1), rechnete damit, daß der Richter in der Hauptsache nicht ohne Widerklage zu einer Verurteilung des Klägers gelangen könne.

<sup>62</sup> aestimabit, an pretium sit exsolutum, ist unklassisch, aber gerade in der Bedeutung „eine Tatsache oder einen Willen feststellen“ findet sich das Wort bei JUSTINIAN: Cod. 8, 53, 34, 1 c. Cod. 6, 37, 23, 1 c. Inst. 1, 22 pr.; vgl. auch die Interpolation des aestimare in Cod. Inst. 8, 16, 7, 1 neben Th. 2, 30, 1. — *hoc* restitui ist schief, da es grammatisch auf den vordergehenden Satz geht und sachlich sich nur auf pretium beziehen soll. pretium restituere sagten JUSTINIANS Leute, vgl. die Interpolation in D. 18, 1, 57, 1, vgl. unten S. 39 ff.

<sup>63</sup> Zu id enim fiet — opposueris, vgl. unten § 4.

<sup>64</sup> Hier ist klar, daß anfangs die a<sup>o</sup> venditi in Frage steht, also sie für die Prozeßklage in Betracht kam. Aber am Ende wird offenbar in demselben Prozeß von der Verurteilung des Klägers gesprochen (iudex tibi praestari providebit). Vgl. unten § 4.

für die *bonae fidei iudicia* als *mutuae actiones* übersah. Die Byzantiner selbst waren durch diese Theorie der *mutua actio* praktisch zu ähnlichen Resultaten gelangt, wie nachher die gemeinrechtliche Praxis zum Urteil auf Erfüllung Zug um Zug.

Die justinianische Bestimmung der l. 14 C. de sententiis (7, 45) stand mit einer anderen Verordnung des Kaisers in offenbarem Zusammenhange. JUSTINIAN verweist in einem Gesetze über den *contractus emphyteuticarius* auf eine ältere Bestimmung eines anderen Gesetzes (Cod. 4, 66, 2, 1):

„neminem oportet conventionem vel admonitionem expectare, sed ultro sese offerre et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est.“

Wie hier die Berufung des *Emphyteuta* gegen den klagenden *Dominus* darauf, daß er während der 3 Jahre seiner Säumigkeit mit dem Pachtzins nicht gemahnt noch belangt worden sei, mit Hinweis auf ein älteres Gesetz als wirkungslos bezeichnet wird, ist diese Bestimmung in der bekannten Konstitution über den Verfall der Konventionalstrafe am Leistungstermin auch ohne Mahnung (Cod. 8, 37, 12) aus demselben Jahre, ein halbes Jahr vorher nachweisbar, und diese Verordnung wird wohl allgemein als die zitierte *lex anterior* aufgefaßt. Ob mit Recht, ist nicht unzweifelhaft. Jedenfalls liegt eine solche Ausschaltung der allgemeinen Notwendigkeit, den vom Richter zu berücksichtigenden Anspruch durch *conventio libellis* anhängig zu machen, eben in den Fällen vor, in denen es bei der *mutua obligatio* im *bf.-iudicium* der Byzantiner zur Verurteilung des Klägers aus dem Gegenanspruch kommt.

Eine Lehre von der Gegenseitigkeit der Haftung im Schuldvertrag hat notwendig praktische Konsequenzen im Aufbau des gesamten Schuldrechts. Die moderne Lehre vom Synallagma im Bechmannschen Sinne hat diese Konsequenzen vor allem in der Lehre des nichterfüllten Vertrages, dort, wo die Modernen von der *exceptio non adimpleti contractus* sprechen. JUSTINIANS Synallagma-Lehre hat nachweislich weit bedeutendere Konsequenzen gehabt. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß die langjährige dogmatische Arbeit einer Gelehrtenschule hier vorgearbeitet haben muß, um die praktische Anwendung dieser Lehre von der *actio mutua* in weitverzweigter Kasuistik durchzuführen. Denn in der Kompilation ist diese Lehre anscheinend bei der Durcharbeitung des klassischen Schuldrechts vielfach zur Geltung gebracht.

Es handelt sich für die Übersicht über diese Lehre vom *συνάλλαγμα* der Byzantiner um eine wohl noch ungewöhnliche Fragestellung für die Interpolationenforschung<sup>65</sup>. Bisher versuchte man die Ausgangspunkte

<sup>65</sup> Vgl. doch aber schon CARLO LONGO über *natura actionis*. *Studii in onore di V. SCIALOJA I*, 607 Rotondi, Bull. 24 (1911) 1 ff.

für die Forschung in der juristischen Überlieferung außerhalb des *corpus iuris* ausschließlich zu finden und schied mit den Mitteln juristischer Systematik und sprachlicher Kritik den justinianischen Einschlag aus den klassischen Juristentexten aus. Dabei fehlte vielfach eine Aufklärung des Grundes, aus dem JUSTINIANS Leute geändert hätten. Hier kann einmal von einer sicheren justinianischen Theorie ausgegangen werden. Die Frage ist: wo tritt im angeblich klassischen Obligationenrecht der justinianische Gedanke der *ultra citraque obligatio* auf? Und gibt es juristische und quellenkritische Wahrscheinlichkeit dafür, daß es sich an einigen solchen Stellen um den Einfluß des byzantinischen Dogmas handelt?

## II. Teil.

### Das byzantinische Synallagma in der Überarbeitung des römischen Obligationenrechtes.

#### § 4. Das Dogma im Kaufrecht.

Es ist klar, daß die byzantinische Lehre von der *ultra citraque obligatio* schon an der klassischen Gestaltung der Haftung aus dem obligatorischen Kaufgeschäft einen Anhalt finden konnte. Auch für den Kauf sagte ja schon das klassische Schulbuch, daß „einer dem anderen hier obliegt“<sup>66</sup>, — bei dem normalen gültigen Geschäft entsteht beiderseitig klagbare Haftung — und die Zulassung der Kompensation im *bonae fidei iudicium* wie die allmähliche Anerkennung des Satzes, daß der Käufer nicht schlechthin Leistung verlangen könne, ohne zur Gegenleistung bereit zu sein<sup>67</sup> oder wenigstens dem Verkäufer Sicherheit zu bieten<sup>68</sup>, geben der beiderseitigen Obligation hier eine Reihe bekannter Entscheidungen als Grundlage.

Aber die Byzantiner müssen durch ihre Schultheorie der *ultra citraque obligatio* auf neuartige Fragestellungen in allen Fällen gelangt sein, in denen die Klassiker nur *eine* der beiden Aktionen aus dem Kaufvertrage geben, weil im *bonae fidei iudicium* die Dolushaftung mit der *aº empti* auch in solchen Fällen zustand, in welchen nach fester klassischer Praxis eine wirksame *emptio venditio* gar nicht vorliegen konnte. Die Byzantiner kennen hier im Gegensatz zur klassischen Juristenlehre nicht mehr die Prozeßformel als positiv-rechtliche Grund-

<sup>66</sup> Gai. 3, 137. Das Fragment ist in D. 44, 7, 2, 3 unter der Rubrik *obligationibus et actionibus* in der Sabinusmasse aufgenommen.

<sup>67</sup> Vgl. D. 19, 1, 13, 8; 12, 1, 31, 1; 21, 1, 57, pr.

<sup>68</sup> Vgl. D. 21, 1, 31, 8; 47, 2, 14, 1; 18, 4, 22.

lage ihrer Dogmatik. Sollen sie von der *a° empti* sprechen können, so muß eine wirksame *emptio* vorliegen, die der *natura contractus* entspringt<sup>69</sup>. Und da die *a° empti* ohne entsprechende *a° venditi* auf der anderen Seite infolgedessen nicht möglich ist, wandelt sich die klassische Frage, ob eine *a° empti* vorliege, bei den Byzantinern notwendig zu der anderen Frage: ob ein gültiges Kaufgeschäft vorliege. Wo die *a° empti* von ihnen bejaht wurde, mußten sie nach ihrem Dogma auch die *a° venditi* zugestehen. Und das führte praktisch vielfach zu ganz anderen Gestaltungen, als das klassische Obligationenrecht sie gekannt hatte. Diese Gesichtspunkte spielen anscheinend bei der Behandlung der Unmöglichkeitstheorie (I, II), bei der Behandlung der *emptio rei furtivae* (III), bei der Behandlung des Geschäftsirrtums (IV) und daneben in einigen Spezialfällen eine Rolle (V).

## I.

In der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung liegt die Tatsache, daß nach justinianischem Recht die *ultra citroque obligatio* für die Rechtsgestaltung maßgebend war, und andererseits die Tatsache, daß diese Lehre interpoliert ist, für zwei Fälle klar: einmal für die Regelung des Verkaufs eines *homo liber* und eines *locus religiosus*, andererseits für den Untergang der verkauften Sache vor dem Vertragsabschluß. Beides scheint mir auch für die Behandlung des Kaufgeschäftes über eine *res furtiva* dringend wahrscheinlich.

Die Behandlung des Kaufvertrages über die *res extra commercium* ist im wesentlichen schon durch F. HAYMANN<sup>69a</sup> m. E. klargestellt. Nach JUSTINIANS Rechtszustand, der in den Institutionen referiert wird, ist der Kauf des *locus sacer* oder *religiosus* nur dann unwirksam, wenn der Käufer die Verkehrsunfähigkeit der Sache gekannt hat<sup>70</sup>. Sonst, also bei Unkenntnis beider Parteien oder bei Unkenntnis des Käufers allein, ist der Kauf als wirksam behandelt<sup>71</sup>. Gehaftet wird dann voll auf das *rem habere licere*, das positive Erfüllungsinteresse an der Leistung, natürlich entsprechend auch auf den Kaufpreis. In den Institutionen steht dabei seltsamerweise neben der Haftung auf das *rem habere licere* noch eine wenig dazu stimmende Beschreibung der Tendenz dieser Haftung: *ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse*. Es klingt, als wenn der Ersatz des Vertrauensschadens

<sup>69</sup> Darüber G. ROTONDI, Bull. 24 (1911) 28ff., 112ff. und schon C. LONGO, Studi in onore di SCIAIOJA, I, 630ff. und Bull. 17 (1905), 34ff.

<sup>69a</sup> FRANZ HAYMANN, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache (1912) S. 154 ff.

<sup>70</sup> Inst. 3, 23, 5.

<sup>71</sup> Bei Unkenntnis des Käufers: D. 18, 1, 4; 5; 6, pr.

hier durchaus gleichbedeutend mit dem Ersatz des Erfüllungsinteresses wäre, während sonst in den Klassikerstellen doch recht deutlich ist, daß die Haftung für Vertrauensschaden oft viel geringer als die andere ist<sup>72</sup>. Aber diese Härte ist in der Paraphrase bezeichnenderweise verschwunden. Sie kennt einfach die „a<sup>o</sup> ex empto auf Forderung des Interesses, da der Käufer nicht das ihm Verkaufte haben kann“. Hier allein ist die byzantinische Schultheorie, die konsequent die volle Erfüllungshaftung bei Unkenntnis des Käufers von der Verkehrsunfähigkeit eintreten läßt, in ihrem Wirken noch nach der Kodifikationsarbeit erkennbar<sup>73</sup>.

Das klassische Recht ist hier unter der byzantinischen Übermalung schon nachgewiesen<sup>74</sup>: es galt schlechthin der Satz, daß eine wirksame emptio venditio über den fundus religiosus oder den locus sacer nicht abgeschlossen werden kann. Dieser Satz ist zunächst noch in den unveränderten Digestenfragmenten mit aller Deutlichkeit bezeugt: PAPIANUS (3, responsorum) D. 18, 1, 73 pr. „aede sacra terrae motu diruta locus aedificii non est profanus et ideo venire non potest“. Vgl. auch PAULUS Sent. I, 21, 7; (33 ad ed.) D. 18, 1, 34, 1. — ULPIAN (28 ad Sab.) D. 18, 1, 22; 24. MODESTINUS (5 regul.) D. 18, 1, 62, 1. — ULPIAN (25 ad ed.) D. 11, 7, 6, 1. Cod. 3, 44, 2; 9. Dieser Rechtszustand ist der klassische, denn er ist anscheinend den Worten nach<sup>75</sup> in der sententia de sepulcris des Subpräfekten ALFENIUS SENECIO (2.—3. Jahrh. p. C.) zugrunde gelegt: „da die Gebäude auf solum purum stehen, nicht auf einem Grab, noch auch mit einem Grab verbunden sind, steht fest, daß der Kauf rechtswirksam ist“<sup>76</sup>. Ferner stimmt das klassische System des Privatrechtes zu diesem Rechtszustand allein: der Eigenbesitz am

<sup>72</sup> Vgl. die zum Teil schon von FR. MOMMSEN, Unmöglichkeit 109, Erörterungen 2, 36ff.; BRINZ, Pandekten 2, 128f.; IHERING, Jahrb. f. Dogmatik 4, 1 ff.; RABEL, Mélanges Gérardin 473ff. benutzten Belegstellen bei F. HAYMANN a. a. O. 53—66, der dem Unterschied der klassischen Haftung auf Vertrauensinteresse von der Haftung auf positives Erfüllungsinteresse mit der modernen Forschungskritik nachging, dort, wo bisher die moderne Interpolationenforschung die Überarbeitung nicht geahnt hatte.

<sup>73</sup> Ältere Basilikenscholien sind nicht erhalten. Nebeneinander ist rezipiert: die Regel von der Unwirksamkeit des Kaufs und die bloße Haftung auf Vertrauensschutz in Bas. 19, 1, 60; die Regel, daß der Kauf zugunsten des nicht-wissenden Erwerbers wirksam sei, Bas. 19, 1, 4, 5; ist es bezeichnend, daß Bas. 19, 1, 71 durchaus nicht so deutlich wie D. 18, 1, 73 sagt, daß der locus sacer nicht verkauft werden kann?

<sup>74</sup> HAYMANN, a. a. O. 61, 154ff.

<sup>75</sup> Der Sache nach ist natürlich ein scharfer Schluß aus dieser Stelle nicht zu gewinnen, da die Entscheidung in justinianischem Rechte ebenso verwertbar wäre.

<sup>76</sup> C. J. L. 10, 1, 3334 (BRUNS Fontes<sup>7</sup> p. 405). Die massenhaften Sepulkralinschriften scheinen, soweit ich sehe, keine sichere Ausbeute zu gewähren.

locus sacer oder locus religiosus ist schlechthin unmöglich<sup>77</sup>; wenn eine Stipulation dem Gläubiger geleistet ist, für den Fall, daß er das verkehrsunfähige Grundstück verkaufe, ist die Bedingung und die stipulatio unwirksam<sup>78</sup>; ebenso wie die stipulatio unwirksam ist: eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari<sup>79</sup>. Es ist durchaus unwahrscheinlich, daß bei Unwirksamkeit des Kaufs wirklich eine Klage auf Erfüllung des Vertrages dem nichtwissenden Käufer zugestanden habe. Das Gegebene war eine dolus-Haftung wegen Täuschung des Erwerbers über die Verkehrsunfähigkeit der Sache. Der Kauf war dabei zwar als unwirksam behandelt, aber die actio empti mußte hier ebenso zustehen können, wie bei der arglistigen Täuschung über irgendeine andere unmögliche Leistung. Und danach gibt auch *MODESTIN D. 18, 1, 62, 1* den Anspruch auf das Vertrauensinteresse, obgleich die emptio nicht wirksam ist<sup>80</sup>. Dieselbe Entscheidung stand wohl einst in *Inst. 3, 23, 5* im klassischen Texte. Hier ist nur anfangs das „sciens“ im Tatbestande und nachher das „quod non habere ei liceat“ als Interpolation zu streichen<sup>81</sup>, das erstere, weil eben die Wirksamkeit des Geschäfts nach klassischem Recht nicht von dem Wissen oder Nichtwissen des Käufers abhängt, das zweite, weil die Haftung auf Vertrauensinteresse, nicht auf Verletzung der Vertragspflicht beruht, welche in der Garantie für das rem habere licere besteht. Schon *SCIALOJA* bemerkte mit Recht die Interpolation „si ab ignorante emitur“ in *D. 18, 1, 4*, wenn auch mit anderer Begründung<sup>82</sup>.

Wie sich zu dieser Dolushaftung mit der a<sup>o</sup> empti die a<sup>o</sup> in factum gegen den Verkäufer verhält, si fundus religiosus pro puro venisse dicitur (*D. 11, 7, 8, 1*), war bisher nicht klar. Meist versteht man unter dieser Klage eine solche, welche dem Käufer des fundus gegen den Verkäufer zusteht<sup>83</sup>, und hat dann Schwierigkeit, diese a<sup>o</sup> in factum neben der actio empti in *D. 18, 1, 62, 1* zu erklären. Aber die Schwierigkeit entfällt, wenn nach klassischem Recht die a<sup>o</sup> empti nur als Dolushaftung in Betracht kam und daher hier eine weitergehende und den Beweis des

<sup>77</sup> *D. 18, 1, 34, 1*. — *D. 41, 2, 30, 1*. Die zweite Stelle stammt aus der Erläuterung des *PAULUS* im 15. Buche ad Sabinum, wo die civilis possessio ex iusta causa in Frage stand.

<sup>78</sup> *D. 45, 1, 137, 6*.

<sup>79</sup> *D. 45, 1, 83, 5*.

<sup>80</sup> Man kann nur fragen, warum das Fragment nicht interpoliert ist. — *Kompiletorenversehen?*

<sup>81</sup> sciens zu streichen empfiehlt schon *F. HAYMANN*, a. a. O. 160.

<sup>82</sup> *Bull. 2 (1899) 178*. *PERNICE*, *LABEO 2, 1, 379, 2*. *GIRARD*, *Manuel*<sup>5</sup> 445. *BONFANTE Ist.*<sup>6</sup> 467 u. 3. *FERRINI*. *Bull. 13 (1901) 179* bemerkt nur, daß *Inst. 3, 23, 5* fu gravamente ritoccatto dai compilatori.

<sup>83</sup> So *LENEL*, *Edictum*<sup>2</sup> § 91, der auf das Problem aufmerksam macht, wie diese Klage sich zur a<sup>o</sup> empti verhält. *HAYMANN* p. 155. Auch ich halte das für richtig. Denn nur in diesem Falle ist die Formel wirklich analog zum Typ der Strafklage gegen denjenigen qui mortuum intulit in alienum fundum.

Dolus nicht verlangende Strafklage bestand. Nach justinianischem Recht, nach welchem der Verkauf an den nichtwissenden Erwerber wirksam war, ist diese Klage zwecklos, da hier die *aº empti* selbst zusteht, wo im klassischen Recht ihr praktischer Erfolg nur mittels der besonderen *actio in factum* hergestellt wurde. Der praktische Grund für die justinianische Umgestaltung mag mit dieser *aº in factum* zusammengehängen haben: wenn dort dasselbe praktische Ergebnis erzielt wurde, wie bei der *aº empti* auf Erfüllungsinteresse<sup>84</sup>, lag es nahe, die *aº empti* aus wirksamem Kauf selbst immer dem nicht wissenden Erwerber zuzugestehen. Jedenfalls entsprach die Rechtsänderung dem Kompilatoren-dogma der *ultra citroque obligatio*.

Im Falle des Verkaufs des *homo liber* liegt der justinianische Rechtszustand, der durchscheinende klassische und die Methode der Rechtsänderung ganz ähnlich. Auch hier ist die wesentliche Arbeit schon von FR. HAYMANN<sup>85</sup> getan, der hier den Lösungsversuch SCIALOJAS m. E. überholt hat.

Der justinianische Rechtszustand ist ebenso wie bei dem Verkauf der *res extra commercium*<sup>86</sup>: der nichtsahnende Erwerber schließt ein wirksames Geschäft ab, der wissende schließt ein nichtiges Geschäft.

Was hier im klassischen Rechte galt, ist streitig. Die heute noch herrschende Lehre<sup>87</sup> nimmt an, daß nach der klassischen Juristenlehre das obligatorische Kaufgeschäft wirksam ist, wenn der Käufer nichts von der Freiheit des gekauften Individuums weiß, und zwar gelte dieser Rechtszustand kraft eigenartigen Sonderrechts aus Gedanken des Verkehrsschutzes: *quia difficile dinosci potest liber homo a servo* (D. 18, 1, 5). Wer dies annimmt, gerät nun aber in die Lage, eine Reihe von Antinomien in Kauf zu nehmen: *homo enim liber nullo pretio aestimatur*, sagt PAULUS in Sent. V, 1, 1. Und derselbe PAULUS soll im 33. Buche ad Sab. (D. 18, 1, 34, 2) entschieden haben: *Liberum hominem scientes emere non possumus*. —? Ja er soll auf die Frage des Rechtsrat Suchenden in einem Fall, in welchem dieser den Kauf über ein Individuum für ungültig hielt, weil in *libero . . . homine neque venditio constitit et nihil est, quod veneat*, geantwortet haben: *venditio . . . tam servi quam liberi contrahi potest . . . non enim de eo loquimur, qui sciens liberum emit*<sup>88</sup>. PAPIANUS (D. 16, 1, 27, 1) dagegen nennt den Kauf über einen *homo liber* schlechthin als Beispiel eines nichtigen Geschäftes, zusammen mit dem Kauf des *praedium litigiosum*<sup>89</sup>. Aber es handelt

<sup>84</sup> HAYMANN scheint das zu bestreiten, a. a. O. p. 155.

<sup>85</sup> a. a. O., p. 157—170. <sup>86</sup> Inst. 3, 23, 5; D. 18, 1, 4—6; D. 18, 1, 70.

<sup>87</sup> SCIALOJA Bull. 2 (1889) 178; PERNICE, LABEO 2, 1, 379, 2; GIRARD, Manuel<sup>5</sup> 445, BONFANTE, Ist.<sup>6</sup> 467; RABEL, Mélanges Gérardin 511.

<sup>88</sup> D. 40, 13, 4. HAYMANN p. 161.

<sup>89</sup> Über letzteres fragm. de iure fisci § 8; D. 20, 3, 1, 2.

sich um mehr als um Antinomien im brüchigen Digestenmaterial<sup>90</sup>. Wer mit der heut herrschenden Lehre annimmt, daß der nichtsahnende Käufer eines homo liber ein wirksames Geschäft abschloß, übersieht, daß in der lex Fabia de plagiariis nach dem Wortlaut des Gesetztextes nicht nur derjenige unter das Gesetz fällt, der sciens dolo malo emerit, sondern jeder Käufer<sup>91</sup>. Eine besondere Bestimmung oder nur die Praxis erklärten den nichts ahnenden Käufer für straffrei. Wer das erwägt, wird es für ganz unglaublich halten, daß der Prätor, der aus den leges minus quam perfectae der Republik selbst keine wirksame Klage zuließ, eine a<sup>o</sup> empti entgegen dem Verbot der lex Fabia gegeben haben sollte, wo es sich um den Kauf eines homo liber handelte. Diesen für gültig zu erklären, wenn ein nichtsahnender Erwerber kaufte, das blieb dem byzantinischen Kaiser vorbehalten, der die Tatbestände der Fragmente über die lex Fabia entsprechend ändern ließ, so daß sie sich nur auf den wissentlichen Käufer eines homo liber bezogen. Daher ist entsprechend auch die stipulatio hominem dari wie das Damnationslegat über den freien Mann unwirksam (Gai. 3, 97; PAUL. D. 45, 1, 83, 5; MODESTIN. D. 45, 1, 103; ULP. reg. XXIV, 9). Nichts beweist, daß ein anderer Rechtssatz, als derjenige, welcher im allgemeinen den Kaufvertrag über den homo liber für ungültig erklärte, dieser Entscheidung zugrunde lag. Wer trotz der richtig erkannten lex Fabia behaupten will, daß die Klassiker den Verkauf des freien Mannes als wirksam behandeln konnten, wenn nur der Erwerber nichtsahnend war, der müßte einen besonderen Rechtssatz als Grundlage dafür nachweisen. Und ein solcher liegt den Juristenentscheidungen offenbar nicht zugrunde.

Diese Interpolation, die durch Vergleich der Paralleltexte über die lex Fabia in und außerhalb des Corpus iuris feststeht, gibt eine Sicherheit für die Interpolationsbehauptungen, die HAYMANN für eine Reihe Digestenstellen gemacht hat, in denen der justinianische Rechtszustand zur Geltung gebracht ist: In D. 18, 1, 4 und 6 pr. ist<sup>92</sup> der Verkauf des homo liber auf einer Stufe mit dem Verkauf des locus sacer und religiosus genannt, si ab ignorante emitur. Es genügt nicht, hier nur die Er-

<sup>90</sup> Das folgende Argument ist von HAYMANN nicht beigebracht.

<sup>91</sup> sciens und sciens dolo malo in D. 48, 15, 1. 4, 6, 2 sind justinianische Interpolationen, wie aus der parallelen Aufzählung der Tatbestände in Collatio 14, 2, 1; 14, 3, 4 hervorgeht. Vielleicht auch das sciens Trib. in Cod. 9, 20, 15. Diese Tatsache ist allerdings stets verkannt, cf. MOMMSEN Strafr. 781.

<sup>92</sup> Pompon. (l. 9 ad Sab.): [Et] <nec> liberi hominis [et] <nec> loci sacri [et] <aut> religiosi, qui haberi non [potest] <possunt>, emptio intellegitur [si ab ignorante emitur]. [Sed] Celsus filius ait hominem liberum [scientem] te emere non posse nec [cuiuscumque rei si scias alienationem esse, ut] sacra aut religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur [ut est campus Martius].

wähnung der *res extra commercium* zu streichen<sup>93</sup>, denn „*qui haberi non possunt*“ stand sichtlich schon als Begründung im Texte, als dieser noch gerade die Unwirksamkeit aussprach, die er im *Corpus iuris* auszuschließen scheint. Ebenso ist das *scientes* in *D. 18, 1, 34, 2* interpoliert. In *D. 40, 13, 4* hat auch HAYMANN schon in der Entscheidung des PAULUS die Interpolation behauptet. Hier wie in *D. 18, 1, 70*, wo LICINIUS RUFUS scheinbar den justinianischen Rechtszustand als den klassischen hinstellt, liegen Überarbeitungen vor. Es liegt nahe, an Texte zu denken, die ursprünglich ebenso von der *mancipatio* sprachen, wie *D. 21, 2, 39, 3*. Aber Gewißheit ist gegenüber diesen Stellen allerdings nicht zu erlangen. Es bleibt hier nur der Hinweis auf das Gesamtergebnis, auf die Antinomie, in der sonst der PAULUS-Text zu den anderen Aussprüchen desselben Juristen steht, auf die sicheren Interpolationen in den Fragmenten über die *lex Fabia*. Danach darf als wahrscheinlich gelten, daß im klassischen Recht auch hier der Rechtszustand war: der Kauf über den *homo liber* ist als Verpflichtungsgeschäft nichtig<sup>94</sup>. Nur eine *aº empti* aus dem *Dolus* des Verkäufers ist auch hier anzunehmen. Sie ist nicht unmittelbar erweisbar, da *Inst. 3, 23, 5* mit seinem Hinweis auf den Rechtszustand bei dem Verkauf der *res extra commercium* kein grenzenloses Vertrauen verdient. Aber in die Erwägung des Juristen über diesen Anspruch mag *D. 18, 1, 5* gehören, eine Stelle, an der ja klar ist, daß auch der Klassiker die Frage kannte, wie der Käufer gegen die Unwirksamkeit des Geschäftes zu schützen sei.

Die justinianische Rechtsänderung ist hier praktisch sehr wohl zu erklären: da jede Garantiehaftung für Rechtsmängel nach JUSTINIANS Kodifikation auf dem wirksamen Kaufgeschäft ruht und die *aº auctoritatis* weggefallen war, muß mit der *aº empti* wegen der Eviktion vom *emptor ignorans* vorgegangen werden können. Entsprechend dem Dogma der *ultra citroque obligatio* war damit gegeben, daß die Kompilatoren das ganze Geschäft als wirksam erklärten, wenn der Käufer nichtsahnend den freien Mann erworben hatte.

In den Zusammenhang mit dem Verkauf des freien Menschen gehört auch *D. 17, 1, 8, 5*,<sup>95</sup> wo BESELER und HAYMANN schon die

<sup>93</sup> So SCIALOJA und die oben S. 36 Anm. 87 Genannten.

<sup>94</sup> Praktische Bedenken könnten daraus geltend gemacht werden, daß damit der Eviktionsanspruch *ex empto* entfällt. Aber das hat ja nach klassischem Recht, bei der Möglichkeit aus der *mancipatio* und der *stipulatio duplae* zu klagen, keine praktische Bedeutung. Bei Täuschung des Käufers half ja auch die *aº empti* aus dem *dolus*. Im justinianischen Recht dagegen war dieses Entfallen des Eviktionsanspruches unannehmbar. Damit er zustand, mußte der Kauf selbst, der Grundlage des Anspruches nach justinianischem Recht ist, wirksam sein.

<sup>95</sup> *Ulp. (l. 33 ad Ed.)*: *Si liber homo, cum bona fide serviret, mandaverit Titio, ut redimeretur et nummos ex eo peculio dederit, quod ipsum sequi, non apud bonae fidei*

Interpolation festgestellt haben. JULIAN, referiert von ULPIAN, bespricht den Fall, daß der freie Mann, der dem *bf.*-possessor als Knecht dient, einem Dritten den Auftrag gibt, ihn zu kaufen und freizulassen. Der Dritte kauft und läßt frei, indem er das Geld aus dem *peculium* zahlt, das mit dem angeblichen Sklaven mit auf den Käufer übergeht. Als nachher der Freigelassene seine *Ingenuität* erweist, geht die *a<sup>o</sup> mandati* gegen den Freikäufer auf *Aktionenzession*. In dem Falle, daß die *nummi ex re des bonae fidei* possessor selbst stammen, ist die *a<sup>o</sup> mandati* gegenstandslos, weil der Freikäufer in diesem Falle keine Rückforderung gegen den *bonae fidei* possessor hat. Die Kompilatoren behandeln den Kauf als wirksam; sie müssen daher nach ihrer Theorie der *ultra citroque obligatio* die *a<sup>o</sup> venditi* gegen den Freikäufer auf Kaufpreiszahlung annehmen. Aber aus dieser Schwierigkeit ziehen sie sich mit der Entscheidung: diese *a<sup>o</sup> venditi* sei ja unpraktisch: „weil er, soviel er damit bekommt, mit dem *iudicium ex empto* aus der *Eviktionshaftung praestieren* müsse“. Interessant ist hier die Konsequenz, mit der die *a<sup>o</sup> venditi* erst bejaht wird, um dann aus praktischen Gründen als zwecklos hingestellt zu werden. Die klassischen *Aktionen* sind hier als Ansprüche umgedacht, die sich gegenseitig heben, nicht anders als die Ansprüche bei der *Dolus-Kompensation* in D. 18. 1, 57, die wichtige interpolierte Stelle, auf die ich nunmehr eingehe.

## II.

Nach ähnlicher Methode wie dieser Kauf über unmögliche Leistung ist der Fall des berüchtigten Fragmentes D. 18, 1, 57 behandelt: wenn der Kauf abgeschlossen ist über ein Haus, das kurz vor dem Kauf abgebrannt ist, sollen die älteren Sabinianer entschieden haben, daß nichts verkauft sei; NERATIUS dagegen soll zwischen mehreren Fällen unterschieden haben<sup>96</sup>. Soweit ist die Stelle sicher echt. Was folgt, ist,

*emptorem relinqui debuit, Titiusque pretio soluto liberum illum manumiserit, mox ingenuus pronuntiatu est, habere eum mandati actionem JULIANUS ait adversus eum cui se redimendum mandavit, sed hoc tantum inesse mandati iudicio, ut sibi actiones mandet, quas habet adversus eum a quo comparavit. plane si eam pecuniam dederit, quae erat ex peculio ad bonae fidei emptorem pertinente, nullae ei, inquit JULIANUS, mandari actiones possunt, quia nullas habet [cum ei suos nummos emptor dederit: quin immo, inquit, ex vendito manebit obligatus, sed et haec actio inutilis est, quia quantum fuerit consecutus, tantum empti iudicio necesse habebit praestare.] BESELER hat die Interpolation schon gesehen (Beitr. 2, 118), HAYMANN sie gleichzeitig eingehend begründet (a. a. O. 167f.), soweit es sich um die Worte ab „quin immo“ handelt. Aber schon die Begründung „cum ei-dederit“ ist kaum mehr klassisch. Denn einmal ist sie allzu trivial, weist außerdem mit dem „ei“ nicht auf das letzte „ei“ zurück, sondern auf den *bonae fidei* possessor, der gar nicht als Satzsubjekt eingeführt ist.*

<sup>96</sup> M. E. nicht aus dem Gedanken der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung, sondern aus der Vertragsauslegung der beiderseitig bekannten Voraus-

wie heut alle annehmen, schwer interpoliert<sup>97</sup>, und als Methode der Interpolation ist sehr deutlich die Tendenz zu erkennen, das Kaufgeschäft nach beiden Seiten wirksam oder unwirksam sein zu lassen, entsprechend dem Dogma der *ultra citroque obligatio*, nach dem die Obligationen bei dem Kauf entweder beiderseitig entstehen oder beide nicht entstehen. Daher die kindliche Regelung: 1. Für den Fall der *Ignorantia* der beiden Parteien: wenn der größere Teil des Hauses verbrannt ist, soll der Käufer nicht „zum Vollzug des Barkaufs gezwungen werden“<sup>98</sup>, sondern darf „sogar“ das Gezahlte zurückfordern; wenn die Hälfte oder ein kleinerer Teil verbrannt ist, soll für beide Teile das Geschäft wirksam sein, aber mit Minderung des Preises. 2. Für den Fall, daß der Verkäufer weiß, daß das Haus abgebrannt ist, der Käufer es nicht weiß, so soll das Kaufgeschäft unwirksam sein; steht irgend ein Teilchen des Hauses noch, so soll dagegen der Kauf wirksam sein und der Verkäufer das Interesse an der Erfüllung „restituieren“. 3. Wenn der Käufer den Brand kennt, aber der Verkäufer nicht, so soll das Geschäft voll wirksam sein, und 4. wenn beide wußten, daß das Haus abgebrannt sei, so ist der *Dolus* der Parteien zu kompensieren.

Über die Interpolationen ist heut nur noch insofern eine Frage möglich, als das Problem sein muß, unter der Überarbeitung den echten Text wiederzufinden. Jedenfalls liegt ganz bloß, wie hier nach den Fragestellungen der byzantinischen *ultra citroque obligatio* die sehr lebhaft abgehandelt ist. Man lernt eine neue Seite des byzantinischen Dogmas kennen: die Klassiker kannten nur die *Compensatio* von Forderungsbeträgen. Die Byzantiner dagegen kennen die Hebung der sich gegenseitig gegenüberstehenden Ansprüche, da eben das *bonae fidei iudicium* für sie *mutua actio* ist: *iudicio quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare (sc. venditionem) non concedente*. Was uns bisher als eine unklare Verwässerung klassischer Ideen erschien, der ganze Begriff der *Doluskompensation*, ist hier logische Konsequenz aus dem grundlegenden byzantinischen Dogma.

Wenn man den Gesichtspunkt erkennt, nach dem umgestaltet ist, ist es wohl auch möglich, zu einer glücklichen Hypothese über setzung, die wesentlich für den Vertrag war und sich als falsch herausgestellt hat (sogenannter *mutual mistake* des englischen Rechts, vgl. ANSON, *Law of contract*, p. 162f. [17. A. S. 160]).

<sup>97</sup> Zur Interpolation vgl. FABER, *Coniecturae* 12, 17. EISELE, *SZ.* 7 (1886) 30. GRADENWITZ, *Interpolationen* 46f. LENEL Paul., 1116. BECHMANN, *Kauf* (herausgeg. v. OERTMANN) 3, 2, 234ff. BONFANTE, *Ist.*<sup>6</sup> 467 u. 1; STORIA<sup>3</sup> 2, 158. HAYMANN, a. a. O. 40f., 66, 79, dessen Kritik an der Stelle mir aber zu radikal erscheint, wenn er nicht mehr als den ersten Satz gelten läßt.

<sup>98</sup> Es ist die aus der griechischen Dogmatik entlehnte Auffassung des Kaufes (vgl. GGA 1911, 727ff.): durch Zahlung des Preises wird die *venditio*, d. h. der Barkauf, durch Austausch der Leistungen *ad effectum* „perducitur“. (*Inst.* 3, 23, 1; *Cod.* 4, 38, 15, 1.)

die klassische Rechtsgestaltung zu gelangen, die hier den Anstoß bei den Byzantinern erregte. Die festen Punkte für die Hypothese sind folgende: analog dem Stipulationsrecht (D. 44, 7, 1, 9) ist ursprünglich nach sabinianischer Lehre das Kaufgeschäft nichtig, wenn das Haus verbrannt war. Das entspricht der Entscheidung über die beiderseitige falsche Voraussetzung (*mutual mistake* oben S. 39 n. 96) bei URSEIUS FEROX (D. 18, 1, 41, 1) wie nach der Entscheidung MARCIANS (D. 18, 1, 44) über die paarweise verkauften Sklaven. Ferner ist im klassischen Recht hier sicherlich mit der Dolushaftung des täuschenden *venditor* gearbeitet worden, die in § 1 durch den Erfüllungsanspruch verdrängt ist, für den Fall, daß nur etwas vom Hause noch steht. Endlich ist belangreich, daß PAPIANIAN in D. 18, 1, 58 den Kauf eines Gartengrundstücks für wirksam erklärt, wenn nur die Bäume vor Abschluß des Geschäftes verbrannt sind oder umbrachen, und es dem Käufer nicht auf die Bäume ankam. — Da derselbe Gedanke auch sonst in der Unmöglichkeitstheorie nachweisbar ist<sup>99</sup>, wird wahrscheinlich, daß schon NERATIUS wie PAPIANIAN den Fall hervorgehoben haben dürfte, daß noch im abgebrannten Zustand das Haus für den Käufer Interesse hat. Auch die Textkorruptel, die MOMMSEN heilen wollte (*quanta pars domus incendio consumpta permaneat*), deutet vielleicht darauf hin, daß im *Responsum* des NERATIUS der *Passus* über den entscheidenden Gesichtspunkt nicht frei erfunden, sondern nur zusammengestrichen ist<sup>100</sup>. Dort, wo jetzt die sicher interpolierte Stelle folgt, war bei NERATIUS wohl eben die Entscheidung gegeben, welche den Eingriff der Byzantiner veranlaßte<sup>101</sup>. Und zwar dürfte NERATIUS dem Käufer die Wahl zwischen der *condictio*, d. h. Anfechtung des Kaufes und der *aº empti*, also dem Geltenlassen des Geschäftes gelassen haben: der *Passus* über die *condictio* fällt mit seinem guten Latein noch heute in der byzantinischen Kanzleisprache auf, aus deren grammatischer Konstruktion er sich abhebt. Und andererseits: gerade die *aº empti*, bei welcher der Käufer auch seinerseits den Kauf erfüllen muß, klingt vielleicht am Anfang durch die energische Ablehnung dieser Möglichkeit, daß man dem Käufer eventuell volle Zahlung des Preises zumuten könne, noch durch. Wir hätten damit auch gerade diejenige Rechtslage, welche der byzanti-

<sup>99</sup> D. 31, 65, 1 in der Entscheidung der *quidam*.

<sup>100</sup> Im *Passus* „*Neratius ait — permaneat*“. Vielleicht hieß es: *quae pars domus consumpta sit, quae permaneat*.

<sup>101</sup> D. 18, 1, 57 pr. . . . *Neratius ait [hac quaestione] multum interesse [quanta pars] <quae pars> domus incendio consumpta <sit quae> permaneat, [ut si quidem amplior pars domus exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem, sed etiam] quod forte solutum ab eo est repetet [sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere aestimatione boni viri arbitrato habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur].*

nischen Dogmatik besonders widerstreben mußte, da sie die *mutua actio* und die *ultra citroque obligatio* bei dem Kauf hier geradezu gelegnet fand. Denn eine entsprechende *a° venditi* des Verkäufers ist hier ja nicht denkbar, wenn wirklich der Klassiker so entschied, wie ich es vermute.

In § 1 ist die Darstellung des Falles wohl echt<sup>102</sup>. Der Klassiker entschied wohl nicht anders als *MODESTIN* in *D. 18, 1, 62, 1* etwa: *Sin autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, [nullam... restituere] <licet emptio non teneat ex empto tamen adversus venditorem experietur ut consequatur quod interfuit eius ne deciperetur>*. Dieselbe Entscheidung des Klassikers ist auch ein anderes Mal wohl ebenso abgeändert worden, nur so, daß noch die klassische *a° empti* auf das Vertrauensinteresse an dieser Stelle sichtbar blieb<sup>103</sup>. In § 2 ist der Fall sicher *tribonianisch* eingeleitet. Die

<sup>102</sup> Vgl. auch *LENEL, PAUL. 1116*.

<sup>103</sup> *D. 18, 4, 8, (JAVOLENUS l. 2 ex PLAUTIO)*, die Gewährleistungshaftung des Erbschaftsverkäufers betreffend: *Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, [quantum emptori praestari debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si] <aut> nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emptor a venditore <deceptus> consequatur. BONFANTE (Ist.<sup>6</sup> 467, 1) will die Stelle ab ut si als interpoliert betrachten. Meines Erachtens geht diese Annahme zu weit: am Ende kommt deutlich die Haftung aufs Vertrauensinteresse, die aus der klassischen Dolushaftung mit *a° empti* erwächst, hervor. Aus sprachlichen Gründen ist doch nur der unvermittelte Anschluß des *quantum-debuit* und das *distingui oportebit* verdächtig. Sachlich ist die *a° ex empto* als Erfüllungsklage mit Bewertung des positiven Leistungsinteresses schon deswegen verdächtig, weil kurz vorher in *fr. 7* eben als klassisches Recht steht: *cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio*. Und es will doch verdächtig scheinen, daß der Fall, daß nichts im Nachlaß ist, in bezug auf die Wirksamkeit des Geschäfts anders behandelt werden soll als der Fall, wo der Erbschaftskäufer gar nicht Erbe oder verkaufsberechtigt ist, also ebensowenig in bezug auf ihn *hereditas* vorliegt. Auch die notwendige Verschiedenheit in der von *JUSTINIAN* beliebten Behandlung der beiden Fälle *si nulla hereditas ad venditorem pertinuit* und *si nulla hereditas est*, will nicht einleuchten. Endlich kann man den Wert der Erbschaft doch nur dann in *Ästimation* stellen, wenn aus dem Gedanken des *rem habere licere* gehaftet wird. Aber für die klassische römische Eviktionslehre entsteht gar kein Eviktionsfall (*RABEL, Haftung des Verkäufers 128*). Dagegen erklärt sich die Stelle leicht durch die Interpolationsannahme (d. *Trib.*: *quantum—si*): in Frage stand beim Klassiker die *a° ex empto* mit Dolushaftung wegen Täuschung des Erbschaftskäufers. Erfüllungshaftung war nach klassischem Recht nicht möglich, da eben in beiden Fällen eine dem wirksamen Verlauf unterliegende *hereditas* nicht vorlag. Die Haftung aufs Vertrauensinteresse mit *a° empti* umfaßte notwendig den Preis und die aus Anlaß des Geschäfts (in *eam rem*) gemachten Aufwendungen. Die Byzantiner interpolierten hier schematisch ihre aufs Erfüllungsinteresse gerichtete Eviktionshaftung mit *a° empti* wegen *non habere licere*, gerade wie bei den *res extra commercium* und dem Verkauf des *homo liber*. Aber das war nur für den Fall möglich, in welchem überhaupt ein Nachlaß vorlag und*

Entscheidung ist ab: pretium ab emptore . . . repeti unverdächtig. — Nur § 3 mit seiner grotesken Tatbestandsannahme, daß beide von dem Brande wissen und dennoch das Geschäft wie über das nicht abgebrannte Haus abschließen, ist ganz von den Byzantinern fabriziert.

### III.

Wer JUSTINIANS Dogma von der *ultra citroque obligatio* beim *συνάλλαγμα* und die beiden dargestellten Fälle aus der Unmöglichkeitslehre des Kaufrechtes betrachtet, liest mit anderen Augen, als es bisher geschah, das Fragment D. 18, 1, 34, 3 (PAULUS I. 33 ad ed.):

Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultra quod convenerit praestet: quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit.

Die Stelle scheint in der Literatur bisher stets als echt behandelt worden zu sein<sup>104</sup>. Es ist eine rechte Exemplifikation zur Lehre von der *ultra citroque obligatio*, und die Beziehung zu diesem Dogma ist schon nach den Wörtern unverkennbar; wissen beide Teile, daß die verkaufte Sache furtiv sei, so ist die *emptio* beiderseits ohne obligierende Wirkung (a neutra parte obligatio contrahitur); weiß es der Verkäufer allein, so heißt es „*utrinque obligatio contrahitur*“, also Preiszahlungspflicht des Käufers, Traditionsanspruch und Gewährleistungsanspruch des Käufers. Kennt der Käufer allein die Furtivität, so hätte nach dem Dogma allein mit krasser Begriffsjurisprudenz entweder nach beiden Seiten hin das Geschäft als wirksam oder unwirksam behandelt werden können. Beide Entscheidungen konnten praktisch nicht getroffen werden; die erstere hätte dem wissenden Käufer trotz Wissens den Eviktionshaftungsanspruch gegeben<sup>105</sup>. Die letztere hätte den Verkäufer der gestohlenen Sache ohne Preiszahlungsanspruch gelassen, wenn er tradiert hatte, ohne den Preis empfangen zu haben. Beides war unerhört; daher blieb nichts übrig als die *aº venditi* zuzulassen. Ihre Zweiseitigkeit als *mutua aº* kam aber insofern in Betracht, als der Verkäufer nicht die Preiszahlung erzwingen kann, ohne selbst „*ultra*“,

---

durch den wahren Erben entwehrt wurde. Für den Fall, daß gar keine Erbschaft vorlag, blieb es bei der klassischen Haftung auf den Vertrauensschaden, nur fiel das Tatbestandsmerkmal, daß der Verkäufer den Käufer getäuscht hatte.

<sup>104</sup> Auch der Leipziger Index ergibt nichts über ältere Interpolationsbehauptungen (PETERS).

<sup>105</sup> Darüber, daß die *natura contractus* bei der *emptio venditio* die Eviktionshaftung mit sich bringt, also diese zur *natura actionis ex empto* gehört, vgl. schol. Steph. Bas. 11, 1, 43 (HEIMBACH I, 629) und schol. ad Bas. 23, 1, 42 (HEIMBACH 2, 632), wo von der Verpflichtung zur *stipulatio duplae* die Rede und der Satz von D. 21, 2, 2 in Rechnung zu stellen ist. (Vgl. auch ROTONDI, Bull. 24 (1911) 29ff.)

freiwillig zu leisten: nisi ultro quod convenerit praestet. Auch das ist deutlich Anklang an das justinianische Recht. Denn JUSTINIAN hatte ja diese „freiwillige Leistung auch ohne „conventio““ vorgeschrieben. Schon der enge Anschluß an die byzantinische Lehre von der ultro citroque obligatio muß die Stelle als Zeugnis klassischen Rechts höchst verdächtig machen; sie fügt sich allzu konsequent der unklassischen Dogmatik ein. Dazu kommen die sprachlichen Anzeichen der Überarbeitung: der Eingang des Fragmentes stellt den Fall, daß beide Parteien die Furtivität kennen, in Parallele mit dem Falle, daß beide die Verkehrsunfähigkeit der verkauften Sache kennen. Wer in § 2 das scientes als interpoliert erkennt, muß mindestens die Interpolation des item si als selbstverständlich betrachten, wofern er nicht annimmt, daß zwischen § 2 und § 3 gestrichen ist oder § 3 hineingesetzt wurde. Im Texte selbst ist es auffällig, daß von einer nach beiden Seiten hin bindenden obligatio die Rede ist, während die Klassiker wie von zwei actiones auch nur von zwei obligationes sprechen konnten. Endlich tritt sprachlich auch der Tempuswechsel als Interpolationsargument hervor: si . . . scit, non obligabitur, — si venditor scit, emptor ignoravit, . . . . contrahitur.

So präsentiert das Fragment, vom Standpunkt JUSTINIANS aus gesehen, alle Zeichen tiefer Überarbeitung. Die klassische Rechtsgestaltung muß in der Tat Anlaß zum Eingriff für denjenigen geboten haben, der auf dem Standpunkt des justinianischen Synallagma-Dogmas stand. Denn so säuberlich und lehrhaft hier die gelehrte Kasuistik nach dem Schema, das wir aus D. 18, 1, 57 und D. 18, 1, 70 kennen, vorgelegt wird, so wenig paßt sie in den Klassikertext.

Im ersten Fall, wenn beide Teile die Furtivität kennen, soll der Kauf beiderseits nicht Verpflichtungswirkung haben. Das paßt zu der byzantinischen Lehre von der Doluskompensation zwischen den beiden Ansprüchen, wie sie nach D. 18, 1, 57 möglich ist. Aber die Entscheidung ist für den Klassiker nicht zu begründen. Selbst BECHMANN fand hier nur die alte fadenscheinige Erwägung, daß der Kauf über eine res furtiva, wenn beide Teile die Furtivität kennen, den guten Sitten zuwiderlaufe<sup>106</sup>. „Die Rechtsordnung kann sich nicht dazu hergeben, das bewußte Streben nach einer res furtiva zu fördern.“ Als wenn die ärmlichste Phantasie nicht Fälle fände, in denen der Kauf über eine res furtiva nichts Unsittliches sein kann: Wer heut vom wissenden Besitzer der „Gioconda“ das berühmte Gemälde kauft, um es dem Louvre wieder zuzuführen, der beginge doch nichts sittlich Verwerfliches! Aber es bedarf der rationalistischen Argumente gar nicht, da ja feststeht, daß im klassischen römischen Recht ein Satz sonst unnach-

<sup>106</sup> BECHMANN, Kauf 2, 208.

weislich ist, der die *emptio rei furtivae* bei Kauf zwischen Wissenden unwirksam und bei Verkauf durch den bösgläubigen Besitzer an den Gutgläubigen wirksam sein ließe. Schon nach der ganzen Überlieferung stellt sich D. 18, 1, 34, 3 nicht als Konsequenz des klassischen Systems, sondern als eine legislatorische Entscheidung dar, zu welcher dem Klassiker die Laune wie die Befugnis fehlte. Wäre D. 18, 1, 34, 3 nicht, so würden wir nach den allgemeinen Grundsätzen die Entscheidung vermuten können, daß bei dem Kauf über die furtive Sache der wissende Verkäufer die *a<sup>o</sup> venditi* auf den Preis, der wissende Käufer die *a<sup>o</sup> empti* wohl auf die Tradition, aber nicht auf die Eviktionshaftung hat<sup>107</sup>. Denn weder die Gesetzgebung über die Unersitzbarkeit der furtiven Sache<sup>108</sup> noch die Sätze über das *furtum* des bösgläubigen Veräußerers und Erwerbers können ohne weiteres dafür in Anspruch genommen werden, daß die *bonae fidei iudicia* aus der *emptio venditio* nicht zustehen. Allerdings wäre möglich, daß unter gewissen Umständen die in D. 18, 1, 34, 3 gegebene Entscheidung, wenn auch nicht dem byzantinischen Wortlaut nach, aber doch nach dem praktischen Ergebnisse auch dem klassischen Recht nicht fremd war. Schon PERNICE<sup>109</sup> hat darauf hingewiesen, daß ebenso wie Mandat und *societas* unwirksam waren, wenn sie für unsittlichen Zweck geschlossen waren, nach der Meinung mancher Klassiker auch die *emptio venditio* bei Vorliegen eines unsittlichen Geschäftszweckes nichtig sein konnte (D. 18, 1, 35, 2). Aber es fehlt mir bisher an Beweisen dafür, daß diese Lehre sonst auch auf die *emptio venditio rei furtivae* bezogen worden wäre. Und wir haben doch andererseits einen besonderen Anhalt dafür, daß gerade PAULUS sich von der bedenklichen Verwirrung der Begriffe frei gehalten hatte, die manchem älteren Klassiker bei der Behandlung der *bona fides* im Usukapionsbesitz und dem obligatorischen Geschäft unterlaufen war: PAULUS weiß sehr wohl, daß die *fides* im Vertragsverhältnis zwischen den Parteien auf durchaus anderen Rechtsgedanken beruht, als die *bona fides* im Ersitzungsrechte<sup>110</sup>. Aber selbst wenn wir Tatbestände und klassische Lehren ausfindig machen könnten, die praktisch auf dieselbe Rechtsgestaltung wie D. 18, 1, 34, 3 führen, so ist doch selbst dann die allgemeine Fassung des Satzes in D. 18, 1, 34, 3, welche die Unwirksamkeit der *emptio inter ignorantes* schlechthin ausspricht, keineswegs erklärt.

<sup>107</sup> Letzteres nach Cod. 8, 44, 18, 27; Cod. 3, 38, 7.

<sup>108</sup> D. 41, 3, 42, wonach analog auch für die *venditio* der *res furtiva* gesagt zu sein scheint, daß *venditio non valet*, erweist natürlich nichts. Denn die Stelle bezieht sich auf die *mancipatio* und ihre translativ Wirkung: wer die *res furtiva* manzipiert und nachher *dominus* wird, kann nicht wirksam vindizieren. Vgl. schon KRÜGER, Dig. ad hunc locum.

<sup>109</sup> PERNICE, LABEO 2, 1, 474.

<sup>110</sup> Vgl. D. 41, 4, 2, 1.

Die andere Entscheidung in D. 18, 1, 34, 3, die für den Fall, daß der Käufer die Furtivität kennt, aber der Verkäufer nicht, ist für klassisches Recht auch nicht schlechthin zu rechtfertigen. Wenn PAULUS einerseits sagte, daß derjenige, der mala fide erwirbt, jedenfalls *kauft*<sup>111</sup>, so kann er andererseits nicht gut der Meinung gewesen sein, daß der malae fidei emptor keine a<sup>o</sup> empti auf Tradition hat. Wahrscheinlich ist die byzantinische Fassung hier als ungeschickte dogmatische Formulierung zu der Rechtslage zu begreifen, die sich ergibt, wenn der Verkäufer tradiert hat, ohne bezahlt zu sein. Dann hat er a<sup>o</sup> venditi, aber der Käufer, dem evinziert ist, kann nicht ex empto klagen. Man wende nicht ein, daß diese Beziehung des 2. Satzes von D. 18, 1, 34, 3 willkürlich ist: die Byzantiner verstanden den Satz auch so<sup>112</sup>! Und wer beobachtet hat, wie die Kompilatoren den Kauf über die verkehrsunfähige Sache dort für gültig erklären, wo sie eine Haftung auf habere licere annehmen<sup>113</sup>, der wird sich nicht wundern, daß sie die obligatio des venditor verneinen, wo der Gewährleistungsanspruch entfällt.

Der dritte Fall ist deutlich unklassisch: quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit; was hier festgestellt werden kann, festigt unsere Ausführungen zu den beiden anderen Fällen. Es ist nicht wahr, daß nach klassischem Recht in diesem Falle eine beiderseits wirksame actio zustande kommt. Der emptor hat allerdings sowohl den Traditions- wie den Gewährleistungsanspruch. Aber der venditor hatte offenbar nach klassischem Rechte, wenn er tradiert hatte, und der Verkäufer zur Rückgabe der Sache bereit ist, gar nicht eine wirksame a<sup>o</sup> venditi. In Vat. fr. 12 gab PAPIANUS dem gutgläubigen Käufer, der Tradition erhalten hat und sich einem drohenden Eviktionsprozeß gegenüber sieht, in dem er schon die litis contestatio vollzogen hat, im iudicium aus der a<sup>o</sup> venditi ein schlechthin zustehendes Leistungsweigerungsrecht. Begründung: *weil nach eingetretener litis contestatio eine später eintretende Usucapion ohne praktische Wirkung für den Käufer sei*. Diese Entscheidung setzt jedenfalls voraus, daß dort, wo die usucapio ausgeschlossen ist, der Käufer, der merkt, daß er eine gestohlene Sache erworben hat, gegenüber der a<sup>o</sup> venditi ein Leistungsweigerungsrecht hat. Dieselbe Einwendung gegenüber der a<sup>o</sup> venditi muß auch PAULUS für richtig gehalten haben; denn in zwei Entscheidungen zeigt er, daß er dort (allerdings nach

<sup>111</sup> D. 41, 4, 2, 1.

<sup>112</sup> BASIL. frag. dep. in FERRINI Mercati suppl. zu ed. HEIMBACH, 7. p. 187: *ἀναγκάζει γὰρ ὁ πρῶτης τὸν ἀγοραστὴν καταβαλεῖν αὐτῷ τὸ τίμημα, λέγων αὐτῷ, εἰ καὶ φούρτιβον ἦγον κλεψιμαῖόν ἐστιν, οὐδὲν πρὸς σέ, ἐμοῦ τῆ ἐγκλήσει ὑποκειμένον· καὶ ἐντεῦθεν ὁ ἀγοραστής ζητεῖ τὸ πρᾶγμα.*

<sup>113</sup> Oben S. 34 für die res sacra und religiosa; S. 36 für den Verkauf des homo liber; S. 42 Anm. 103 für den Erbschaftsverkauf.

geschehener Entwehrung) die *a<sup>o</sup> venditi* nicht durchdringen läßt<sup>114</sup>. Angesichts von PAPINIANS Entscheidung bin ich skeptisch gegen die Klassizität des Rechtszustandes, den unser Satz des fr. 34, 3 D. 18, 1 ausspricht. Es ist doch kein Zufall, daß gerade in dieser Beziehung das justinianische Recht eben die Entscheidung PAPINIANS abändert und entsprechend dem Dogma, das sogar an der *res furtiva* bei Gutgläubigkeit des Käufers den Kauf nach *beiden* Seiten hin eine *obligatio* erzeugen läßt, die wirksame *a<sup>o</sup> venditi* im gleichen Falle durch Interpolation des Papinianfragmentes gestattet hat! In D. 18, 6, 19, 1 dringt der Verkäufer der fremden Sache mit seiner *a<sup>o</sup> venditi* gegen den gutgläubigen Käufer durch, wenn er Sicherheit bezüglich der drohenden Eviktion stellt — und die Begründung aus dem Usukapionsrechte, die PAPINIAN gab, ist gestrichen!<sup>115</sup> So gut das Referat des Rechtszustandes des in D. 18, 1, 34, 3 hier dem justinianischen Recht entspricht, so wenig paßt es ins klassische System.

#### IV.

Ebenso scheint die Gültigkeit des Kaufes und der Erfüllungsklage statt des klassischen Anspruches auf Ersatz des negativen Interesses in der Irrtumslehre interpoliert zu sein. Zwei wichtige Zeugnisse römischer Jurisprudenz fallen hier aus ihrer bisherigen Sonderstellung, wenn man versteht, daß nach byzantinischem Recht der Vertrag notwendig wirksam sein mußte, damit die *a<sup>o</sup> ex empto* dem Käufer, dessen Irrtum dem Verkäufer bekannt gewesen war, gegeben werden konnte, während das klassische Recht die *a<sup>o</sup> ex empto* aus dem *dolus* auf negatives Vertragsinteresse gerade auch dann geben konnte, wenn die *emptio venditio* als Kontrakt selbst nicht wirksam zustande gekommen war. Es handelt sich zunächst um D. 19, 1, 21, 2, eine Stelle, deren Interpolation schon mehrfach behauptet worden ist<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> D. 21, 2, 11, pr., wo allerdings ein anderer Fall vorliegt und PAULUS die Leistungsweigerung auf *a<sup>o</sup> venditi* nicht zugesteht, da kein Eviktionsfall vorliege. — Vat. fr. 94. Vgl. schon HAYMANN, a. a. O. 169.

<sup>115</sup> Vgl. schon LENEL, Papin. 478, 2. Daß die Interpolation in D. 18, 6, 19, 1 wegen des diokletianischen Reskriptes in Cod. 8, 44, 24 geschehen wäre (so LENEL, a. a. O.), ist mir unwahrscheinlich. Dort ist m. E. *si satis ei non offeretur* wahrscheinlich eine Interpolation aus demselben Grunde wie die in D. 18, 6, 19, 1. Der Grund zu den Änderungen liegt wohl darin, daß nach justinianischem Kaufrecht zuerst der Käufer den Preis, dann der Verkäufer Tradition und Haftung für *habere licere* zu leisten hat. Dieser Rechtszustand entspricht zugleich dem Dogma der *ultra citroque obligatio*: der Käufer kann Tradition und Eviktionshaftung mit *a<sup>o</sup> empti* beanspruchen, also muß auch der Käufer wirksame *a<sup>o</sup> venditi* haben.

<sup>116</sup> PERNICE, LABEO, 2, 2, 1 p. 248. HAYMANN, a. a. O. S. 64.

D. 19, 1, 21, 2 (PAULUS l. 33 ad ed.):

Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat quae non sunt.

Die Stelle wird bekanntlich heute von der herrschenden Lehre vielfach als Beweis dafür aufgefaßt, daß die Lehre vom sogenannten error in substantia nicht bei allen Juristen des 3. Jahrhunderts durchgedrungen war<sup>117</sup>: PAULUS soll hier das Geschäft als wirksam behandeln, wenn der Erwerber nur über eine wesentliche Eigenschaft des Gegenstandes geirrt hat. Das quanti interest non esse deceptum wird damit für vereinbar gehalten, daß die a<sup>o</sup> empti wegen Nichterfüllung des gültig geschlossenen Kaufes zustand. Zweifelsohne soll auch der venditor seine a<sup>o</sup> venditi aus dem gültigen Geschäft haben. Dem Dogma der *ultra citroque obligatio* entspricht die Stelle jedenfalls. Die zustehende *actio* gründet sich auf den wirksamen Kontrakt. Anhaltspunkte für die Überarbeitung sind hier: Zunächst sehr wahrscheinlich die Rückbeziehung des *supra diximus* auf D. 18, 1, 9, 2, auf die schon öfters aufmerksam gemacht wurde<sup>118</sup>. Sicher die Verbindung: *tamen venditor teneri debet quanti interest non esse deceptum*: das *quamvis . . . esse* der Florentina stimmt nicht zu diesem *tamen*, das vielmehr so deutlich auf ein *emptionem non esse* zurückwies, daß zahlreiche Vulgathandschriften eben dieses „non“ hineinkorrigierten. Zum Satze mit „*quanti interest*“ fehlt ferner ein Demonstrativum oder eine andere wirklich anschließende Satzverbindung<sup>119</sup>. Das „*non esse deceptum*“ selbst ist ohne Subjekt und ließe eher ein „*emptor consequi debet*“ oder ein „*venditor ex empto in id teneri emptori debet*“ statt des einfachen „*venditor teneri debet*“ erwarten. Anfangs ist deutlich vorausgesetzt, daß ein *dissentire* über die *qualitas* vorliegt. Am Ende scheint auch der Verkäufer selbst nicht die wahre Eigenschaft zu kennen (*etsi venditor quoque nesciet*)<sup>120</sup>. Das hat dazu geführt, Fall und Entscheidung weg von der Lehre vom Geschäftsirrtum in die These der Haftung für zu-

<sup>117</sup> ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, 560 ff., 574 ff. PFERSCHKE, Zur Lehre vom sogenannten error in substantia 13 ff. Die unverständliche Äußerung DERNBURG Pand.<sup>7</sup> 1238 n. 12, nach welcher diese Entscheidung zum Grundsatz des fr. 9, 2 fr. 14 D. 18, 1 stimmen soll, ist von SOKOLOWSKI (S. A. 1, 180) gestrichen.

<sup>118</sup> Nach Älteren jetzt wieder und mit Recht KRÜGER, Dig. ad. hunc locum. Die Einwände SAVIGNYS Syst. 3, 287 erledigen sich: *qualitas* in fr. 21, 2 cit. und D. 18, 1, 14 ist nichts anderes als die *ποιότης*, die wesentliche Eigenschaft der Sache nach stoischer Lehre, die eben die individualisierte *substantia* mit der konkreten *ποιότης* verselbigt.

<sup>119</sup> *teneri debet quanti interest . . .* Diese Konstruktion kommt, wie VJR „*debeo*“ (2, 71, 21 ff.) zeigt, nur hier vor.

<sup>120</sup> Darüber PERNICE, a. a. O., und HAYMANN, a. a. O.

gesicherte Eigenschaften zu ziehen<sup>121</sup>, indem man sonst nicht verstand, was es heißen sollte, daß der Verkäufer trotz eigener Unkenntnis von dem Fehlen der Eigenschaft, die der andere voraussetzte, haftbar wird. Aber auch dieser Ausweg ist durch die sichere Beziehung zur Lehre vom Geschäftsirrtum versperrt und zudem ungangbar, da von der Zusage sich gar nichts in der Stelle steht. Sprachlich ist das Futurum „nesciet“ im Zusammenhange unverständlich.

Aus allen Schwierigkeiten kommt man für die Auffassung des klassischen Textes heraus, wenn man die Interpolation zugibt: Es ist wahrscheinlich, daß PAULUS über den Einfluß des Geschäftsirrtums über die Substanz nicht anders als ULPIAN urteilte<sup>122</sup>, vgl. D. 18, 1, 10. Dann

<sup>121</sup> BYNKERSHOEK, *Observ.*, Lib. 8 c. 20; SAVIGNY, *System* 3, 289; VANGEROW, 37, 265 ff.; WINDSCHEID, *Voraussetzung*, 116 ff.; *Pand.* § 395, n. 2; HAYMANN, a. a. O., 124; letzterer allerdings nur für die Fragestellung nach byzantinischem Recht.

<sup>122</sup> D. 18, 1, 9, 2; 11, 1; 14. ULPIAN'S Entscheidung ist vom Pandektenrecht irrtümlich ausgelegt worden. Es kommt nicht (so die Neueren nach SAVIGNY bis zu § 119 BGB.) darauf an, ob die Eigenschaft im Verkehr als wesentlich dafür gilt, daß die Sache einer bestimmten Gattung von Waren angehört. Was eine wesentliche Eigenschaft ist, bestimmt sich vielmehr nach der Philosophenlehre: es ist ein sicherer Hinweis auf die begrifflichen Kategorien der Stoa, wenn von eadem prope οὐσία, von materia, substantia oder von qualitas die Rede ist. SOKOLOWSKI hat für die Modernsten das Verdienst, auf die Stoa hingewiesen zu haben (*Philosophie im Privatrecht*, 1, 242 ff.; in DERNBURG'S *Pandekten*<sup>8</sup>, 1, 180 n. 12). Aber SOKOLOWSKI hat dabei zugleich die Stoiker und den Fall bei ULPIAN arg mißverstanden. Daß der Weinessig immer noch Weinsubstanz darstellt, ist ebenso bedenklich wie die Ausführungen über die Verbindung der Substanzen bei der Erklärung der Geschlechtswesenheit (p. 249 ff.). SOKOLOWSKI hat nicht klar erkannt, daß bei den römischen Juristen selbst gar nichts vom Kauf über Wein schlechthin oder über Gold schlechthin (so ausdrücklich S. 250) vorliegt. Gekauft ist ja nicht der Stoff als Gattung (so irrtümlich SOKOLOWSKI bei DERNBURG *Pand.*<sup>8</sup> § 1, 180 n. 12 „vereinbarte Stoff“), sondern die körperliche Ware. Bei der Darstellung der Stoa ist ganz verkannt, daß die Stoa nicht eine chemische Theorie über die Stoffe, Substanzen im modernen Sinne, aufstellt, sondern eine Lehre von der Wesenheit der Körper (σώματα). Durch alle Körper reicht danach derselbe Stoff, die ψλη, und in jedem Körper hat sie gewisse, diesem Körper wesentliche Eigenschaften, die ποιότης, qualitas. Wesentlich für den Körper sind dabei diejenigen Eigenschaften, die ihm anhaften ἀπὸ τῆς γενέσεως μέχρι τῆς ἀναυτέσεως, wie der griechische Erklärer sagt: diese Eigenschaften gestalten den bestimmungslosen Stoff zur Wesenheit (οὐσία) des individuellen Körpers. Sie schaffen den wesentlichen Stoff zum individuellen Körper. Ein solcher durch seine Eigenschaften charakterisierter Körper ist ἴδιον ὑποκείμενον, propria substantia. Vgl. SIMPLICIUS, f. 57 e. (Dazu ZELLER, *Philosophie der Griechen* 3, 1, 1, S. 93 ff.). Diese wesentlichen Eigenschaften machen die ποιότης, die qualitas aus. *Wesentlich sind sie, weil sie von Anfang bis zum Ende des individuellen Körpers diesem innewohnen*: also das Geschlecht gehört zur ποιότης, aber nicht die Jungfräulichkeit; der zu Essig gewordene Wein ist eadem prope οὐσία, weil es sich bei dieser Säure des Weines im gekauften Fasse um eine nicht von Anfang an vorhandene, daher unwesentliche Eigenschaft handelt. Und so erklärt sich auch die Entschei-

ist in D. 19, 1, 21, 2 also *emptionem non esse* oder *valere* vorauszusetzen. Die Entscheidung des PAULUS ist, weil sicher vom Vertrauens-

—  
 dung fr. 14. Golden ist die Vase auch, wenn nur ein minimales Teilchen Gold in der Legierung ist, da ja das Gold erst durch die Zerstörung des Körpers im Schmelzvorgange ausgeschieden werden kann. Nicht auf den chemischen Stoff, sondern auf die Eigenschaft kommt es an. Diese Formulierung der Lehre stand bei mir schon fest, ehe ich noch SOKOLOWSKIS Buch kannte. Vgl. die Besprechung E. RABELS über SOKOLOWSKI in Ztschr. f. wissenschaftliche Philosophie und Soziologie, 1904, S. 108ff.

Es nützt nichts, den Einfluß der Theorie der Philosophen bei den römischen Juristen zu bestreiten. Es genügt nicht, daß man nur zugibt, der römische Klassiker könne praktisch durch Wägung der Interessen gefundene Entscheidungen auch einmal mit der philosophischen Schulweisheit begründet haben. (So EHRLICH, Studi in onore di V. Scialoja 1905, S. 737ff.). Mag immerhin der Weinessig zum Weinkeller des italienischen Bauern gehört haben (EHRLICH verweist auf D. 33, 6, 1; D. 33, 6, 3, 1.; D. 33, 6, 9, pr., 1, 2; D. 33, 5, 2, 3; D. 33, 6, 2, 1) — mag ferner beim Gattungskauf über Wein der Wein regelmäßig mit Kostprobe gehandelt werden, so ergibt sich aus jenen ersten Stellen überhaupt nichts über den Wein als Handelsware, und die letzteren beziehen sich eben, was auch EHRLICH zu verkennen scheint, auf Gattungskauf oder auf beschränkt generischen Kauf, nicht auf Spezieskauf. Bei diesem letzteren ist durch den Augenblick, wo der consensus über das bestimmte Faß vorliegt, eben der Vertragsschluß gegeben, so daß hier der zeitliche Spielraum fehlt, der bei dem Gattungskauf notwendig zwischen der Einigung über Ware und Preis und der Perfizierung durch Individualisierung der Ware liegt. Was dort für die *degustatio* im catonischen Formular stehen kann, ist bei dem Spezieskauf gegenstandslos. Es bleibt dabei, daß der Jurist den Essig als wesensgleich mit dem Wein, aus dem er geworden ist, auffaßt und diese Bizarrie nur mit der *oñvta*-Lehre begründet. Wer so die naturgeschichtliche Schulweisheit über die praktische Erwägung stellt, kann auch die bizarre Entscheidung in fr. 14 selbst getroffen haben; die Interpolationsannahme HAYMANN'S (a. a. O., 132) ist m. E. hier nicht zu begründen. Denn die Entscheidung entspricht der Sache nach völlig der *oñvta*-Lehre, mag auch *ideo-habuit, si autem-valet* vielleicht Kompilatorenglossen sein und vor *venditionem esse* vielleicht gestrichen sein.

Rechtsgeschichtlich bleibt immer zu bemerken, daß ULPIAN'S und PAULUS' *oñvta*-Lehre doch eben die Tendenz hat, die ältere Richtung, welche nur den Identitätsirrtum als belangreich behandelt, in einer neuen Wendung des Identitätsbegriffes zur Geltung zu bringen. Der Jurist des 3. Jahrhunderts läßt sich durch die Philosophenlehre nicht zu einer neuartigen Entscheidung treiben, sondern er findet an ihr wohl den Strohalm, an den er sich klammert, um die alte Lehre, die nur auf die Identität abstellte, nicht völlig aufgeben zu müssen. Der radikale Neuerer, der zu neuartigen Entscheidungen vorwärts wollte, ist anscheinend JULIAN. Wenn er die *mensa argento cooperta*, die als schwersilbern gekauft worden war, nicht wirksam gekauft sein läßt (D. 18, 1, 41, 1), so geht er doch anscheinend viel weiter als nachher ULPIAN und PAULUS. Diese wollen, wenn überhaupt Silber im als silbern gekauften Tisch enthalten ist, den Kauf gelten lassen, vgl. ULP. fr. 14, PAUL. fr. 10, D. 18, 1. Vielleicht war JULIAN auch für die Fragestellung des Geschäftsirrtums im Begriff, zu Bildungen überzugehen, die der SAVIGNY'Schen Lehre vom Irrtum über die wesentliche Eigenschaft wahrhaft verwandt waren. Aber wir wissen darüber nichts Näheres, da für JULIAN'S Anschauung kein breites Quellenmaterial vorliegt.

interesse die Rede war, dem oben erläuterten Typ zu vergleichen, den D. 18, 1, 62, 1 darstellt.

Zwar gilt der Kauf nicht, aber der wissende Verkäufer haftet auf Vertrauensinteresse. Dabei ist die justinianische Behandlung in dem Fall gleich, daß der Verkäufer gewußt hat, daß der verkauften Sache die vorausgesetzte Eigenschaft nicht innewohne, wie wenn er es nicht gewußt hat. Auch hier sind diese Fälle — ganz ähnlich wie in der Unmöglichkeitstheorie — gleich behandelt. Also wird wohl dieselbe Hand die Hindeutung auf den Fall eingefügt haben, welche im Falle des *homo liber*, des *locus religiosus*, der *domus exusta*, *res furtiva* die Kasuistik je nach dem Wissen der Parteien erst in die klassischen Texte hineintrug. (Vgl. oben S. 34 ff., 36 ff.) Das ist zwingend, wenn wirklich im ersten Satzteil *emptionem non esse* stand. Es scheint zunächst nicht ganz unbedenklich, zu sagen, daß die Byzantiner diese Entscheidung abändern mußten. Sie ließen ja D. 18, 1, 62, 1 unverändert. Sie nahmen ferner die Entscheidungen über den Geschäftsirrtum auf, ohne die Gültigkeit des Geschäftes und den Erfüllungsanspruch hineinzukorrigieren, wo der Irrtum nach Maßgabe der Entscheidung *ULPIANS* (D. 18, 1, 9, 2; 11, 1) zur Nichtigkeit der Geschäfte führte. Aber wer darauf abstellen wollte, übersähe eben, daß die Byzantiner, wie aus Inst. 3, 23, 5 hervorgeht, praktisch gar keinen Unterschied zwischen der Haftung auf Vertrauensinteresse und derjenigen auf Erfüllungsinteresse machten und jene Entscheidungen ebenso wie das „*licet emptio non teneat*“ in D. 18, 1, 62, 1 versehentlich stehen ließen. Da gerade beim Verkauf der verkehrsunfähigen Sache deutlich die Wirksamkeit des Verkaufes an den nichtsahnenden Käufer in anderen Stellen interpoliert ist (D. 18, 1, 4; D. 18, 1, 70), so ist es unbedenklich, dasselbe auch für unsere paulinische Entscheidung anzunehmen.

Die andere Stelle, die hierher gehört, ist D. 18, 1, 45, *MARCIANUS* (l. 4 regul.):

*Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.*

*HAYMANN*<sup>122a</sup> hat erkannt, daß die Stelle arg interpoliert ist. Er wies auf die törichte Ausmalung des Falles hin: *si vestimenta interpola quis pro novis emerit . . . si ignorans interpola emerit*. Mit Recht hebt er hervor, daß *Trebatius* dem Käufer nicht etwa eine *a° empti* auf Erfüllungsinteresse gegeben haben kann, einfach auf Grund des Tatbestandes, daß der Käufer neue Kleider zu kaufen glaubte. Es ist nach

<sup>122a</sup> *HAYMANN*, a. a. O., 126 ff., 130 ff.

dem Rechtszustande, der für das Ende der Republik durch CICEROS Schrift *de officiis* feststeht, unwahrscheinlich, daß für Trebatius nur noch die Frage offen war, ob der Käufer sein Interesse auf Erfüllung einzuklagen konnte, wenn er nichtsahnend die alten Kleider für neu gekauft hatte. Allerdings ist dieser Schluß kein ganz sicherer. Denn es steht nur fest, daß damals noch keine Haftung mit *a° ex empto* für grobe Täuschung des Käufers durch den Verkäufer bestand<sup>123</sup>. Für alle Haftung, die nicht aus lügenhafter Zusage oder arglistiger Verschweigung erwächst, stand damals nur die *a° doli* zur Verfügung. Immerhin ergibt sich die Wahrscheinlichkeit, daß der Käufer die Gefahr eines Irrtums über Eigenschaften der Sache selbst zu tragen hatte, und dieser Rechtszustand ist auch nach der prozessualen Ausgestaltung des *bonae fidei iudicium* mit *a° ex empto* allein zu vermuten, wenn man erwägt, daß Gegenstand des Kaufes doch die *vestimenta* in dem Zustand, wie sie vorlagen, waren.

Danach dürfte die störende Ausmalung des Tatbestandes, die den Verkäufer ohne Rücksicht auf seine Kenntnis vom Irrtum gleich schlecht stellt, auf die Byzantiner zurückgehen (*si ignorans interpola emerit. Trib.*)<sup>124</sup>. Dann muß am Eingang der Stelle einfach gestanden haben: *Labeo libro primo posteriorum scribit: si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere <eius rei nomine empti iudicio nihil> praestandum.* — JULIAN dagegen kannte die Dolushaftung mit *a° empti*, wenn der Verkäufer den Käufer wissentlich in dem Irrtum hatte verharren lassen<sup>125</sup>. Er mag entschieden haben, *si ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit <quod deceptit>: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset.*

Wenn ich recht sehe, hat JULIAN wohl nur die Dolushaftung bejaht. Ob der Jurist die Gültigkeit des Kaufes über die *vestimenta interpola* annahm oder sie verwarf, steht völlig dahin<sup>126</sup>. Da die Worte „*ipsius rei nomine*“ unverdächtig sind, wird man meinen dürfen, daß er ebenso die Gültigkeit des Kaufes annahm und folgeweise Erfüllungsklage gab, wie ULPIAN in *D. 18, 1, 9, 2* es nach seiner *οὐσία*-Lehre getan haben würde. Aber möglich ist auch, daß JULIAN in diesem Falle den Irrtum auf das Geschäft wirken ließ, gerade wie er in *D. 18, 1, 41, 1* anscheinend nichts von der Begriffsspalterei der Späteren weiß. Jeden-

<sup>123</sup> Cic. *de officiis* 3, 14, 58f. Es handelt sich um die bekannte Erzählung vom Hereinfall des Canius, der die Villa am Strand kauft, weil ihm der Verkäufer die ganze Fischerflottille von Syrakus davor hatte aufbauen lassen.

<sup>124</sup> So schon HAYMANN, a. a. O., 128.

<sup>125</sup> Vgl. *D. 19, 1, 11, 5*.

<sup>126</sup> Ich nahm in *SZ. 33, (1912) 612* ohne hinreichenden Grund an, daß wahrscheinlich im klassischen Texte JULIAN die Unwirksamkeit des Kaufs wegen Irrtums behauptet habe.

falls braucht die Frage, ob das Geschäft gültig war oder nicht, in der Entscheidung JULIANS keine Rolle gespielt zu haben, so daß nur die beiden actiones ex empto aus dem dolus, für den Fall si quis vestimenta interpola vendiderit und dem anderen si vas aurichalcum pro auro vendidisset, verglichen waren. Für die Byzantiner lag in beiden Fällen, gleichgültig, wie JULIAN zur Gültigkeit des Kaufes im Hauptfalle stand, ein Anlaß zur Textänderung vor. Hatte JULIAN für die Nichtigkeit entschieden, so mußte ebenso wie im Falle D. 19, 1, 21, 2 zur Geltung gebracht werden, daß die a<sup>o</sup> ex empto auch die Wirksamkeit des Kaufes voraussetzte. Hatte er für die Gültigkeit des Kaufes entschieden, so mußten die Byzantiner andeuten, was nach ihrer *Dogmatik* Gegenstand des Kaufes gewesen war: da die Haftung wegen dolus auch das Erfüllungsinteresse umfaßte, mußte klargestellt werden, daß auch die emptio nicht nur über die vestimenta „schlechthin“, sondern über die als nur „stillschweigend zugesicherten“ vestimenta abgeschlossen war, ebenso wie der Käufer das volle Erfüllungsinteresse auf das aurum quod vendidit nach ihrer Dogmatik hatte.

Jedenfalls ist wahrscheinlich, daß derselbe Gedanke hier der Textänderung zugrunde lag, den wir oben für den Verkauf der res extra commercium, für den Verkauf über die domus exusta, für den Erbschaftsverkauf ohne Vorhandensein eines Nachlasses annehmen konnten: wo der Klassiker die Haftung auf negatives Interesse allein neben der Unwirksamkeit des Vertrages kannte, geben die Byzantiner eine Haftung, welche das volle positive Erfüllungsinteresse bewertet.

Auch hier liegt also wenigstens die Möglichkeit vor, anzunehmen, daß die Byzantiner an Stelle der klassischen a<sup>o</sup> ex empto zur Dolushaftung eine volle Wirkung des Kaufes interpolierten und entsprechend ihrem Dogma überall dort, wo die Klage ex empto gegeben war, *ultra citroque obligatio* annahmen.

## V.

Weniger interessant für die Dogmatik des Kaufrechtes und doch sehr wichtig für die Erkenntnis der byzantinischen *ultra citroque obligatio* sind gewisse Spezialfälle des Kaufrechtes, in denen erst die Byzantiner die Zweiseitigkeit der Haftungen schufen.

I. Für die feine Entscheidung der klassischen Praxis bei ULPIAN D. 10, 3, 7, 13 ist die Interpolation noch nicht erkannt<sup>127</sup>. Der Fall ist bei ULPIAN zweimal überliefert, einerseits als analoge Entscheidung zur a<sup>o</sup> *pignoraticia* oder *fiduciae directa*<sup>128</sup>, andererseits im Kaufrecht mit

<sup>127</sup> BERGER, Teilungsklagen S. 63 A. 2, fragt sich allerdings, ob nicht die Echtheit der Stelle nachzuprüfen sei.

<sup>128</sup> Wie zweifelhaft die Beziehung der Stelle auf die *fiducia* ist, hat schon UBBELOHDE, *Gesch. d. ben. Realkontrakte*, 89 u. 151, dann BERGER, *Teilungs-*

etwas verkürztem Tatbestand (D. 19, 1, 13, 17)<sup>129</sup>. Der eine Miteigentümer hat seinen Teil des gemeinsamen Landgutes verkauft. Vor der Tradition wird durch Betreiben des anderen Miteigentümers das iudicium aus dem Teilungsverfahren anhängig. Der Verkäufer bietet und erhält den Zuschlag des ganzen Gutes durch adiudicatio. ULPIAN scheint zu entscheiden: der Käufer könne nicht mit Erfolg empto klagen, wenn er nicht das ganze Geschäft<sup>130</sup> aus dem Teilungsverfahren übernehme; anscheinend soll auf Grund des Kaufrechts der neuerlich zugeschlagene Teil einfach als commodum rei venditae als Gegenstand des Kaufgeschäfts gelten (quia haec pars alterius beneficio venditori accessit). Jedenfalls soll die a<sup>o</sup> empti nur dann wirksam sein, wenn der Käufer die tota res zu übernehmen bereit sei, und andererseits steht nach der Stelle eine a<sup>o</sup> ex vendito ut recipiat totum zu<sup>131</sup>. All das paßt wieder logisch trefflich zur byzantinischen Dogmatik, zur Denkform des nach beiden Seiten hin Haftung begründenden Kaufgeschäfts. Aber für den praktischen Verstand der großen Juristen wäre die Entscheidung kaum faßbar. Die Kompilatoren haben hier eine gute klassische Entscheidung vergrößert, indem sie statt der Regelung über die actiones eine solche über das Rechtsgeschäft gaben. Wenn man den Text beim Worte nimmt, kommt das Ergebnis heraus, daß der Verkäufer, der ein exzentrischer Spekulant ist, und bei der Bietung im Teilungsverfahren in bester Absicht ungeschickt viel wagt, das Recht darauf hat, daß ihm der Käufer den unmäßigen Preis, den er für den ganzen fundus bot und zahlte, ersetzen muß. Es ist eben gar nicht richtig, daß der Erfolg des Teilungsverfahrens dem Grundstück nur ein commodum rei im Sinne des Kaufrechts zuführt<sup>132</sup>, sondern es kann hierbei zu Spekulationsgewinnen und -verlusten des Bieters kommen, die ebensowenig an den Käufer notwendig zu übertragen sind wie sonst im römischen Kaufrecht. Der Begründungssatz quia — accessit enthält vom Standpunkt des klassischen Rechtes eine Unwahrheit. Und die ganze Entscheidung, wie sie jetzt vorliegt, steht im Widerspruch zu dem Gedanken, den die

---

klagen, 62ff., 242 richtig betont. Gleichwohl ist die Beziehung zur fiducia doch immer in Rechnung zu stellen, vielleicht auch wegen der Analogie aus dem Kaufrechte wahrscheinlicher.

<sup>129</sup> Hier ist von der licitatio bei dem Teilungsverfahren nicht die Rede.

<sup>130</sup> tota res ist nicht nur die Sache, sondern auch die Last, die beim Auseinandersetzungsverfahren auf den creditor gelegt wurde. D. 19, 1, 13, 1.

<sup>131</sup> nam et si partem vendideris rei et prius, quam traderes emptori, communi dividendo iudicio provocatus fueris aliaque pars tibi adiudicata sit, consequenter dicitur ex empto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus [quia haec pars beneficio alterius venditori accessit: quin immo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum: solum illud spectandum erit, num forte] fraus aliqua venditoris intervenit.

<sup>132</sup> das liegt in dem quia — accessit.

Klassiker hier nachweislich verwirklichten: *aequum est enim, eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo*<sup>133</sup>. Wo die Interpolation steckt, ist schon aus dem Zusammenhang der Stelle und aus dem byzantinischen Dogma klar: die *a<sup>o</sup> venditi* beruht auf Einschub. Sie ist in D. 19, 1, 13, 17 gar nicht erwähnt, sie unterbricht in D. 10, 3, 7, 13 auffallend die Darstellung, die von der Rückgabe des Pfandes ausgegangen war und die *a<sup>o</sup> empti* nur analog heranzog. In diese Fragestellung paßte eine Bemerkung über die *a<sup>o</sup> venditi* gar nicht hinein, denn der Pfandgläubiger oder Fiduziar hat ja auf Grund des Verpfändungsvertrages kein besonderes Recht auf Abnahme des Pfandes. Und schon nach ihrem Anwendungsfall stellt sich diese *a<sup>o</sup> venditi* sicher als unklassisch dar: sie geht gar nicht auf den Preis, sondern auf *Abnahme* der verkauften Ware, bekanntlich sonst ein Unding im klassischen römischen Rechte.

Die klassische Rechtsgestaltung forderte hier den Eingriff der Byzantiner heraus. Die *a<sup>o</sup> empti* stand hier ohne gleichwertige *a<sup>o</sup> venditi* zu. Denn zwar drang der Käufer hier gegen den Verkäufer nur durch, wenn er den Erfolg des Bietungsverfahrens übernahm. Aber zu dieser Übernahme bestand für den emptor sonst kein Zwang. Er mußte frei sein, den gekauften Anteil nicht einzufordern oder zugleich das ganze Gut zu übernehmen. Eine entsprechende *a<sup>o</sup> venditi* war hier nach klassischem Recht nicht denkbar. Die Byzantiner brachten den Fall erst mit ihrem Dogma in Einklang: sie ließen den Kauf auch auf die Übergabe des zugewachsenen Teiles sich erstrecken, sie interpolierten die *ultra citroque obligatio*. Sie wußten auch, welches gefährliche Geschenk sie dem Käufer damit machten, wenn der Verkäufer frivol oder *dolos* spekulierte. Daher der Hinweis: *solum illud spectandum ait num forte fraus aliqua creditoris intervenit*. Der Richter sollte wenigstens fraudulose Schädigungen verhindern<sup>134</sup>. Sprachlich springt die Interpolation deutlich heraus. *Quia — accessit* steht nicht in grammatischer Abhängigkeit von *dicitur*, sondern ist Glossem des Gesetzgebers. Die Stelle *quin immo — recipiat totum* ist in folgedessen ohne stilistischen Grund im *acc. c. inf.*; *quin immo* ist sonst auch manchmal interpolatorisch<sup>135</sup>. Im Sätzchen *solum illud spectandum erit* spricht in diesen Worten der byzantinische Gesetzgeber, nicht der klassische Jurist. *num — intervenit* ist zwar wegen des Indikativs nicht notwendig unklassisch<sup>136</sup>, aber doch wohl hier byzantinischer Kanzleistil. Die

<sup>133</sup> D. 19, 1, 13, 17.

<sup>134</sup> Ich behaupte nicht, daß diese Worte durchaus interpoliert sind. Schon die Klassiker könnten das in der Stelle besprochene Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers gegenüber der *a<sup>o</sup> empti* dann ausgeschlossen haben, *si fraus aliqua venditoris intervenit*.

<sup>135</sup> D. 5, 3, 25, 7. — D. 17, 1, 8, 5.

<sup>136</sup> KALB, Jahresber. d. klass. Altertumswiss. 109 (1901, II) 60.

byzantinischen Gesetzesredaktoren haben ihre Spur auch am Ende des Fragmentes gelassen, indem sie, was zunächst für die *emptio venditio* gesagt war, auch auf *mandatum* und die *cetera iudicia huius generis* analog anwenden, d. h. auf die *bonae fidei iudicia*<sup>137</sup>.

II. Ein anderer Fall solcher Interpolierung der *a<sup>o</sup> venditi* ist in D. 19, 1, 13, 25 gegeben. Da wir an anderer Stelle auf dieses Fragment zurückkommen, sei hier nur kurz auf Fall und Entscheidung aufmerksam gemacht: der *dominus* läßt durch den *procurator* eine Sache verkaufen und tradieren. Die Frage ist, ob dem *dominus* selbst aus diesem Handeln des *procurators* eine *actio* „gegeben werden müsse“? Schon nach der Form der Frage scheint die Andeutung gegeben zu sein, daß der Klassiker (ULPIAN) hier nicht mit der Kaufklage selbst helfen konnte. Die Antwort lautet: PAPINIAN erkenne in diesem Falle eine *a<sup>o</sup> utilis ex empto ad exemplum institoriae actionis* zu, vorausgesetzt, daß der *dominus* Auftrag zum Verkauf der Sache gegeben habe. Dann fährt der Text fort: „*ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere*“. Daß das Sätzchen interpoliert ist, ist schon mehrfach behauptet worden<sup>138</sup>. Hier interessiert vorerst nur die Tatsache, daß es der *ultra citroque obligatio* der Byzantiner entspricht: weil die *a<sup>o</sup> ex empto utilis* zusteht, daher muß auch entsprechend die Klage dem *dominus* gegeben werden. So rätsonniert, wer an die *ultra citroque obligatio* glaubt.

### § 5. Das Dogma bei der *locatio conductio* und *societas*.

Die anderen beiden in der Aufzählung bei LABEO-ULPIAN (D. 50, 16, 19) als *συναλλάγματα* genannten Kontrakte, bei denen die *ultra citroque obligatio* entstehen soll, sind für die Untersuchung nicht so ergiebig wie das Kaufrecht. Für die *locatio conductio* haben die Kompilatoren ja überhaupt kein sehr breites Material aufgenommen. Zudem ist bei der Sachmiete und der Pacht durch die notwendige Vorleistungspflicht des Vermieters der Hauptfall, in dem die praktischen Konsequenzen der *ultra citroque obligatio* sich zeigen, verkümmert. Immerhin fehlen die Spuren auch bei der *locatio conductio* und *societas* nicht.

I. Im Ediktskommentar erläuterte ULPIAN (D. 19, 2, 19, 3) die Bedeutung der Klausel im Pachtvertrage, nach welcher der Verpächter es sich als günstigen Vorbehalt sicherte (*excipere*), daß er zu bestimmtem Preise ein bestimmtes *Quantum* Getreide mit Verrechnung auf den Pachtschilling aus der Ernte soll verlangen dürfen. Nach dem Tatbestand ist eine dem Verpächter schlechthin günstige Klausel gemeint<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> schol. ad Bas. 12, 2, 7; HEIMBACH 1, 803 und ebenda schol. Cyrill.

<sup>138</sup> MITTEIS, RPR 228, Albertario, *actio quasi institoria* (1912) 26.

<sup>139</sup> Nur weil es oft übersehen wurde, muß betont werden, daß *excipere* prägnant diese Bedeutung des Vorbehalts hat, welcher demjenigen, der ihn ausbedingt,

Also sichert sich der Verpächter einen Vorteil. Er spekuliert auf das Steigen des Getreidepreises<sup>140</sup>, und es ist sicher so zu verstehen, daß er nicht die Gefahr eines Kurssturzes tragen sollte; denn dann wäre die Klausel eben nicht ein *excipere* zu nennen. Also kann nach dem Tatbestand kein Zweifel sein, daß nach klassischem Rechte nur eine Befugnis des Gläubigers entstand, statt eines bestimmten Teiles des Pachtschillings Naturalienleistung zu verlangen, aber nicht ein Recht des Schuldners, in Naturalien diesen Teil des Pachtschillings zu leisten! Daß der Klassiker selbst das *iudicium ex locato* auf die volle Summe des Pachtschillings gab, ist noch deutlich. Hätte der Klassiker ein Recht des Schuldners auf Naturalleistung anerkannt, so hätte er wohl diese *a°* verweigert oder nur auf den Betrag in Geld, das neben den Naturalien geschuldet war, verurteilen lassen. Es blieb den Byzantinern vorbehalten, hier die schwerfälligen Wendungen einzusetzen, die dem Pächter einen Anspruch auf Leistung in Naturalien geben und sein Interesse an dieser Leistungsart schützen: D. 19, 2, 19, 3, ULPIANUS (l. 32 ad ed.):

Si dominus exceperit in locatione, ut frumenti certum modum certo pretio acciperet, et dominus nolit frumentum accipere neque pecuniam ex mercede deducere, potest quidem totam summam ex locato petere, [sed utique consequens est existimare officio iudicis hoc convenire, haberi rationem, quanto conductoris intererat in frumento potius quam in pecunia solvere pensionis exceptam portionem. simili modo et si ex conducto agatur, idem erit dicendum].

Der byzantinische Kanzleistil führt hier eine Entscheidung ein, die auch dem Dogma der *ultra citroque obligatio* entspricht. Augenscheinlich ist hier sogar mit dem Dogma der *actio mutua* gespielt. Sonst wäre es töricht, von der *actio locati* zu sagen, mit ihr könnte die *tota summa* verlangt werden, während ein Gegenrecht des Beklagten auf Leistung in Naturalien durch dieses *existimare* des *iudex* in Rechnung gestellt werden soll. Der Fall liegt ganz gleich, ob mit der *a° locati* oder der *a° conducti* geklagt wird<sup>141</sup>, — volle Zweiseitigkeit der *obligatio* auch in diesem Nebenpunkte. Daß die Überarbeitung nur aus Gründen der byzantinischen Dogmatik erfolgte, ist gleichwohl nicht zu vermuten.

günstig ist. Vgl. die Zusammenstellung bei HEUMANN-SECKEL v. *excipere*. Ferner VARRO, *de re rust.* 2, 2, 5. C. I. L. 3, 948, 1 (BRUNS, fontes 165), 10; 2, 4332 (BRUNS, fontes<sup>7</sup> p. 378), 6; 10, 2039 (BRUNS, fontes p. 381), 4; 6, 2, 10235 (BRUNS, fontes<sup>7</sup> 383), 2; 6, 14672 (BRUNS, fontes<sup>7</sup> p. 384), 4.

<sup>140</sup> Das wissen die Byzantiner auch noch: schol. *σίκου* ad. Bas. 20, 1, 19.

<sup>141</sup> Nicht berufen möchte ich mich dagegen auf die im gemeinen Recht vielfach vertretene Lehre, daß nach klassischem römischem Recht, wenn das Entgelt der Verpachtung zum Teil nicht in *pecunia numerata* bestand, eine *locatio conductio* nicht zustande kam. D. 16, 3, 1, 9; D. 19, 5, 5, 2 sind möglicherweise interpoliert, vgl. FERRINI, *Rend. Ist. Lomb.* 26 (1893), 198; Pandette<sup>9</sup> 699 n. 3 (§ 563). In D. 10, 3, 23 ist die rhetorische Frage, *quae enim* — *intercesserit* auch verdächtig, weil sie mehr erweist als die vorsichtige Entscheidung ULPIANUS (*magis communi dividendo iudicium quam ex conducto locum habere*) zu behaupten wagt.

Aber das Ergebnis, das so gut zum Dogma paßte, ist für uns wichtig, auch wenn wir den Grund der Interpolation vielmehr im praktischen Rechtsleben der justinianischen Zeit suchen. Im excipere lag nämlich für die Byzantiner wie die *excepta portio* in der Interpolation auch angedeutet, ein anderer Begriff als für den klassischen Juristen. Der Rechtszustand, der hier durchgeführt ward, entspricht dem üblichen Formular des hellenistischen und byzantinischen Pachtvertrages, der in der Tat die Klausel über die Naturalleistung in anderer Bedeutung kennt, als die römischen klassischen Juristen<sup>142</sup>. Da finden wir vom 3.—7. Jahrh. immer wieder die Klausel über die Naturalleistung als Nebenverpflichtung bei den Verbindlichkeiten des Pächters aus dem Pachtvertrage. Also sowohl für den Pächter wie für den Verpächter wirkt hier die Klausel! Und das Wort excipere spielt in diesen byzantinischen Verträgen eine Rolle. Die *excepta portio*, die in *frumento potius quam in pecunia* zu leisten ist, ist hier ein fester Begriff. *Tὰ ἐξάιρετα* heißt hier die Nebenleistung, die als „Extra“ neben dem Geldzins kraft Vertrages als Teil der *pensio* zu erbringen ist<sup>143</sup>. *Excepta* hießen die

<sup>142</sup> WASZYNSKI, Bodenpacht 103. Aus dem Material: CPR. I. 45 (a<sup>o</sup> 214), PSI. I, 33 (a<sup>o</sup> 266/7), CPR. I, 241 (a<sup>o</sup> 268), BGU. 1018 (3. Jahrh.), P. HERNALS, XVI, 3 u. 5 (6./7. Jahrh.), P. Wien. Denk. 37 (1889) p. 144. App. 328 (?).

<sup>143</sup> BERGER, Strafklauseln in den Papyrusurkunden 156 A. 2 hat die Belege hierfür, ohne auf die Digestenstelle aufmerksam zu werden, gesammelt. Zu den bei ihm genannten Urkunden BGU. 1120, 28. MITT.PR. II, 33, 17. CPR. I, 45, 14. BGU. 591, 20 vgl. jetzt noch PSI. I, 33, 14 (a<sup>o</sup> 266/7). Die Erklärung des griechischen Begriffes ist aber bei BERGER unzutreffend. Er meint, *ἐξάιρετα* seien *excepta*, „ausbedungene Leistungen“. Aber die Aufnahme einer Klausel im Schuldvertrage, die für beide Teile vorteilhaft wirkt, ist nicht ein excipere, *ἐξαιρεῖν* heißt nicht „ausbedingen“ und *τὰ ἐξάιρετα* ist ein Begriff, der älter ist als der Einfluß der lateinischen Rechtssprache auf die hellenistischen Formulare. Dem lateinischen excipere liegt der Gedanke ganz fern, daß es sich notwendig um Leistungen handelt, die als „extra“, als „Zuschlag“ zum Geldpachtshilling geschuldet sind. Aber das ist gerade der Ausgangspunkt des griechischen Begriffes bei dem *ἐξάιρετον*. Ob es ursprünglich als praecipuum gedacht ist, das der Grundherr von der Ernte wegnimmt wie der Feldherr seinen Vorausteil von der Beute oder der Erbe sein Vorausvermächtis (so MITTEIS, Chrestomathie ad nr. 151 A. 14; 317, 10), ist mir nicht sicher. Jedenfalls ist seit alter Zeit das *ἐξάιρετον* das „Extra“, das über die zunächst zustehende Leistung hinaus empfangen wird. Vgl. schon den Extrateil (*ἐξάιρετον σὺν τῷ μέρει*) im Gesetz von Kerkyra, Ditt. Syll.<sup>2</sup> 933 [<sup>3</sup>141], wo die älteren Siedler einen solchen Extrateil über ihrem normalen Los erhalten. Ganz ähnlich ISAIOS or. 5, 29 (p. 53) nach der Korrektur der Edd. Ferner die Praetur extra ordinem des Cato minor, PLUTARCH, Cato minor c. 39.

Dieses „Extra“, das neben dem Geldpachtzins steht, erscheint nun als *portio pensionis* genau wie in der Interpolation in D. 19, 2, 19, 3 die *excepta portio pensionis*. BERGER a. a. O., konnte darüber noch nichts wissen. Heut ist es klar durch PSI. I, 33: *μισθώσασθαι παρὰ σοῦ τοῦ[ς]..... ἐλαικούς καὶ φοινικικούς καρπ[οὺς]..... φ[όρο]ν τοῦ παντός ἀργυρίου δραχμῶν χει[λίω]ν ἑπτακοσίων καὶ ἑξα[μυ]ῶν φο[ν]ικ[ι]κ[ο]ς ξηροῦ πατητοῦ μονοξ[ύλο]ν*. Also zum Gesamtφορος gehörten 1<sup>o</sup> ἀργύριον, 2<sup>o</sup> ἐξάιρετα.

Leistungen der Naturalien in den westländischen Pachtverhältnissen des 6. Jahrhunderts, wie wir aus den Briefen GREGORS DES GROSSEN ersehen<sup>144</sup>. Diese *excepta* der byzantinischen Zeit sind natürlich ganz anders zu behandeln als die „exziptierten“ Klauseln, die ULPIAN behandelte. Und daher entscheiden die Byzantiner ganz richtig, daß ihre *excepta portio* auf Grund eines *pactum adiectum* als Teil des Pacht-schillings geschuldet werde<sup>145</sup>.

Interessant ist es festzustellen, wie der byzantinische Rechtszustand hier interpoliert wurde. Hätten die Byzantiner klassische Prozeßsysteme ausbauen wollen, so hätten sie die *a<sup>o</sup> locati* auf die volle Summe nicht zulassen dürfen, sondern sie verweigern müssen, insoweit sie den Betrag betraf, der in Naturalien zu leisten war. Statt dessen wird das Recht des Pächters, Naturalien zu leisten, als besonderes Gegenrecht konstruiert. Das war möglich, da ja nach justinianischem Prozeßrecht die *actio locati* als *mutua actio* den entgegenstehenden Anspruch aus der *actio conducti* mitberücksichtigen ließ, so daß der Richter hier auch gegen den *dominus*, der mehr als den Geldzins in Geld eingezogen hätte, auf den Ersatz des Interesses verurteilen konnte, den der Pächter aus der Naturalleistung gehabt hatte. Dieselbe Ersatzforderung auf dieses Interesse kann auch mit selbständiger *a<sup>o</sup> conducti* vom Pächter geltend gemacht werden. Auch hierin ist wieder die *ultra citroque obligatio* unterstrichen: es macht für diese Berücksichtigung des Interesses des Pächters an der Naturalleistung nichts aus, ob der *dominus* oder der Pächter klagt. Endlich fragt sich noch, warum man diese komplizierte Denkform des Gegenrechtes des Pächters wählte und nicht, gerade wie die griechischen Formulare und die Terminologie der *excepta portio pensionis* selbst andeutet, davon sprach, daß die *excepta portio* eben nur ein Teil des Pacht-schillings war. Wahrscheinlich war hier die im *Corpus iuris* rezipierte Lehre maßgebend, nach welcher andere Gegenleistungen als Geldzahlung nicht mit der *a<sup>o</sup> locati* eingeklagt werden können<sup>146</sup>, so daß als Gegenstand der *a<sup>o</sup> locati* in unserem Falle stets die *tota summa mercedis* erscheinen mußte, aber der

---

<sup>144</sup> *epistulae* (ed. EWALD-HARTMANN, *Monum. Germ.*) I, 42 (vol. I, 64): *super justa ergo pondera praeter excepta et vilicilia nihil aliud volumus a colonis ecclesiae exigi* (vol. I, 64): — 5, 31 (vol. I, 312) — 9, 78 (vol. 2, 95): *proinde excepta quae de possessione poterunt in eius (Gentii) utilitate verti, eadem volumus eius magnitudini annis singulis offerri, id est porcos XX, qualiter ipse praevideris, vervices XX et gallinas LX. Quae omnia in exceptis volumus reputari*. Vgl. auch MORINI *annot. ad Pap. Rav.* 370ff. „*excepta*“ sind hier einfach die Naturalien: ein Zusammenhang mit dem alten *excipere* scheint schon deshalb ausgeschlossen, weil anscheinend die Kirche einseitig die Höhe der Naturalleistungen festsetzt.

<sup>145</sup> *schol. Bas.* 20, I, 19 (HEIMBACH 2, 347).

<sup>146</sup> *D.* 10, 3, 23; *D.* 16, 3, 1, 9; *D.* 19, 2, 2, pr.; *D.* 19, 2, 25, pr.; *D.* 19, 5, 5, 2.

Pächter auf Grund des *pactum adiectum* im Interesse an der Naturalleistung gegenüber diesem Anspruch geschützt wurde.

II. Im Titel *pro socio* scheinen praktische Konsequenzen aus dem Gedanken der *ultra citroque obligatio* zu fehlen. Das ist nicht verwunderlich, da ja hier die Klassiker selbst durch die Formel, in welcher die beiden Gesellschafter mit gegenseitiger Præstation genannt waren, auf die Gleichwertigkeit von Anspruch und Gegenanspruch hingewiesen hatten. Das Dogma fehlt allerdings auch hier nicht. In den Stellen, wo GAIUS die infamierenden *iudicia* aufgezählt hatte, ist von JUSTINIANS Leuten bei der *a<sup>o</sup> pro socio* der Hinweis auf die *ultra citroque actio* interpoliert:

*Inst. 4, 16, 2.*

Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur.

*Gai. 4, 182.*

Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi.

Man sieht, nach welchen Gedanken die Aufzählung der infamierenden Aktionen bei JUSTINIAN umgeordnet ist<sup>147</sup>. Die *actio pro socio* verschwand von der Spitze der Kontraktsklagen, weil deren Reihe gerade diejenigen Klagen umfaßt, bei denen nach byzantinischer Lehre durch Gegenüber von *a<sup>o</sup> directa* und *contraria* die *mutua obligatio* entsteht. Daß dies wirklich der Gedanke war, folgt aus der Charakterisierung der *a<sup>o</sup> pro socio*. Sie ist ab *utraque parte directa*. Für den Klassiker ist es unerhört, daß man bei einer *actio*, auch bei der *a<sup>o</sup> pro socio* von zwei notwendigen Klägerstellungen spricht, es sei denn, daß es sich um ein *iudicium duplex* handelt. Ferner ist doch im klassischen Recht die gegenseitige Præstation auch in der *a<sup>o</sup> pro socio* nicht die notwendige Erscheinungsform der Klage<sup>148</sup>.

## § 6. Das Dogma beim Mandat.

Bei dem Mandat hat sich das Dogma der *ultra citroque obligatio* an gewisse Vorstellungen der Klassiker des 2. Jahrhunderts anschließen können, die hier ebenso wie bei den andern Konsensualkontrakten hervorhoben, daß *alter alteri obligatur*, weil im Gegensatz zur *condictio* aus der *Stipulation* oder dem *mutuum* bei Kauf, Miete, *societas*, *mandatum* zwei *actiones* entstehen, zwei *obligationes*, in denen von beiden

<sup>147</sup> Die Tatsache der Interpolation ist längst von GRADENWITZ, Interpolationen 113 hervorgehoben.

<sup>148</sup> Vgl. LENEL, Ed.<sup>2</sup> 287 f. [3 297 f.]

Vertragsteilen jeder Gläubiger des andern ist<sup>149</sup>. Aber was dem Klassiker nur eine unjuristische Hilfsvorstellung zur Gliederung des Lehrvortrages war — nur das Schulbuch des GAIUS überliefert ja den Satz! — das wurde bei JUSTINIAN zum dogmatischen Prinzip. Der Klassiker fand nichts dabei, daß oft der Anspruch auf Ausführung des Auftrages entsteht, ohne daß die *a<sup>o</sup> contraria* begründet wäre<sup>150</sup>. Da lassen z. B. die Klassiker das *mandatum* und also die Pflicht zur Gestion erlöschen, wenn der Auftraggeber stirbt, aber sie geben dem Mandatar, der ohne Kenntnis von diesem Tode das Mandat ausführte, die *a<sup>o</sup> contraria* (GAI 3, 160). Und mindestens die Sabinianer verweigern dem Mandatar, der den Auftrag überschreitet und statt für 100000 für 150000 kauft, die *actio contraria*<sup>151</sup>, während sie ihn haften lassen. Die Kompilatoren waren jedenfalls mit ihrem Dogma ebenso im Einklang wie mit den Bedürfnissen des Verkehrs, wenn sie, wie heute noch die herrschende Meinung glaubt, die *proculianische* Lehre aufnahmen, welche auch bei Überschreitung des Mandats dem Mandatar die *actio contraria* gibt, wenn er dem Geschäftsherrn den Eintritt in das Geschäft zu den im Auftrag enthaltenen Geschäftsbedingungen anbietet (Inst. 3, 26, 8). Ja, man könnte sogar glauben, daß sich das Kompilatorendogma gerade in diesem Falle noch viel energischer betätigte, wenn es richtig wäre, daß keine klassische Lehre hier die *a<sup>o</sup> mandati contraria* empfahl, sondern daß nur die *a<sup>o</sup> negotiorum gestorum* von PROCULUS für denjenigen erwogen wurde, der bei Überschreitung des Mandats geltend machte, daß er im Interesse des Mandanten gehandelt habe<sup>152</sup>. Statt des klassischen Rechtszustandes, nach welchem der

<sup>149</sup> GAIUS 3, 136; D. 44, 7, 2.

<sup>150</sup> Terminologisch sei bemerkt, daß ich GRADENWITZ' Auffassung (Interpol. 110ff.), die *actio contraria* sei kein uralter Begriff des klassischen Prozesses, nicht teile. Allerdings kenne ich keine älteren juristischen Zeugnisse für den Ausdruck. Immerhin ist es doch wohl nur von einer figürlichen Verwendung prozessualer Terminologie zu verstehen, wenn es in dem Bericht über eine Versammlung vom Gegenauftreten des Nasica gegen den Antrag des C. Curvatus heißt (Val. Max. 3, 7, 3): *contrariam actionem ordiri coepit*. Auch die *actio negativa* heißt im Gegensatz zur *vindictio* doch wohl mit echtem Ausdruck *actio contraria*. Offenbar vor JUSTINIAN ist die *a<sup>o</sup> contraria* der Schrift *de actionibus* bekannt.

<sup>151</sup> GAI. 3, 161; Inst. 3, 26, 8; D. 17, 1, 3, 2 (PAULUS). In D. 17, 1, 4 ist [*quae sententia sane benignior est*] bei GAIUS, der in den Inst. 3, 161, wie in D. 17, 1, 41 doch wohl die sabinianische Lehre vertritt, interpoliert. Vgl. PAMPALONI, Bull. 20 (1908) 214 n. 1. Für das *recte* (D. 17, 1, 4) ist die Interpolation zweifelhaft; wenn man es auf den Widerspruch des PROCULUS gegen das Bedenken der Sabinianer bezieht, kann es echt sein, so FERRINI, Bull. 13 (1901) 183. RICCOBONO, Bull. 7, (1894) 233.

<sup>152</sup> Vgl. PAMPALONI, Bull. 20 (1908) 220. Besonders D. 3, 5, 31 (PAPIN. 2 respons.) könnte, weil hier die *actio negotiorum gestorum* dem exzedierenden Mandatar zur Seite steht, in der Tat den Gedanken nahelegen, daß die Klassiker bei Überschreitung des Mandates stets nur auf *diese* *actio* verwiesen hätten. Hat PAMPALONI

Mandant die *a<sup>o</sup> mandati directa*, der Beauftragte die *a<sup>o</sup> negotiorum gestorum contraria* gehabt hätte, wäre von JUSTINIANS Leuten die beiderseitige *a<sup>o</sup> mandati* geschaffen worden. — Interessant ist es zu beobachten, wie sich das byzantinische Dogma mit dem Mandatsanspruch des Beauftragten nach dem Tode des Mandanten abfindet. Die Kompilatoren nahmen hier einfach die praktischen Entscheidungen der Klassiker über die *a<sup>o</sup> contraria* des Beauftragten auf<sup>153</sup>. Aber daneben steht als dogmatische Formulierung über das Geschäft und die Obligation: *solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare — competere actionem utilitatis causa* <sup>154</sup>. Darunter hatten die Klassiker, wenn die Worte echt und ungekürzt sind<sup>155</sup>, die *actio contraria* des Mandatars, vielleicht auch etwaige Herausgabeansprüche verstanden, die dem

---

recht, so könnte der Grund, aus dem die Byzantiner die *actio negotiorum gestorum* strichen, füglich nur in der Systematik der Byzantiner gesucht werden, die dort, wo die *actio mandati directa* Zustand, auch die *contraria* anerkennen. Aber die ganze Hypothese PAMPALONIS und schon RICCOBONOS, daß die Mandatsüberschreitung bei dem Mandat zum Verkauf ebenso behandelt worden sei wie bei dem Mandat zur Bürgschaft, ist mir nicht unzweifelhaft. Sachlich besteht zwischen den beiden Fällen jedenfalls ein erheblicher Unterschied, über den die klassischen Praktiker sicher nicht hinwegglitten: wo der Auftrag auf Übernahme der Bürgschaft bis zu gewissem Betrage lautet, bedeutet die Überschreitung ein Durchkreuzen der Dispositionen des Mandanten: der Bürge verschafft dem Hauptschuldner einen höheren, also anderen Kredit als der Auftraggeber wollte. Er verschiebt dabei unter Umständen den ganzen Sanierungsplan, den der Auftraggeber für die Unterstützung des Hauptschuldners entworfen hatte. Ganz anders bei dem Mandat zum Ankauf einer bestimmten Sache zu bestimmtem Preise. Kauft hier der Mandatar teurer, so ist praktisch doch der Erfolg des Mandates dadurch erreicht, daß er nachträglich dem Mandanten die gekaufte Sache zum auftragsgemäßen Preise anbietet. Dieser im Wesen der Sache liegende Gesichtspunkt läßt mich die zweifellos vorliegenden Interpolationen anders beurteilen, als durch RICCOBONO und andererseits durch PAMPALONI geschah. In Inst. 3, 26, 8 ist allerdings die Erwähnung der Bürgschaft sicher interpoliert. Aber daß hier die prokulianische Meinung echt ist und die Prokulianer von der *actio mandati contraria* sprechen, möchte ich doch gegen PAMPALONI glauben. Daß dauernd eine klassische Meinung bestand, nach welcher die *actio mandati contraria* dem Exzedenten, der zu den Mandatsbedingungen anbot, Zustand, ist doch wohl durch das Referat wahrscheinlich, das PAULUS (D. 17, 1, 3, 2) von dem entgegengesetzten Standpunkt der *quidam* gibt. Wo es sich um Überschreitung des Mandats zur Bürgschaft handelt, hat PAMPALONI wohl insofern recht, als er *jede actio mandati contraria* bestreitet (p. 224), und daher D. 17, 1, 33 auf eine *actio negotiorum gestorum contraria* ursprünglich bezieht.

<sup>153</sup> D. 17, 1, 58 pr. D. 39, 5, 19, 3.

<sup>154</sup> D. 17, 1, 26 pr.

<sup>155</sup> Das ist für das *competere actionem* des PAULUS nicht ganz sicher. Sprachlich ist die Bildung *utilitatis causa competere* seltsam. Sachlich ist verwunderlich, daß PAULUS nicht deutlich von der *actio contraria* spricht, zumal das folgende Stück (§ 1) sicher noch zum Kommentar der *a<sup>o</sup> contraria* gehört und das ganze übrige Fragment von der *formula in factum concepta* des fideiussor gegen den Hauptschuldner handelt (LENEL, PAUL. 488).

Erben des Mandanten nach dessen Tode durch Ausführungshandlungen des Mandatars entstehen<sup>156</sup>. Anders die Byzantiner. Es liegt schon nach der Fassung des Satzes nahe, zu denken, daß die Kompilatoren die Fortdauer der obligatio, des competere, der actio so schlechthin annehmen, weil sie, ausgehend von ihrer *ultra citroque obligatio*, auch mit einem Zwang des Mandatars zur Weiterführung des Auftrages nach Tod des Auftraggebers rechneten. Jedenfalls haben die späten Byzantiner die Klassikerstelle wirklich so verstanden<sup>157</sup>. Sie verweisen auf den Zwang, welcher auf den beauftragten Prozeßvertreter zur Einlassung geübt wird<sup>158</sup>, der für sich *cautio iudicatum solvi* stellen läßt, oder auf die Prozeßpflicht des *procurator*, wenn der *dominus* nach der *litiscontestatio* stirbt, den Prozeß weiterzuführen<sup>159</sup>.

Es ist sicher ein unverfänglicher klassischer Ausdruck und Gedanke, daß nur auf der einen Seite die Mandatsformel genehmigt werden könne, ab *una dumtaxat parte mandati iudicium dari*<sup>160</sup>. Der Klassiker kann sehr wohl denken, daß die Formel auch einmal nur dem einen Vertragsteil zusteht. Etwas zweifelhafter, aber doch auch wohl ohne durchschlagenden Verdachtsgrund ist es, wenn PAULUS<sup>161</sup> sagte, daß *utrimque actio (mandati) nascitur*; hier kann man immer noch übersetzen: es entsteht auf jeder Seite eine *actio mandati*. Aber daneben findet sich die feststehende Interpolation, welche von der „zwischen den Parteien statthabenden *actio mandati*“ spricht. GAIUS hatte in den *cottidianae*<sup>162</sup>, ganz wie er es in den Institutionen<sup>163</sup> tut, von der praktischen Bedeutungslosigkeit (*supervacuum est*) des *mandatum tua gratia* gesprochen. In den *cottidianae* ist dabei das Sätzchen hinzugefügt: „deswegen entsteht aus solchem Mandat keine obligatio“. JUSTINIANS Leute setzten dazu in den Institutionen: „*nec mandati inter vos actio nascitur*“<sup>164</sup>. Man hört aus der Grammatik die griechische Artikelkonstruktion heraus und den Gedanken an die beiderseitige Klage der justinianischen *bonae fidei actio*.

Die *ultra citroque obligatio* beim Mandate ist auffallend in D. 17, 1, 19. ULPIANUS (l. 43 ad Sab.):

<sup>156</sup> GAI. 3, 117. ULP. D. 17, 1, 14, pr.

<sup>157</sup> Spätes Schol. *τῆς ἐνοχίης ἐστὶ ὅτε μενούσης* ad Bas. 14, 1, 26.

<sup>158</sup> D. 3, 3, 15. <sup>159</sup> Cod. 2, 12, 23. Bas. 8, 2, 97.

<sup>160</sup> D. 17, 1, 41 (GAIUS).

<sup>161</sup> D. 17, 1, 3, 1 (l. 32 ad ed.). Vgl. dazu *nulla ex utroque latere nascitur actio* in D. 3, 5, 5, 6; auch D. 44, 7, 5 pr. (GAIUS).

<sup>162</sup> D. 17, 1, 2, pr. <sup>163</sup> GAI. 3, 156.

<sup>164</sup> JUST. Inst. 3, 26, pr. Der Paraphrast hat *οὐδὲ ἡ mandati τίκεται ἀγωγή*. Diese Übersetzung im Theophilus ist als Beweisstück für die Byzantiner sehr wichtig: ihnen war es gleichbedeutend, daß man von einer „zwischen den Parteien, also mit gegenseitiger Klägerstellung zustehenden *actio mandati*“ sprach oder nur von der *actio mandati*.

Si servus meus de semet emendo mandaret, ut redimatur (d. ut redimatur Gl. oder Trib.?), Pomponius eleganter tractat, an is, qui servum redemerit, ultro convenire possit venditorem, ut servum recipiat [quoniam mandati actio ultro citroque est]; sed [esse iniquissimum Pomponius ait ex facto servi mei cogi me servum recipere, quem in perpetuum alienari volueram], nec magis in hunc casum debeo [mandati] teneri, quam ut eum tibi venderem<sup>165</sup>.

POMPONIUS im Sabinuskommentar hatte die Konsequenzen durchdacht, welche eine Anwendung der Mandatsgrundsätze auf den Vertrag des Sklaven mit dem Loskaufenden haben mußte. Es war wegen des theoretischen Interesses offenbar ein beliebtes Thema der Klassiker<sup>166</sup> bei dem Studium der actiones aus dem Sklavengeschäft, und bezeichnenderweise gehört ja auch unser Fragment der Inskription nach in eine solche allgemeine Abhandlung der Juristen<sup>167</sup>. Der Fall wie das Operieren mit dem Mandatsrecht gehört zweifellos zum klassischen Gehalt des Textes. Daß schon POMPONIUS wirklich von einer actio mandati contraria sprach, ist wahrscheinlich. Denn es fehlt bei dem Tatbestande die Notwendigkeit, die sonst gegenüber dem Geschäft mit dem Freikäufer bestand, erst die Mandatsgrundsätze in den klassischen Text hineinzutragen<sup>168</sup>. Auch spricht das ultro convenire für das Vorliegen der actio contraria<sup>169</sup>. Nach dem justinianischen Text würde POMPONIUS entschieden haben, daß dem Freikäufer *keine* actio mandati contraria gegen den alten Eigentümer ut servum recipiat, zustände: denn es sei unbillig, daß der alte Eigentümer zur Zurücknahme seiner zur Freilassung veräußerten Sklaven gezwungen werde; diese Entscheidung sei ebenso ausgeschlossen wie die andere, daß der alte Eigentümer auf Vornahme des Verkaufs an den Loskäufer haften solle. Fragestellung und Entscheidung sind sehr einfach mit der Vorstellung der ultro citroque obligatio zu erklären. Die Kompilatoren hatten in D. 17, 1, 54 pr. den Satz aufgenommen: cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est<sup>170</sup>. Dieser Satz, der doch vom byzanti-

<sup>165</sup> Anscheinend keine Vorgänger in der Literatur über Interpolationenforschung (PETERS) nach Ausweis des Leipziger Index.

<sup>166</sup> D. 17, 1, 54 pr.; 15, 1, 50, 3; Cod. 4, 36, 1.

<sup>167</sup> LENEL ad ULP. 2900.

<sup>168</sup> Wie solche Notwendigkeit bei der fiducia des dominus mit dem Freikäufer bestand, vgl. PERNICE, LABEO 3, 1, 128 ff.

<sup>169</sup> Daß ultro convenire, ultro tribuitur actio eine geläufige Terminologie für die actio contraria ist, ist bekannt (schon CUIACIUS ad tit. C. de pactis opp. ed. Neap. 9, 45 E, mit Berufung auf D. 3, 5, 9 (10) pr.). Vgl. auch D. 22, 1, 3. D. 47, 2, 60 (59).

<sup>170</sup> Auch dieser Satz (cum servus extero se mandat emendum, mandatum nullum est) in D. 17, 1, 54 pr. ist nicht klassisch, sondern wohl nur eine dogmatische Formulierung der Byzantiner. Wie diese in D. 18, 1, 70; D. 18, 1, 57; D. 18, 1, 34, 3 eine Dogmatik für das Rechtsgeschäft unternehmen, anstatt wie die Klassiker die actio zu geben oder zu versagen, so haben sie hier einen Papinian-satz umgebaut, der wohl einfach sagte, daß ein solches Mandat keine actio directa

nischen Gesetzgeber aufgestellt ist, wird hier deduziert, und zwar an der Spezialfrage, ob ein Recht des Freikäufers darauf, daß der alte Eigentümer den Sklaven zurücknehme, gegeben ist. Diese Spezialfrage ist für den zu erweisenden Satz „quoniam mandati actio ultro citroque est“, interessant. Das heißt für den Byzantiner soviel als: soll jenes Mandat unwirksam sein, so darf die hier erläuterte *aº contraria* nicht zustehen. Der Kompilator findet, daß sie in der Tat nicht zusteht: denn wollte man sie geben, so käme man dazu, daß der alte Eigentümer seinen Sklaven zurückzunehmen hätte, während er ihn für alle Ewigkeit veräußern wollte. Diese Konsequenz erscheint dem Byzantiner unannehmbar: nicht nur als Härte gegen den alten Eigentümer, sondern auch wegen der Inkonsequenz im Mandatsrecht; denn die Mandatsvorschriften können einen Zwang dieser Art ebensowenig autorisieren, wie sie es zulassen, daß ein Eigentümer zur Veräußerung seiner Sache gezwungen wird<sup>171</sup>.

Wo sich eine Entscheidung in ihrer theoretischen Fragestellung derart deutlich in die byzantinische Dogmatik einfügt, kann es nicht wundernehmen, die sprachlichen Zeichen der Überarbeitung zu ent-

---

für *dominus* oder *servus* auf Vornahme des Loskaufs erzeugt. PAPINIAN kann nicht gesagt haben, das Mandat sei nichtig, um im selben Atemzug nachher die *actio mandati directa* des Herrn nach geschehener Übertragung an den Loskäufer zu bejahen und zuletzt die *actio mandati contraria de peculio* des Freikäufers mit einem vorsichtigen Argument abzulehnen. Es mag auf der Kenntnis des alten Textes beruhen, wenn das schol. Steph. ad Bas. 14, 1, 54, (HEIMBACH 2, 133) den Satz nur so wiedergibt: *ἀνίσχυρον τὸ μανδάτον εἰς τὸ αὐτὸν τὸν οἰκέτην κτήσασθαι ἀγωγὴν τῶνα*. Ja noch mehr! Das Reskript in Cod. 4, 36, 1 beginnt mit einem Satze, der offenbar der juristischen Literatur entlehnt ist, wie das für ein anderes Reskript DIOCLETIANUS, Cod. 8, 44 (45), 24 pr. im Vergleich mit Vat. fr. 12, ja auch schon von LENEL (Pal. Pap. 478) beobachtet worden ist. Die Falldarstellung klingt eigenartig an D. 17, 1, 54 pr. an. Daß keine *actio mandati directa* auf Veräußerung an den Loskäufer entstehen könne, ist gesagt, übrigens auch mit der von den Basilikenscholien abgelehnten Möglichkeit, daß der Sklave selbst Klagen haben könnte. Sollte etwa der Text von Cod. 4, 36, 1 der papinianischen Fassung von D. 17, 1, 54 näherstehen als der Digestentext? Man versuche nur einmal die offenbaren Glosseme zu streichen:

*D. 17, 1, 54 pr.*

Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est...

*Cod. 4, 36, 1 pr.*

Si extero servus se mandaverit emendum, quamvis nec ex persona servi — nec ex domini — consistere credebatur actio, tamen optima ratione — domino quaeri placuit obligationem.

Daß im Kaiserreskript die richtigere klassische Entscheidung steckt, ist klar. Zu präzisen Behauptungen über die Textkonstruktion der Papinianfragmente fehlt mir ein Anhalt.

<sup>171</sup> Der letzte Gedanke ist, wie aus Cod. 4, 36, 1 pr. folgt, natürlich auf das *mandatum tua gratia* zu beziehen.

decken. Verdächtig sind 1° vielleicht schon der Superlativ iniquissimum, obwohl mit diesem sprachlichen Argument hier nicht viel erwiesen wird. 2° sicher interpoliert ist der Begriff in perpetuum alienari; er kommt nur hier bei einem Klassiker vor<sup>172</sup>, ist dagegen das übliche Formularwort des späteren auf byzantinischem Notariatsstil beruhenden Vertragsformulars<sup>173</sup> und setzt auch das hellenistische resp. spätrömische Recht voraus, dem die auflösend bedingte Übereignung auch von Sklaven vertraut ist<sup>174</sup>. 3° der grundlose Tempuswechsel: . . . esse ait . . . cogi volueram . . . debeat teneri. 4° mandati teneri nach COLLINETTS<sup>175</sup> bekanntem Indiz. Was im klassischen Text stand — ob vielleicht die von POMPONIUS geäußerte Meinung zu dem Eingriff Anlaß gab, — das wissen wir nicht. Sicher ist, daß am Ende ULPIAN schon das sagte, was in den Digesten steht: nec magis in hunc casum debeat . . . teneri. Denn die Byzantiner hätten nimmermehr in hunc casum geschrieben, sondern sicher ihr „in hoc casu“<sup>176</sup>. Dagegen ist aber in hunc casum nachweislich ulpianisch und — vielleicht durch Zufall — gerade nur bei ULPIAN nachweisbar<sup>177</sup>. Danach ergibt sich, daß schon ULPIAN eine actio mandati contraria gegen den früheren dominus mit Mandatsgrundsätzen für unvereinbar hielt und aus der Umkehrung dessen argumentierte, was fürs mandatum tua gratia feststand. Wer das zugibt, muß notwendig auf die Hypothese kommen, daß der Tatbestand in der Kompilation geändert ist. Denn füglich konnte ULPIAN nur eine actio, die voll gegen den dominus ging, mit der Mandatsklage aus dem mandatum tua gratia vergleichen, und nur von einer solchen Klage konnte der Klassiker sagen, daß sie einen Druck auf den Eigentümer ausübte. Dann sprach ULPIAN aber von einem Mandat des dominus an den Freikäufer oder mindestens von einer Zustimmung des dominus

<sup>172</sup> VIR. I, 338, 29.

<sup>173</sup> P. Rav. [Marini, Papiri diplomatici 1805] n. 114: tradidisse et tradiderunt . . . iure directo et *in perpetuum*; n. 120. iure directo *in perpetuum*; vgl. PARTSCH, Zeitschr. f. Handelsr. 70, 450f. 464. Es ist die lateinische Übersetzung der byzantinischen Klausel *ὁμολογῶ πεποιμέναι καὶ καταγεγραμμένοι ἀπὸ τοῦ νῦν εἰς τὸν ἅπαντα χρόνον* oder *ἐπ' αἰωνεῖα κατοχῆ*, vgl. P. Par. 21, 18. P. Arch. f. Pap. F. 3, 418 l. 20. P. CAIRO (J. MASPERO) 67098 l. 7; 67099 l. 5; 67120 l. 10 (alle aus dem 6. Jahrhundert) und dazu aus dem 4. Jahrhundert unter vielen andern P. Lips. 4, l. 24 (MITTEIS Chrest. 171), sowie der Sklavenkauf aus Askalon (a<sup>o</sup> 359) BGU. 316, (MITTEIS Chrest. 271) l. 22.

<sup>174</sup> Dazu MITTEIS, Röm. Priv. R. I, 182, 192.

<sup>175</sup> Nouv. rev. hist. 34 (1910) 157ff.

<sup>176</sup> Vgl. die Stellen im LONGO, Vocab. Bull. 10 (1897/98) s. v. casus.

<sup>177</sup> in hunc casum actionem dari deberi in D. 11, 7, 20, 1. Vgl. D. 47, 19, 2, 1; 24, 3, 22, pr.; 36, 4, 5, 30. Nur ULPIAN scheint so zu schreiben, VIR I, 637, 15. Damit käme man auf die Möglichkeit, daß eben erst ULPIAN am Ende der Stelle entschied, und daß ihm auch vielleicht das *sed* gehört, das die Kompilatoren erst dem POMPONIUS zuschrieben? —

zum Mandat, das der Sklave gab. Offenbar dasselbe meinten auch die alten Erklärer, wenn sie vielfach eine Zustimmung des dominus zum Mandat des Sklaven unterstellten<sup>178</sup>. Während dieses Tatbestandsmoment bei JUSTINIAN fehlt, muß es für die Klassiker in Betracht gekommen sein. Auch sonst ist die Stelle gegenüber dem klassischen Text offenbar gekürzt: Vor sed fehlt die Meinung, zu der die justinianische Entscheidung im Gegensatz stehen will. Die lakonische Ausmalung des Tatbestandes<sup>179</sup>, die Wiedergabe des Klagantrages (ut servum recipiat)<sup>180</sup>, endlich die sachliche Ausmalung der ersten Begründung, die der angebliche POMONIUS gibt<sup>181</sup>, enthalten mehr oder weniger erhebliche Anstöße, wenn man die Stelle als Zeugnis klassischen Juristenrechts ansehen wollte. Sie ist unheilbar überarbeitet.

### § 7. Das Dogma bei der negotiorum gestio.

I. Besonderes Interesse ist der Frage der ultro citroque obligatio bei der a<sup>o</sup> negotiorum gestorum sicher. Denn wenn wirklich die Kompilatoren bewußt die Gegenseitigkeit des Anspruchsverhältnisses bei den bonae fidei iudicia betonen wollten, mußte der erste Titel, in dem es sich um eine wichtige Klage dieser Art handelte, schon eine Andeutung aufweisen. Sie fehlt auch nicht.

Die Kompilatoren haben gleich in der ersten Stelle, in der beide Ansprüche, die a<sup>o</sup> negotiorum gestorum directa und contraria, vom Klassiker erwähnt waren, ihre actio quae ultro citroque nascitur angebracht. An drei Stellen, die für die Erkenntnis der Interpolation wichtig sind, hatte GAIUS von dem Nebeneinander der beiden Ansprüche gehandelt: Zweimal ließen die Kompilatoren den klassischen Text stehen, nach welchem hier ultro citroque inter eos nascuntur actiones.

<sup>178</sup> z. B. A. FABER, Ration. ad. Pand. ad h. l. (5, 51 ed. 1626).

<sup>179</sup> Der Klassiker kann nicht gut verschwiegen haben, warum die actio contraria angestellt werden soll: weil der Sklave sein Mandat widerrufen hatte? — oder weil der Magistrat die Mitwirkung zur manumissio vindicta weigerte —? —

<sup>180</sup> Zu erwarten wäre nach klassischem Recht nicht nur ein Begehren: ut servum recipiat, sondern der Mandatar müßte völlige Schadloshaltung vom Mandanten resp. peculiar von dessen Herrn verlangen. Ich glaube, der Klagantrag ut servum recipiat stammt eben vom Byzantiner, der analog einer actio mandati directa auf Loskauf eine actio mandati contraria auf servum recipere konstruierte.

<sup>181</sup> Auch wenn man nur quem-volueram wegen des byzantinischen Stils triche, bleibt für POMONIUS der Gedanke unwahrscheinlich, daß überhaupt der alte dominus zur Rücknahme „gezwungen“ werden könne. Das wäre nur denkbar, wenn im klassischen Text vorher die Zustimmung des Herrn zum Mandat des Sklaven erwähnt und folgeweise actio mandati contraria gegen den Herrn resp. actio quod iussu gegen ihn erwogen war, wie oben wegen ULPIAN'S Entscheidung als möglich erachtet wurde.

Das dritte Mal, an der Spitze des Digestentitels ist aus den mehreren actiones die eine einheitliche der Byzantiner geworden:

*Inst.* 3, 27, 1:

Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum . . .

*D.* 44, 7, 5, *pr.*

(Gai. l. 3 a. u. r.):

Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet . . .

*D.* 3, 5, 2

(Gai. l. 3 ad ed. prov.):

Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem: itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum . . .

Im Ediktskommentar treten hier folgende wahrscheinliche Interpolationen hervor: Licet ignorantis tamen muß Emblem sein, da es den falschen Gedanken im Satzgefüge nahelegt, daß die actio natürlich zunächst entstehe, wenn der gestor mit Wissen des abwesenden Herrn die Geschäftsführung wahrnimmt. Im klassischen Text stand vielleicht dasjenige, was sicher nach ediktaler Praxis, vielleicht auch nach dem Ediktswortlaut<sup>182</sup> das Erfordernis zur a<sup>o</sup> negotiorum gestorum war:

<sup>182</sup> Mir ist weitaus das Wahrscheinlichste, daß das Edikt in *D.* 3, 5, 3, *pr.* gekürzt ist und entweder vor *gesserit* ein *non mandatu eius* enthielt oder hinter *gesserit* ein *quod non mandatu gestum est* stand. Denn: I. Ohne eine Spur einer theoretischen Entwicklung oder einer Fortbildung durch die Praxis gehen die Juristen von dem Gedanken aus, daß jeder Aktionenschutz mit den Formeln aus der *negotiorum gestio* eine Geschäftsführung *ohne Auftrag* voraussetzt: Vgl. im *ULPIAN*-Kommentar *D.* 3, 5, 3, §§ 8, 9, 10 (*Non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis*) 11, *D.* 3, 5, 5, *pr.* Man könnte sich für diesen Rechtszustand einfach auf die bekannten Darstellungen der gemeinrechtlichen Literatur (*CHAMBON*, *Neg. Gestio*, S. 115 ff., *KOHLER*, *Jahrb. f. Dogmatik* 25 (1887) 75 ff.) berufen, wenn diese nicht notwendig die rechtsgeschichtlichen Grundlagen des Edikts *de negotiis gestis* verdeckte. Mit voller Klarheit wird gesagt, daß dort, wo ein Mandat zur *gestio* vorliegt, der gestor nicht die a<sup>o</sup> negotiorum gestorum hat (*D.* 3, 5, 20, *fr.* 3, *fr.* 27, *fr.* 41, *D.* 17, 1, 22, 10), andererseits, daß, weil es zur a<sup>o</sup> mandati am gültigen Mandat fehlt, deswegen die actio negotiorum gestorum zusteht, *D.* 3, 5, 31, 1; *D.* 3, 5, 5, *pr.*; 3, 5, 18, 2; *D.* 17, 1, 60, 1). Diese Subsidiarität der a<sup>o</sup> negotiorum gestorum dürfte doch eine ediktale Grundlage gehabt haben. [Vgl. *PARTSCH*, *neg. gest.* I, 14 ff., 28.] — II. Die Tatbestände bei dem Juristen heben oft das *gerere non mandatu* hervor: *D.* 3, 5, 5, 2; *D.* 3, 5, 41; *D.* 17, 1, 58, *pr.*; *Cod.* 2, 18, 20, *pr.*; *D.* 44, 7, 5, *pr.* spricht es klar aus, daß die Aktionen für den Fall proponiert sind, *si quis absentis negotia gesserit — sine mandato*. Vgl. auch den Text *Inst.*, 3, 27, 1: — *si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se optulerit*. — III. Unser Wissen über das Edikt legt eine ediktale Klausel über das Erfordernis des Mangels des Auftrages sehr nahe, wenn auch die Klausel mangels eines fortlaufenden Textes des *ULPIAN*-Kommentars nicht mehr erwiesen werden kann: einmal spricht dafür, daß die Paraphrase des *GAIUS* zum Edikt *prov.*, die in *D.* 3, 5, 2 *cit.* vorliegt, eben nach dem *gesserit*

daß nämlich kein Mandat zum Handeln vorgelegen hatte. Statt positiv zu sagen, die *negotiorum gestio* erfordere, daß der gestor sine mandato handelt, haben die Kompilatoren dasjenige eingesetzt, was die Klassiker nur als Folge dieses Rechtszustandes kannten<sup>183</sup>, daß nämlich der dominus hier auch ohne sein Wissen verpflichtet werde. Sprachlich kündigt sich die Interpolation durch das *licet*—*tamen* an, bei dem sich *tamen* nicht auf eine adversative Stellung des ganzen Satzteilens, sondern nur auf das unmittelbar vorhergehende *licet ignorantis* bezieht. Grammatisch ist die Beziehung der Konjunktion *licet* auf das Partizip *ignorantis* für GAIUS ebenso unerhört<sup>184</sup>, wie es als echter Graezismus öfters in JUSTINIANS Institutionen vorkommt<sup>185</sup>.

So leicht diese Behauptung auf Zustimmung rechnen dürfte, so schwer wird es, wenn man nur den lateinischen Text sieht, an die Worte habet . . . . *actionem* die kritische Sonde zu legen. Und doch sind sie wahrscheinlich nicht klassisch. In ihnen prägt sich die Vorstellung aus, daß der gestor die *a<sup>o</sup>* derart hat, daß *eo casu*, also bei der *a<sup>o</sup> contraria* des gestors, die *actio ultro citroque nascitur*. Das kann m. E. nimmermehr der klassische Jurist sagen. Nicht als ob der Ausdruck *ultro citroque nascitur actio* schon an sich ein Indiz wäre; weil bei GAIUS an den beiden anderen Stellen davon gesprochen ist, daß *ultro citroque nascuntur actiones*, ist es durchaus noch nicht gesagt, daß GAIUS hier nicht schrieb, wie es der Text der Digesten für den Ediktskommentar bezeugt. Ganz im Gegenteil ist hier guter Grund für den Singular *ultro*

---

überhaupt noch ein Tatbestandsmoment hatte, wenn auch *licet ignorantis tamen* nicht der klassische Text ist. Ferner ist klar, daß das Fehlen eines Auftrages auch bei der formula *in factum concepta* Ausdruck fand, zu welcher ja doch wohl D. 3, 5, 3, 8—9 gehört (LENEL, Paling., ULP. 348, Ed.<sup>2</sup>, 102. GIRARD, Manuel<sup>5</sup> 625, n. 1. Nichts dagegen bringt anscheinend SEGRÉ sulle formole relative alla *negotiorum gestio*, Studi Senesi 1906 (Studi Moriani) 289 ff. vor. Wer das zugibt, wird leicht geneigt sein, anzunehmen, daß die formula *in factum concepta* der *a<sup>o</sup> directa* oder *contraria* den Mangel des Mandates betonte. Denn eben darauf scheint es doch zu beruhen, daß hier jedenfalls von einem in fremder Sphäre Handelnden gesprochen wird, wenn auch der *executor a praetore* in *negotio datus* so gut wie sicher ein Interpolatoreneinschießel ist, das den byzantinischen *executor negotii* ersetzt (cf. Steph. Ind. I. 3 § 10. Zach. Suppl. 132 n. 3: *ἐκβιβαστῆς ἐπιτροπείας*); über den *executor* vgl. PARTSCH, Gött. Nachr. 1911, 241 ff., Interpolation des *executor* z. B. Cod. 8, 16, 7, pr.; vgl. C. Th. 2, 30, 1; Cod. 7, 39, 3, 1; vgl. Th. 4, 14, 1, 1. (Hier vielleicht statt eines *curator* oder besser noch statt des *magister bonorum* des Konkursrechts eingesetzt, vgl. auch D. 17, 1, 22, 10). [Vgl. PARTSCH, neg. gest. I, 99 ff.]

<sup>183</sup> Vgl. Inst. 3, 27, 1. Vgl. auch die vielleicht verdächtige (PEROZZI, Le obbligationi romane (1903) 146 n.) Stelle D. 44, 7, 5, pr. Was PEROZZI dort vorbringt, schließt übrigens m. E. nicht aus, daß die Stelle doch echt ist. JUSTINIAN schreibt nirgends den Ablativ *mandatu*! [Vgl. PARTSCH, neg. gest. I, 25.]

<sup>184</sup> [Vgl. die Belege bei PARTSCH, neg. gest. I, 27 n. 1.]

<sup>185</sup> [Vgl. die Belege bei PARTSCH, neg. gest. I, 27 n. 2.]

citroque nascitur actio: in der Stelle aus den libri aureorum handelt es sich um eine Darstellung des Aktionenrechts der negotiorum gestio: dabei kamen notwendig auf beiden Seiten zwei Formulare in Betracht die formulae in ius wie die formulae in factum conceptae<sup>186</sup>. Hier, an der Spitze des Ediktcommentars aber gab GAIUS seine referierende Paraphrase des Edikts, die bei ihm die ausführlichen Zitate ersetzt, wie sie der ulpianische Kommentar hat<sup>187</sup>. In diesem Edikt kann es sich folglich nur um die Verheißung von formulae in factum conceptae gehandelt haben<sup>188</sup>. Und deshalb ist es einzig korrekt, wenn GAIUS sagt: eo casu ultro citroque nascitur actio. Aber die davorstehenden Worte . . . habet . . . actionem ändern den Zusammenhang und bringen den unklassischen Sinn hinein, daß diese Doppelheit der actiones sich auf die eine actio des gestor beziehe. Ich meine, habet und actionem sind interpoliert, um die gegenseitigen actiones im justinianischen bonae fidei iudicium des gestor zu unterstreichen. Der Eingriff ist vielleicht auch sprachlich angedeutet: sicher überlieferter Text der Florentina ist gar nicht *habet*, sondern *habeat*! Sollte dies die Lesung sein, so dekretierte hier der Interpolator. Wenn die an anderer Stelle gemachten Erörterungen über die justinianische Ausgleichung von a<sup>o</sup> negotiorum gestorum directa und utilis des gestor das Richtige trafen, ist auch der Grund gefunden, warum *habeat* steht und an so hervorragender Stelle im Satze betonen sollte, daß der gestor *stets* bei Vorliegen des Tatbestandes si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis die a<sup>o</sup> negotiorum gestorum selbst habe. Die Klassiker gaben diese a<sup>o</sup> selbst eben nicht in allen Fällen dieses Tatbestandes. Daß der gestor in allen Fällen die a<sup>o</sup> negotiorum gestorum selbst, nicht etwa eine utilis habe, und daß diese Klage ihm ultro citroque zustehe, wird anscheinend von THALELAEUS selbst als Beitrag der Kompilatoren bezeichnet<sup>189</sup>: Er sagt, daß die Diskussionen der Juristen durch die Re-

<sup>186</sup> Vgl. wie dort die actiones negotiorum gestorum die pignoratitiae actiones in D. 13, 7, 13, pr., in denen LENEL die Spur für das Nebeneinander von formulae in ius und in factum conceptae fand, Ed.<sup>2</sup> 247 [3 255].

<sup>187</sup> Vgl. PARTSCH, de l'Edit sur l'alienatio iudicii mutandi causa (Genf 1909) 48; SZ. 31 (1910) 407.

<sup>188</sup> Das ist jetzt wohl allgemein durchgedrungene Meinung. WŁASSAK, Zur Gesch. d. neg. gestio 13 ff., 153 ff. PACCHIONI, Tratt. della gestione (1893) S. 2 ff., 14 ff. FERRINI, Bull. 7 (1894), 86, 89. KARLOWA 2, 668, 1. GIRARD, Manuel<sup>5</sup> 624 f. SEGRÉ, a. a. O. [Vgl. PARTSCH, neg. gest. I, 4 ff.]

<sup>189</sup> Vgl. das schol. ad Bas. 17, 2, 4, wonach das negotiorum gestorum actio competit actio justinianisch ist: „ἀμοιβὰδὸν ἑκατέροισι δίδωσι τὴν οὐτίλιαν.“ Wenn hier zugleich auf die Fragmente des Digestentitels de negotiis gestis verwiesen wird, ist damit doch wahrscheinlich auch an unsere Stelle gedacht. Sehr deutlich ist auch in dem Hinweis auf die Interpolation in Cod. 2, 18, 10 bei THALELAEUS gesagt, daß gerade unser Fragment mit seinem Hinweis auf die Ersatzpflicht für *alle* sumptus utiliter facti mit der eigentlichen a<sup>o</sup> negotiorum

form der Kompilatoren abgeschnitten seien, die im Titel de negotiis gestis den Rechtszustand festgestellt hätten, daß für *alle* sumptus utiliter erogati der gestor die a<sup>o</sup> negotiorum gestorum als *ultra citroque actio habe*<sup>190</sup>. Daher also das *habeat* an hervorragender Stelle im Satz! Bei GAIUS stand dieses *habeat* sicher nicht vor dem *eo nomine*. GAIUS nimmt, wie die Institutionen zeigen, ganz im rhetorischen Stile CICEROS den unbestimmten Satz *quidquid . . . gesserit* und ähnliche unmittelbar nachher auf durch *eo nomine* oder ein anderes Demonstrativum<sup>191</sup>, das am Anfang des Nachsatzes steht. Erst der Byzantiner störte die Konstruktion, indem er sein *habeat* vor das *eo nomine* stellte. Auch zu unseren Anschauungen über den vorwiegenden Gebrauch des actionem habere bei *zivilen* Klageformeln ist es kein Schade, daß *dieses* actionem habere als unklassisch erkannt wird. GAIUS selbst dürfte einfach sein übliches proconsul oder praetor iudicium dare promittit oder pollicetur gesagt haben. Das entspricht am besten dem Edikt selbst, das in D. 3, 5, 3, pr. überliefert ist<sup>192</sup>. Die Konsequenzen, welche für die Geschichte der negotiorum gestio durch diese Kritik an der GAIUS-Stelle sich ergeben<sup>193</sup>, interessieren hier nicht. Hier genügt es, festzustellen, daß ein klassischer Text, der vom Rechtszustand der zwei formulae in factum aus der negotiorum gestio gesprochen hat, wie aus dem *ultra citroque nascitur actio* noch deutlich ist, im justinianischen Texte die deutliche Beziehung auf die a<sup>o</sup> des gestor gegen den dominus erhielt. In diesem Falle soll *ultra citroque actio* entstehen. Es ist nichts anderes als was dieselben Kompilatoren an anderer Stelle den klassischen Juristen sagen lassen: *geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles*<sup>193a</sup>.

gestorum neues Recht geschaffen hat. Nach der leider lückenhaften Erwähnung der Interpolation und Streichung in Cod. 2. 18. 10 folgt als Lehrsatz: ἀ[παιτεῖ δὲ] ἡ νεγοτιογεστόρουμ χρηστὸν καὶ . . . ἀνάλωμα, εἰ καὶ μὴ ἐπιζητέον ἐστί] ἀποτέλεσμα, [ὡς] ἔγνω[μεν ἐν τῷ δὲ] νεγοτιογεστὸς τῶν δ. (Zach. Suppl. 159, n 25). — τῶν πρώτων ist natürlich Hinweis auf den ersten Teil der Pandekten (τὰ πρώτα). — [Vgl. PARTSCH, neg. gest. I, 21 ff.]

<sup>190</sup> [Vgl. unten 76 ff. und PARTSCH, neg. gest. I, 20 f.]

<sup>191</sup> [Vgl. die Belege bei PARTSCH, neg. gest. I, 6 n. 3.]

<sup>192</sup> [Vgl. zu dem Vorstehenden auch PARTSCH, neg. gest. I, 6 f., 26 f.]

<sup>193</sup> Das fr. 2 D. 3, 5 war von jeher ein Hauptstützpunkt für alle Theorien, welche eine besondere Rolle der a<sup>o</sup> negotiorum gestorum contraria entweder für die Anerkennung der Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt vermuteten oder wenigstens die ediktale Verpflichtung zunächst nur auf den Anspruch des gestor. beschränken wollten, vgl. DANKWARDT, negotiorum gestio, S. 7, 17. KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte 2, 670. FERRINI, Bull. 7 (1894), S. 7—89. SEGRÉ, a. a. O. 2, 300.

<sup>193a</sup> D. 13, 6, 17, 3. Die Interpolation an der Stelle ist längst festgestellt.

II. Es war wohl mehr als eine begriffliche Spielerei einer primitiven Dogmatik, wenn die justinianischen Juristen diese Andeutung ihrer Anschauung über das Verhältnis der beiden sich gegenüberstehenden Ansprüche im Prozesse in den klassischen Text hineintrugen. Die Anschauung, daß *ultra citroque obligatio* entstehe, scheint bei den Kompilatoren mit derselben Konsequenz in gedanklichem Zusammenhang zu stehen, wie später wieder, als die Glossatoren gelehrt hatten, daß bei der Klage des Käufers auf Übergabe der Kläger den Preis bezahlt haben mußte, um einen wirksamen Anspruch zu haben. Wie damals die Postglossatoren die Frage diskutierten, ob eine Außerachtlassung der Frage, ob der Kaufpreis bezahlt sei, bei Gelegenheit der *actio empti* gegen eine spätere *actio venditi* des Verkäufers den Einwand der Rechtskraft entstehen lasse, so müssen die Kompilatoren auf den Gedanken gelangt sein, die *actio contraria* aus dem Gesichtspunkt der prozessualen Konsumption stets oder in gewissen Fällen zu verweigern, wenn im *iudicium directum*, also z. B. bei der Klage des *dominus*, nicht kompensiert worden war. Das klassische Recht kann schlechterdings eine prozessuale Konsumption nicht angenommen haben, wenn der gestor bei der *aº directa* die Kompensation nicht durchsetzte und denselben Anspruch nachher im *iudicium contrarium* geltend machte. Denn einmal braucht der *iudex* im *bonae fidei iudicium* ja nicht die Kompensationseinwendung des Beklagten zuzulassen, weil hier ja die Kompensation ganz auf dem Ermessen des Richters über die Tragweite seiner Funktion im *bonae fidei iudicium* beruht<sup>194</sup>. Deshalb war es praktisch nicht auszudenken, daß der Erstprozeß Konsumptionswirkung auf die Gegenforderung haben sollte. Andererseits fehlt es doch auch logisch an der *eadem res*, wenn nach Abweisung des Kompensationsverlangens der gestor nachher im *iudicium contrarium* klagt und der *dominus* sich auf den Erstprozeß berufen will. Denn zur *res*, über welche die *litis contestatio* stattfindet (*qua de re agitur*)<sup>195</sup>, gehört die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung eben wieder deshalb nicht, weil nur das Er-

<sup>194</sup> GAL. 4, 63. Inst. 4, 6, 30. Wie oben schon EISELE, SZ. 21 (1900) 45f.

<sup>195</sup> Daß bei den Formeln mit *intentio incerta*, vielleicht bei allen Formeln die Klausel *q. d. a.*, *q. d. r. a.* die Bedeutung hatte, den in *iure* vorgetragenen Klagegrund unter die Konsumptionswirkung zu stellen, indem sie den *Litiskontestationsvertrag* darüber schließen ließ, ist wahrscheinlich, wenn auch H. KRÜGER den Wert dieser Vermutung erheblich überschätzte (gegen H. KRÜGER, SZ. 29 (1908) 389, vgl. BEKKER, SZ. 30 (1910) 6ff.). Die Aussprüche der Juristen, die *eadem quaestio*, *idem corpus*, *idem ius*, *eadem causa petendi*, *eadem condicio personarum* ohne Rücksicht auf die *qualitas*, d. h. wohl die wesentliche Erscheinungsform (*ποιότης*), also die Identität der *actio* als Klagformel oder der *quantitas*, den Betrag der Kondemnation fordern (D. 44, 2, 3. 12. 13. 14), klingen doch wie Paraphrase eines Teils der *intentio*. In D. 44, 2, 5 ist deutlich genug der Lehrsatz, daß Wechsel der Formel bei der Identität des Klagegrunds die Konsumption nicht ausschließt, mit dem „*de ea re agere*“ in Zusammenhang gebracht.

messen der Geschworenen über den sachlichen Eintritt auf das Kompensationsverlangen entscheidet. Ganz anders steht die Frage für die Kompilatoren. Mit ihrer Theorie der *a<sup>o</sup> quae ultro citroque nascitur* müssen sie darauf kommen, daß die Gegenforderung bei dem *directum* mit in *iudicio* ist. Darin bestärkte sie noch das justinianische Kompensationsrecht, das dem Richter die Kompensation zur Pflicht macht und sie nur bei Illiquidität der Gegenforderung ausschließt. Und in der Tat ist m. E. das Operieren mit der *exceptio rei iudicatae* in zwei der drei Stellen, welche diese Frage für die Ansprüche aus der *gestio* behandeln<sup>196</sup>, deutlich auf die Kompilatoren zurückzuführen. ULPIAN behandelt die Frage bei der *a<sup>o</sup> neg. gest.*, bei der *a<sup>o</sup> tutelae* und an dritter Stelle entweder bei der *a<sup>o</sup> commodati* oder *pignoraticia* oder bei der im selben Buche behandelten Frage der Kompensation im *bf. iudicium*<sup>197</sup>. Da die Stellen zweifellos in gegenseitiger Abhängigkeit der Fassung stehen, seien sie zur Erleichterung der Textkritik hier nebeneinander gestellt.

*D. 3, 5, 7, 2* (ULP. l. 10 ad ed.).

Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi: quod si post examinationem reprobatae fuerint pensiones, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est.

*D. 27, 4, 1, 4* (ULP. l. 36 ad ed.).

.....  
si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio et adquevit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire.

*D. 16, 2, 7, 1* (ULP. l. 28 ad ed.).

Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. aliud dicam, si reprobavit pensionem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio.

Die Interpolationen fallen hier leicht heraus! In *D. 3, 5, 7, 2* ist post examinationem mit Rücksicht auf die justinianische Pflicht des Richters zur Zulassung der liquiden Gegenforderung bei der Kompensation interpoliert. Das Wort ist bei JUSTINIAN beliebt, beim Klassiker stets verdächtig<sup>198</sup>! Die Schlußworte, welche die *exceptio rei iudicatae*

<sup>196</sup> Vgl. KRÜGER, Konsumption und Rechtskraft 149. EISELE, Kompensation, SZ. 18 (1897) 23; 21 (1900) 46. APPLETON, Hist. de la comp. 135. GIRARD, Manuel<sup>5</sup> 709, 3. FERRINI, Pand.<sup>3</sup> 631, 2. BESELER, Beitr. 2, 140, 141. Die weitgehenden Interpolationsbehauptungen BESELERS, der immer den Satz über das Eingehen ULPIANs auf den Fall der Verweigerung der *compensatio* streicht, sind nicht zu begründen: *Pensatio* ist bei JUSTINIAN gar nicht nachzuweisen, aber ein oft vorkommendes klassisches Wort.

<sup>197</sup> LENEL, ULP. 813 entscheidet sich für den Abschnitt *de compensationibus*. Wie oben schon EISELE, SZ. 21 (1900) 46, n. 3. Vielleicht spricht angesichts GAIVS 13, 6, 18, 4 die Wahrscheinlichkeit für die *a<sup>o</sup> commodati*.

<sup>198</sup> Ohne Begründung auch BESELER, Beitr. 2, 140. Für JUSTINIAN vgl. Voc. Longos s. v. *examinatio*. In den Digesten: *examinatio civilis* *D. 47, 14, 1, 4* für *forum civile* vgl. HARTMANN-UBBELOHDE, Röm. Gerichtsverfassung 484, A. 10.

enthalten, sind offenbar hinzugefügt<sup>199</sup>. Sie steht mit der Tatsache in Widerspruch, daß die Notwendigkeit der *exceptio im bonae fidei iudicium* für die Klassiker nicht bestand; sie wiederholen schief, was oben mit klassischen Worten schon gesagt war. Sie begründen mit einem Machtspruch einen Rechtszustand, wo der Klassiker vorsichtig (*verius est*)<sup>200</sup> Standpunkt genommen hatte. In D. 27, 4, 1, 4 ist *et adquevit* sicher interpoliert, wohl auch weil man den Gedanken daran ablehnen wollte, daß der Richter ohne einen besonderen Grund die Kompensation nicht zu berücksichtigen brauche. Schon EISELE<sup>201</sup> hob hervor, daß durch den Subjektswechsel (*possit . . . potest . . . . reprobata est . . . adquevit*) diese Worte aus der Darstellung fallen. Er griff auch schon die Echtheit von *iudex an*<sup>202</sup>. Wenn man nicht ohne weiteres das *sarcire*, das ja bei Ersatz von anderen als Sachschäden bei den Klassikern etwas ungewöhnlich ist, als Interpolation ansprechen will<sup>203</sup>, wird man mindestens das „*iudex*“ streichen<sup>204</sup>. Für die dritte Stelle,

<sup>199</sup> Anders EISELE, SZ. 21 (1900) 46, der die *exceptio rei iudicatae* hier für zweifellos echt erklärt. Mir erscheint die bei EISELE wieder angenommene positive Funktion der *exceptio rei iudicatae* überhaupt verdächtig, jedenfalls die *exceptio in bf. iudicium* als unbeweisbar. — Wie oben anscheinend P. KRÜGER, *Digesten ad hunc locum*. Wie KRÜGER sich auf EISELE berufen kann, verstehe ich allerdings nicht.

<sup>200</sup> BESELER, Beitr. 2, 140 setzt auch hinter *verius est* freigebig!; unverständlich, aus welchem Grunde.

<sup>201</sup> SZ. 18 (1897) 23.

<sup>202</sup> a. a. O.; aber EISELE fügt hier statt *iudex praetor* ein, um auch hier die *exceptio rei iudicatae* zu finden. EISELE deutet das *adquevit* auf die übliche Erwähnung der Unterlassung der Appellation. Aber da diese weder im klassischen noch im justinianischen Tatbestand der Stelle belangreich zu sein scheint, ist es wohl wahrscheinlicher, daß die oben gegebene Auffassung vorlag.

<sup>203</sup> So BESELER, Beitr. 2, 141. Aber das geht sicher viel zu weit. *Sarcire* kommt ja bei JUSTINIAN überhaupt nicht vor! Bei den Klassikern vgl. D. 10, 3, 28; D. 31, 78, 2; D. 43, 16, 3, 17; auch Coll. 10, 9 (CARACALLA) ist bezeichnend. [Vgl. auch PARTSCH, *neg. gest.* I, 60 n. 2 (61).]

<sup>204</sup> Was wirklich in dem klassischen Texte gestanden haben mag, ist kaum zu sagen. Daß überhaupt einfach die Möglichkeit besprochen war, nach Abweisung der Aufrechnung, das *iudicium contrarium* als selbständige Konträrklage im Sinne JUSTINIANS anzustellen, ist auch nicht so unbedenklich, wie man es bisher stets gefunden zu haben scheint. Wenn der *iudex* im Prozeß des ehemaligen Mündels gegen den Vormund diesen kondemnierte, ohne daß die Gegenrechnung durch die Klausel *alterum alteri praestare oportet* in der Formel gewahrt war, ist der tutor infam geworden. Diese Rechtsfolge verschwindet doch wohl kaum dadurch, daß er nachher seinerseits in einem Prozeß gegen den Mündel mit *Impensensatzansprüchen* durchdringt. Das praktisch Angemessene nach klassischem Prozeßrecht wäre eine Restitution der *litis contestatio* des ersten Prozesses und *iudicium rescissorium* mit gegenseitiger Prästation gewesen, so daß in der *intentio* dieses *iudicium* das *quidquid alterum alteri dare facere oportet* gestanden hätte. JUSTINIANS Leute, die bekanntlich oft solche Erwähnung der prozessualen in *integrum restitutio* gestrichen haben, könnten den *iudex* eingesetzt haben, wo die Klassiker sagten, daß bei Abweisung der Aufrechnung im Prozesse über die *actio directa*

D. 16, 2, 7, 1, ist lebhaft umstritten, ob sie in unseren Zusammenhang gehört. Vielfach wird sie zum *agere cum compensatione* des *argentarius* zitiert<sup>205</sup>. Sicherheit ist in der Auffassung der Stellung gewiß nicht möglich. Aber ich meine, alles spricht dafür, daß sie bei dem Klassiker zum *bf. iudicium* gehörte: daß GAIUS dieselbe Frage zur *actio commodati* erläuterte, daß die Stilisierung des Fragmentes der jener, die von *bf. iudicia* handeln, stark ähnlich ist, endlich die Erwähnung des *Ermessens* des *iudex* bei der Zulassung zur *compensatio*. Nimmt man diesen Gesichtspunkt an, so ist deutlich die *exceptio rei iudicatae* im *bf. iudicium* etwas Unklassisches<sup>206</sup>. Sie tritt dort, wo sie als Rechtsschutz in der Stelle genannt ist, in einem schon durch die Einführung mit *tunc enim* verdächtigen Satze auf<sup>207</sup>, ist auch durch das plötzliche Umfallen in eine Beziehung des Zweitprozesses auf den redenden ego seltsam. Die erste Nennung der *exceptio* scheint in einem Glossem zu stehen<sup>208</sup>.

Wenn die Kompilatoren ihre *exceptio rei iudicatae* zur Geltendmachung des Bescheides, der im *iudicium directum* die Kompensation verweigert hatte, im *iudicium contrarium* verwendeten, ist deutlich, daß sie mit diesen Interpolationen selbst noch gar nicht über die klas-

---

der *praetor* nicht ein *iudicium rescissorium* mit gegenseitiger Præstation in Rechnung ziehen solle. Die gegenseitige Præstation in der *intentio* gibt ja der Formel nach klassischem Sprachgebrauch den Charakter des *iudicium contrarium*. Vgl. schon CICERO, *de off.* 3, 17, 70: *praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria „quid quemque cuique praestare oporteret“*. In der Interpolation zur Ediktsklausel über die Infamie, D. 3, 2, 6, 7 ist das *contrarium iudicium* sicher gerade diese Formel der *aº directa* mit Gegenrechnung (über die Interpolation im Ediktstext vgl. ALIBRANDI, *Opere* 1, 407ff.; APPLETON, *Rev. gén.* 24 (1900) 223; LENEL, *Ed.*<sup>2</sup> 77 n. 8 [Ed.<sup>3</sup> 77 n. 10]) und GAIUS (4, 174) sagt uns, daß durch die Hinzufügung der Konträrklausel, auf Grund deren die Verurteilung des Klägers wegen *calumnia* erfolgt, das *iudicium* des Prozesses zum *contrarium* wird. [Vgl. PARTSCH, *neg. gest.* I, 55.]

<sup>205</sup> So APPLETON, GIRARD, FERRINI. Anders EISELE, an der oben zitierten Stelle, dem ich in diesem Punkte folge. (Vgl. oben Anm. 196.)

<sup>206</sup> Daß im klassischen Recht überhaupt an sicherer Stelle über *bf. iudicia* derart deutlich von der *exceptio* gesprochen wurde, ist m. E. nicht nachzuweisen. Deutlich genug aber überliefert THALELAEUS den allgemeinen Satz: wo die Klassiker im *iudicium legitimum ipso iure* — Consumption kennen, ist heute, wo alle *iudicia extraordinaria* sind, die zweite Klage möglich, aber es steht die *exceptio rei in iudicium deductae vel rei iudicatae* zu (*Schol. Zach. suppl.* p. 156 ad const. 3 cod. 2, 18). Deshalb sind, wenn man nicht an den Unterschied von *iudicium legitimum* und *imperio continens* denken will, wozu nach den Tatbeständen kein Anlaß ist, sicher interpoliert: D. 26, 7, 46, 5, i. f.: (*et adversus — replicatione*).

<sup>207</sup> Über *tunc enim* vgl. EISELE, *SZ.* 7 (1886) 26; 10 (1889) 306, 311, 317, 320; BONFANTE, *Storia* (1923) 2, 152; SECKEL-HEUMANN, *Handwörterb. v. tunc*; zu der Stelle auch BESELER, *Beitr.* 2, 141.

<sup>208</sup> Im übrigen ist *quasi non existente debito* wohl interpoliert, um zu unterstreichen, daß der *iudex* die Aufrechnung prüfen muß. Sprachlich ist das *non existente debito* bei den Klassikern ein vereinzelt Vorkommen.

sische Lehre der rein negativen Funktion der *res iudicata* hinaus-schritten<sup>209</sup>. Für sie war eben der Gegenanspruch des *gestor*, des *tutor*, wenn im *iudicium directum* die Kompensation abgelehnt wurde, schon in *iudicio* gewesen.

III. Gerade bei den Ansprüchen aus der *negotiorum gestio* haben die Kompilatoren, welche die doppelseitige Verbindlichkeit in den *bf. iudicia* überall zum Ausdruck brachten, ein wichtiges Tätigkeitsfeld gefunden. Es wird meist übersehen, daß die Klassiker hier einige Konstellationen gekannt haben, bei denen entweder der *gestor* oder der *dominus* einen Anspruch aus *negotiorum gestio* hatte, ohne daß ein entsprechender Anspruch auf der anderen Seite entsteht. Die folgenden Aufstellungen wollen allerdings nur mit allem Vorbehalt gelten. Denn die Lehre von den *actiones negotiorum utiles* liegt heute noch anscheinend im argen<sup>210</sup>. Die *THALELAEUS*-Scholien, welche eine Basis geben, sind bisher zwar von P. KRÜGER beachtet<sup>211</sup>, aber ohne daß für die Behandlung der klassischen Quellen das Ergebnis gezogen wurde. Die klassische Kasuistik und Dogmatik der *negotiorum gestio* durch den näheren Nachweis dieser *actiones utiles* wiederherzustellen, kann nicht so nebenher versucht werden. Hier genügen aber einige Feststellungen, die aus den Quellen sich unmittelbar ergeben.

1. Wenn für den *dominus* ein anderer, ohne Auftrag zu haben, die Führung des Geschäfts dadurch organisiert hat, daß er selbst einem dritten, dem *gestor*, Auftrag zur *gestio* gab, so hat aus der Geschäftsführung nach klassischem Recht der *dominus* gegen den Mandanten die *a<sup>o</sup> negotiorum gestororum directa*, dieser die entsprechende Konträrklage gegen den *dominus*, der Mandant hat gegen den *gestor* und dieser gegen ihn den Anspruch aus dem Mandatsverhältnis<sup>212</sup>. Keine eigent-

<sup>209</sup> Das ist wichtig für die Fragestellung, wie sich die angeblich klassische Lehre von der positiven Funktion der *res iudicata* im römischen Recht entwickelt hat. Der Gedanke, daß sie völlig justinianisch sein muß, ist mir schon in meiner Studienzeit bei MITTEIS im Seminar als feste Lehre begegnet.

<sup>210</sup> Vgl. die Darstellungen LENEL, Ed.<sup>2</sup> § 35, GIRARD, Manuel<sup>5</sup> 624 ff., PEROZZI, Istituzioni<sup>2</sup> 2, 316 ff., die sich mit den sehr präzisen Nachrichten der Basilikenscholien gar nicht auseinandersetzen.

<sup>211</sup> cf. ed. Digest. ad D. 3, 5, 5, 7. Cod. 2, 18 passim.

<sup>212</sup> So D. 3, 5, 20 (21), 3. fr. 27 (28), h. t. LENEL, Ed.<sup>2</sup> 104, I will schon für den Fall des fr. 20 (21) § 3 eine *a<sup>o</sup> utilis negot. gest.* gegen den Mandanten vermuten. Aber *THALELAEUS* schol. ad Cod. 2, 18, 14 sagt ausdrücklich, daß der *mandans* hier selbst als prinzipieller *gestor* erscheint und daher mit *a<sup>o</sup> neg. gest. directa* (nicht *utilis*) haftet (schol. *THALEL. ZACH. suppl.* 162): „*ὁ γὰρ ἀνὴρ ἐνετείλατο αὐτῷ διοικῆσαι καὶ τὰ ἐμὰ καὶ τῆς γαμετῆς ἐμοῦ πράγματα, καὶ τοῦτω τῷ μανδάτῳ παρακολουθήσας καὶ τὰ ἐκατέρωθεν διώκησεν, ἡδύνατο [τὴν μανδάτι κινεῖν] κατὰ τοῦ ἀνδρὸς ἢ τῆς [γαμετῆς οὐτιλίως] τὴν νεοσιτογεστόρουμ, ἐπειδὴ ἐντελόμενος ἐκεῖνος ἐτέρω τὴν διοίκησιν αὐτὸς ἐδόκει προσωτόπως διοικεῖν καὶ ἔνοχος ἦν τῇ διοέκτα νεοσιτόρουμ.*“ Der Text wird durch *ZACHARIAEUS* Ergänzung *ἡδύνατο [κινεῖν]* unverständlich, vgl. *ZACH. Suppl.* p. 162 n. g. Richtig wohl: *ἡδύνατο [τὴν μανδάτι κινεῖν] κατὰ τοῦ ἀνδρὸς*

liche, d. h. zivile oder auf dem Musterfall des Edikts beruhende Formel ist dem gestor zunächst gegeben, um direkt seine Aufwendungen vom dominus ersetzt zu erlangen. Aber die klassische Jurisprudenz muß dem gestor schon in Notfällen die a<sup>o</sup> utilis unmittelbar gegen den dominus gegeben haben. Eine Entscheidung PAPINIANS<sup>213</sup> begründet sehr vorsichtig einen solchen Anspruch des negotiorum gestor für den Fall, daß der Auftrag, den der sponsor des procurator bei der cautio iudicatum solvi von einer Frau erhalten hatte, wegen der exceptio SC. Velleiani wirkungslos ist, und in einem Diokletianischen Reskript hat der Beauftragte, der vom Ehemann Auftrag zur Führung seiner und der Ehefrau Geschäfte erhalten hatte, nach THALELAEUS die a<sup>o</sup> negotiorum gestorum utilis gegen die domina selbst gehabt<sup>214</sup>, ohne daß klar ist, ob angesichts des besonderen Tatbestandes ein besonderer Grund vorlag, den gestor nicht ausschließlich auf die Mandatsklage gegen den Mann zu verweisen<sup>215</sup>. Dieser Klage des beauftragten gestor mit a<sup>o</sup>

---

ἡ τῆς [γαμετῆς οὐτιλίως]... Das (οὐτιλίως) muß hinzugefügt werden, denn es stand nach schol. THALEL. ad const. 4 h. t. (ZACH. suppl. 157) im Text der const. 14. Es ist einer der Fälle, welche die Frage nahelegen, ob nicht THALELAEUS doch noch vor dem Codex repetitae praelectionis arbeitete. Vgl. KRÜGER, Gesch. d. Quellen<sup>2</sup> (1912) S. 411. Daß hier directa im Gegensatz zu utilis gemeint ist, folgt, auch wenn man diese Textkorrektur bedenklich fände, einmal daraus, daß nach THALELAEUS dieses Reskript im schol. ad const. 4 h. t. dem beauftragten gestor gegen die domina selbst utilis a<sup>o</sup> negot. gestor. zuspricht, außerdem aus der Bezeichnung des Ehemannes als *Hauptschuldner* (πρωτοτύπως διοικεῖν), im Unterschied vom beauftragten gestor, der anscheinend nur als akzessorischer Hafter gedacht werden soll. Daß derjenige, welcher dem Ausführenden Auftrag gibt und aus Auftrag haftet, selbst wie jeder andere gestor, der zur Geschäftsführung eine Verbindlichkeit eingegangen ist, behandelt wird, — dieses Ergebnis scheint auch völlig im Sinne der klassischen Gestaltung der Haftung aus der Geschäftsführung zu liegen. [Vgl. PARTSCH, neg. gest. I, 21 f.]

<sup>213</sup> D. 16, 1, 7 (dazu KOHLER, Jahrb. f. Dogmatik 25 (1887) 90). Über die wahrscheinliche Streichung des utilis bei dieser a<sup>o</sup> [vgl. PARTSCH, neg. gest. I, 18, 22 f.] PAPINIAN war sicher weit davon entfernt, diese a<sup>o</sup> utilis jedem Beauftragten zu geben, vgl. D. 17, 1, 53, wo der fideiussor, der auf Auftrag des A für den nichts davon wissenden B Bürgschaft leistet, nur gegen den klagen kann, der ihm Auftrag gab. Erst die Byzantiner (schol. τοῦτο νόησον Stephan. HEIMB. 2, 133) beschränken die Bedeutung dieser Entscheidung auf die Ablehnung der a<sup>o</sup> mandati contraria gegen den Hauptschuldner und verwiesen auf die Zuständigkeit der a<sup>o</sup> negotiorum gestorum contraria gegen diesen. Die oben fürs klassische Recht gegebene Darstellung entspricht der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts, WINDSCHEID, Pand.<sup>9</sup> II, S. 924 ff. (§ 431). Vgl. auch D. 7, 5, 8, wo offenbar auch PAPINIAN der Gedanke an eine a<sup>o</sup> negot. gestor. ganz fernliegt (so schon KOHLER, Jahrb. f. Dogmatik 25 (1887) 72 ff.).

<sup>214</sup> Const. 2, 18, 14, s. oben Anm. 212. [Vgl. PARTSCH, neg. gest. I, 19.]

<sup>215</sup> Die Notwendigkeit dieser a<sup>o</sup> des gestor gegen die domina unmittelbar könnte entweder dadurch gegeben sein, daß die Beurteilung der Nützlichkeit der gemachten Aufwendungen nach der Person der domina dem gestor einen besonders günstigen Ersatzanspruch verschaffte, oder durch die Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers, oder durch die Unwirksamkeit des Auftrages.

negotiorum gestorum utilis gegen den dominus stand nun — nach einer bei den Klassikern vielleicht herrschenden Meinung der Juristen — kein entsprechender Anspruch des dominus aus der gestio gegenüber. So sagt wenigstens THALELAEUS, schol. ad Const. 2, 18, 4: Durch die dort geschehene Erteilung einer a<sup>o</sup> negotiorum gestorum an den Mündel gegen den vom tutor beauftragten gestor sei die bei den Nomikoi herrschende Streitfrage entschieden, ob derjenige, der gemäß Auftrag eines Dritten fremde Geschäfte eines anderen führe, dem dominus negotii hafte. Der Urtext der const. 4 hat also wahrscheinlich nicht die a<sup>o</sup> negotiorum gestorum dem Mündel gegeben<sup>216</sup>. Bei JUSTINIAN heißt es, der vom tutor beauftragte gestor handle nicht pro tutore, hafte aber mit der a<sup>o</sup> negotiorum gestorum dem Mündel, — was hier als Gegensatz erscheint; die Rechtsstellung als pro tutore gerens und die als negotiorum gestor ist eben erst durch JUSTINIAN differenziert worden: Denn die actio protutelae, die hier zunächst in Gegensatz zu der a<sup>o</sup> negotiorum gestorum gestellt zu sein scheint, ist, soweit wir heute die Quellen beurteilen können, gar nicht klassisch<sup>217</sup>. Wer pro tutore negotia gerebat, haftete mit der a<sup>o</sup> negotiorum gestorum dem dominus (Arg. Inskript. D. 27, 5, 5; PAUL. Sent. 1, 4, 8; D. 3, 5, 30 (31) 5; Cod. 5, 28, 1; Cod. 5, 34, 4). Das klassische Reskript kann nicht gesagt haben: der vom tutor Beauftragte haftet nicht mit der a<sup>o</sup> negotiorum gestorum, aber er haftet doch damit. Schon die Byzantiner fühlten den Widersinn, der selbst dann bestand, wenn man bei der Interpolation des Textes die justinianischen Rechtsmittel des protutor zugrundelegte: Danach hieß es: gegen den beauftragten gestor hat der Mündel nicht die a<sup>o</sup> protutelae noch die a<sup>o</sup> negotiorum, aber doch die a<sup>o</sup> negotiorum. Und so rettete man den Text, indem man die gegebene a<sup>o</sup> negotiorum gestoris als utilis bezeichnete<sup>218</sup>. Dem klassischen Rechte

<sup>216</sup> Cod. 2, 18, 4: Qui pupillae negotia tutoris mandato suscipit, pro tutore negotia non videtur gessisse [sed negotiorum actione pupilla tenebitur]. Die Interpolation ist auch wohl durch den Tempuswechsel (non videtur — tenebitur) angedeutet. Dazu THALEL. schol. ZACH. suppl. 157. n. 15: *ἐκ τῆς διατάξεως ὅτι ἐπιμήθη τὸ ἀμφιβαλλόμενον τοῖς νομικοῖς εἰ ἄρα ὁ κατὰ μανδάτων ἑτέρου διοικῶν πράγματα ἄλλω προσήκοντα κατέχεται τῷ δεσπότη.*

<sup>217</sup> Dazu zuletzt vortrefflich PETERS, SZ. 32 (1911) 243 ff.; [PARTSCH, neg. gest. I, 63.]

<sup>218</sup> Bas. 17, 2, 4 (Suppl. ZACH. 157) paraphrasiert das Reskript: *ἀντιγράφει ὁ βασιλεὺς οὕτως, ὅτι οὐδὲ τὴν περὶ τῆς ἐπιτροπῆς δύναται κατ' αὐτοῦ κινήσαι οὐδὲ τὴν περὶ διοικήσεως ἀγωγὴν, ἀλλὰ τὴν οὐτίλλαν.* PETERS, a. a. O., 251, hat m. E. die Basilikenstelle nicht richtig gedeutet, wenn er aus ihr die Gewißheit entnimmt: „Danach war in dem Reskript die Frage, ob die Geschäfte der Pupilla als protutore geriert anzusehen seien, gar nicht angeschnitten.“ Einmal ist es bedenklich, den Basilikenverfassern ein Operieren mit dem im Kodex nicht rezipierten Tatbestande des Reskriptes zuzutrauen: THALELAEUS lehnt das im schol. ad Bas. 17, 2, 9 (ZACH. suppl. 158) ausdrücklich ab. Die Tatbestandsausmalung in

entspricht der Text des Reskriptes, wenn wir die Erwähnung der *a<sup>o</sup> negotiorum gestorum* im letzten Satzteil als Kompilatorenwerk erkennen: *Qui pupillae negotia tutoris mandato suscipit, pro tutore negotia non videtur gessisse* [ . . . ]. Dieser Text sagt dann nur, was nach den allgemeinen Grundsätzen des klassischen Rechtes gegeben ist: keine *a<sup>o</sup> negotiorum gestorum* des Mündels gegen den vom tutor beauftragten gestor. Und das ist auch das Gerechtfertigte für ein privatrechtliches System, das noch im Anfang des 3. Jahrhunderts die Folgen aus der Geschäftsführung des tutor, soweit sie aus Schuldverträgen entstehen, nur durch Aktionenübertragung kraft prätorischen Dekrets zugunsten des Mündels selbst wirken läßt (entsprechend D. 26, 7, 9 pr.). Ob darüber hinaus schon gewisse klassische Juristen an eine Klage des pupillus selbst gegen den gestor aus *negotiorum gestio* dachten — oder erst die byzantinischen Praktiker die Gewährung der *a<sup>o</sup> neg. gestor.* zugunsten des Mündels entsprechend der Konträrklage des gestor empfohlen, ist kaum festzustellen. Daß jedenfalls die herrschende Lehre der Klassiker nichts von der *actio negotiorum gestorum utilis* gegen den beauftragten gestor gewußt haben kann, folgt auch aus der festen Lehre des klassischen Auftragsrechtes: wer den Auftrag, Geschäfte zu führen, erhielt, haftet nur auf Grund dieses Auftrages, nicht mit der *actio negotiorum gestorum*<sup>219</sup>. Dem justinianischen Kompilator wurde hier der Eingriff leicht: er hatte den Rechtszustand, daß im Notfall die *a<sup>o</sup> negotiorum gestorum utilis* dem gestor gegen den Mündel selbst gegeben wurde. Nach dem Gesichtspunkt der *ultra citroque obligatio* mußte er die entsprechende *a<sup>o</sup> negotiorum* des Mündels selbst als konsequent betrachten.

---

den Basiliken ist daher wohl nur eine nach dem Reskript gemachte theoretische Ausmalung. Andererseits ist doch anscheinend das „*pro tutore negotia videtur gessisse*“ (Cod. 2, 18, 4) durch die Erwähnung der beiden nach dem justinianischen Recht in Betracht kommenden Klagen paraphrasiert. Daß in *ἡ περὶ τῆς ἐπιτροπῆς ἀγωγῆ* nicht die *a<sup>o</sup> pro tutore* stecke, sondern nur die *a<sup>o</sup> tutelae*, wäre nicht richtig einzuzuwenden. Denn diese heißt sonst korrekt *ἡ κατ' ἐπιτρόπων ἀγωγῆ*. Auf die *a<sup>o</sup> negotiorum gestorum utiles* kamen die Byzantiner wohl wegen Cod. 2, 18, 14 schol. THALEL. ZACH. suppl. 157. Deshalb glaube ich auch nicht, daß es richtig ist, mit P. KRÜGER (Cod. 2, 18, 4) „*utilis*“ in den Text hineinzutragen. Das *utilis* bezeugt THALELAEUS nur im Falle Cod. 2, 18, 14. Das Scholion *ἰστέον* ad const. 4 (HEIMBACH 2, 220), wo dasselbe auch für const. 4 gesagt ist, ist in Wirklichkeit nur ein Auszug aus dieser Bemerkung des THALELAEUS, so schon HEIMBACH, Manuale 355.

<sup>219</sup> D. 17, 1, 6, 1: *Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur*. Das ist gewöhnlich zunächst im Verhältnis zum Mandanten gesagt, aber der klassische Jurist hätte sich kaum in dieser passivischen Fassung (*nec—agetur*) ausgedrückt, wenn es nicht auch richtig gewesen wäre, daß der Mandator bei giltigem Mandat niemals mit der *a<sup>o</sup> neg. gestor.* haftete.

Dieselbe actio negot. gestor. des dominus ist in Cod. 2, 18, 14 wohl auch interpoliert. Der Ehemann hat einem Dritten Mandat zur Führung von Geschäften gegeben, die ihm und der Gattin gemeinsam waren. Das Reskript entscheidet hier nach justinianischem Recht: tam tibi quam mulieri invicem negotiorum gestorum competit actio<sup>220</sup>. THALELAEUS referiert im Schol. zur Const. 4 ht.<sup>221</sup>, nachdem er die Entscheidung des alten Zweifels über die actio negotiorum gestorum des dominus gegen den beauftragten gestor durch diese const. festgestellt hat: „aber auch die 15. (soll heißen 14.) const. dieses Titels gibt invicem beiden die utilis, sowohl dem dominus negotiorum gegen den mit mandatum eines Dritten gerierenden wie dem gestor selbst gegen den dominus.“ Dieses Referat mag sich auch auf den ersten Codex beziehen. Danach ist wahrscheinlich die „gegenseitige Klage zwischen der Ehefrau und dem gestor“ in const. 14 eben auch als interpoliert anzusehen. Der klassische Text gab wohl nur neben einer Erwähnung der actio mandati contraria gegen den Ehemann die actio negotiorum gestorum utilis gegen die Ehegattin. Es ist sicher kein Zufall, daß noch dies im Text eines von ZACHARIAE mißverstandenen Schol. stand, in dem THALELAEUS den Fall darstellte<sup>222</sup>.

Wenn diese Vermutung das Richtige trifft, ist wohl die Entscheidung in D. 3, 5, 3, 11, welche dem beauftragten gestor sowohl die Klage aus dem Auftrag gegen den Mandanten wie auch die actio negotiorum gestorum gegen den dominus negotii zuspricht, im Sinne der Kompilatoren auch so zu verstehen, daß entsprechend der dominus gegen den gestor die a<sup>o</sup> neg. gestor. haben soll.

2. Hier ist nur noch auf die bekannte Africanusstelle (D. 3, 5, 45 pr.) über die gestio für den beauftragten Sohn einzugehen, in welcher m. E. aus dem Dogma der ultro citroque obligatio das klassische Recht verändert worden ist. An den Sohn in potestate patris ist ein Mandat zum Ankauf eines Landgutes gegeben worden. Der pater selbst kauft. Der Jurist will je nach der Absicht des pater scheiden. Hat er gekauft, weil er das Interesse des Auftraggebers am Ankauf kannte, so soll beiderseitig actio neg. gest. zustehen, gerade wie wenn entweder kein Mandat vorgelegen hätte oder das Mandat an einen Dritten ergangen wäre und der gestor das Grundstück erworben hätte, weil er das Ge-

<sup>220</sup> [Vgl. PARTSCH, neg. gest. I, 21.]

<sup>221</sup> Thalel. Schol. Zach. Suppl. 157 n 15: σῆ. ἐκ τῆς διατ. ὅτι ἐτμήθη τὸ ἀμφιβαλλόμενον τοῖς νομικοῖς εἰ ἄρα ὁ κατὰ μανδάτων ἐτέρου διοικῶν πράγματα ἄλλω προσήγοντα κατέχεται τῷ δεσπότη. εἴρηται δὲ τὸ θέμα καὶ ἐν τῷ δε νεγοτίς γέστις τῶν πρώτων μένησο οὖν τοῦ θέματος καὶ ἐξ ἐκείνου τοῦ τίτλου. ἀλλὰ καὶ ἐ' διάταξις τούτου τοῦ τίτλου ἀμοιβαδὸν ἐκᾶτέροις δίδωσι τὴν οὐτιλίαν, καὶ τῷ δεσπότη τῶν πραγμάτων κατὰ τοῦ μανδάτω ἄλλον διοικήσαντος καὶ αὐτῷ τῷ διοικήσαντι κατὰ τοῦ δεσπότη.

<sup>222</sup> Vgl. oben Anm. 212; über die Provenienz cf. HEIMBACH, Manuale 355.

schäft selbst leichter vornehmen könnte als der Beauftragte. Wenn nur die Mandatspflicht des Sohnes für den pater in Betracht kam, sollen nur die Aktionen aus dem Mandatsverhältnis zwischen dem Vater und dem Auftraggeber als Pekuliargläubiger entstehen. Seltsam ist hier die Entscheidung für den ersten Fall: *agemus inter nos negotiorum gestorum, sicut ageremus, si aut nullum omnino mandatum intercessisset, aut Titio mandasses et ego, quia per me commodius negotium possim conficere, emissem*. Hier wird dem dominus nur auf Grund des Ankaufs, den der gestor vornahm, die *a<sup>o</sup> neg. gest. directa* gegeben. Und doch handelt es sich nicht um ein Geschäft, das der gestor in der Vermögenssphäre des dominus vornimmt, noch um ein solches, das durch einseitige *ratihabitio* des dominus von diesem angeeignet werden könnte. Ohne Rücksicht darauf, daß es dem Käufer doch unbenommen bleiben muß, die gekaufte Sache für sich zu behalten, wird gegen ihn die *a<sup>o</sup> neg. gest. directa* gegeben und dabei dem dominus der unpraktische Nachweis auferlegt, daß der pater für ihn das Grundstück habe kaufen wollen. Nur die gemeinrechtliche Betrachtungsweise, die hier nach JUSTINIANS Rezept überall die Verpflichtungswirkung der auftraglosen Geschäftsführung auf eine Tatsache des Seelenlebens, den *animus negotii gerendi* begründete<sup>223</sup>, konnte, ohne Anstoß zu nehmen, an diesen Konsequenzen vorbeigehen. Ich meine, die Stelle ist interpoliert. Weil der Klassiker hier die *a<sup>o</sup> neg. gest. contraria* nicht als *utilis* gegeben hatte, setzte der Kompilator die gegenseitige *actio* ein und achtete nicht darauf, daß hier ein Tatbestand vorlag, der sich zur *a<sup>o</sup> neg. gest.* nur eignete, wenn eine Anbietung zur Genehmigung der Geschäftsführung an den dominus und diese Genehmigung selbst stattgefunden hatte. Diese *Ratihabitio* des Ankaufes durch den dominus ist sonst für den speziellen gestor erwähnt (D. 3, 5, 5, 8), hier fehlt sie!<sup>223a</sup> Die Byzantiner strichen dabei die Erwähnung, daß diese *a<sup>o</sup> neg. gest. contr.* eine *utilis* sei, ebenso wie in D. 3, 5, 30 pr. Sie müssen die Ausmalung des analogen Falles, den der Jurist anfügte, mit Rücksicht auf diese ausgleichende Tätigkeit, die sie zwischen *actio neg. contraria* und *actio neg. contraria utilis* vornahmen, verändert haben. Es ist bezeichnend, daß gerade das im Einschlebsel zugelassen ist, was nach klassischem Recht nicht vorliegen durfte, wenn die *actio neg. gestor. utilis*, auf welche die Stelle ursprünglich nach dem Tatbestand sich bezog, in Betracht kommen sollte. Der Klassiker gab als Analogie den Fall, daß das Mandat an einen Gewaltfreien gegeben war. Das hatte Sinn für die Verdeutlichung der Rechtsverhältnisse, die zur Beurteilung standen, wenn der pater für den beauftragten Gewaltunterworfenen intervenierte.

<sup>223</sup> Vgl. § 7 (Exkurs über die Lehre vom *animus negotii gerendi*), unten S. 88 ff.

<sup>223a</sup> Auch die Basiliken-Schol. betrachteten sie als erforderlich. Vgl. Schol. 9 ad Bas. 60, 12, 53. HEIMBACH 5, 506.

Der Kompilator machte daraus eine lehrhafte Darlegung über die materiellen Voraussetzungen der actio neg. gestorum. Der Eingriff (del. aut-aut) ist noch deutlich, weil bei dem Subjektswechsel, der durch das Einschiesel bedingt war, stilistisch vor TITIO mandasses ein tu als Subjekt erforderlich wurde, was der klassische Text nicht brauchte und was jetzt störend fehlt. Sprachlich ist das rein verstärkende omnino, das hier unnötig betonend im Einschiesel steht, ja schon öfter als kompilatorisch angesprochen worden<sup>224</sup>.

3. Endlich ist es in der Lehre der römischen Geschäftsführung ohne Auftrag möglich, eine berüchtigte Antinomie auf eine Interpolation zurückzuführen, die deutlich auf dem Dogma der beiderseitigen Verbindlichkeit im bonae fidei iudicium beruht. Wenn der A. unberechtigterweise die Forderung des B. einzieht oder über eine Sache des B. verfügt, erwirbt nach einseitiger Ratihabition des B dieser gegen A die actio neg. gestor. directa<sup>225</sup> und A gegen den dominus die actio mandati

<sup>224</sup> SECKEL, Handwörterbuch s. v. omnino. In den justinianischen Konstitutionen häufig omnes omnino; in Inst. 4, 18 pr.: nec omnino quicquam simile habent . . . Es ist wohl Gräzismus statt καθάπαξ.

<sup>225</sup> Denn B. ist objektiv als negotiorum gestor bei einem Geschäft des A., und das klassische Recht kennt für diesen gestor ebensowenig das Erfordernis des gemeinrechtlichen animus negotii gerendi (vgl. dazu unten § 7), wie andererseits die Byzantiner diese Entscheidung grundsätzlich abgeändert haben.

Es kommt nach klassischem Rechte dabei für die Begründung der actio neg. gestor. auch auf das Nichtwissen des A. von seiner vollmachtlosen Ausübung fremden Rechtes oder auf sein bewußtes Handeln in fremder Sphäre (JHERING, Abhandlungen S. 82ff., ZIMMERMANN, Echte und unechte neg. gestio S. 55ff. wollen nur gegen den wissentlich in fremder Sphäre Handelnden die actio neg. gestor. directa zugestehen) gar nichts an. Das ist klar durch folgende Quellen: 1. Cod. 3, 32, 3. — 2. Cod. 3, 36, 20: In familiae erciscundae iudicio ab uno pro solido rei veluti communis venumdatae pretium non venit, sed mandati, si praecessit, coheres venditoris agere potest, vel negotiorum gestorum, si ratam fecerit venditionem. Nam si velut propriam unus distraxit ac pretium possideat, hereditas ab eo petenda est. Das THAL. Scholion hierzu unterstreicht sogar noch die Tatsache, daß der eine Miterbe das ganze gemeinsame Gut im eigenen Namen veräußert hat: Τυχὸν γὰρ ἐνόμιζον ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον, καὶ ὡς πρὸ νέρεδε νεμηθεῖς τέλειον πρᾶγμα, ἐνέχεται τῇ νερεδιτάτις πεπιτόνι. (Schol. ad Bas. 42, 3, 75, HEIMB. 4, 287. ἐνόμιζεν statt ἐνόμιζον vgl. HEIMBACH, Man. p. 361, not. o). Vgl. auch Cod. 2, 18, 19. Richtige Exegese gegen ZIMMERMANN (Echte und unechte neg. gest. 55ff.) bei v. MONROY, Vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, S. 97f., 9, 1. — 3. Cod. 8, 37 (38), 3, pr. (itp. absentis) § 1 (= Cod. 2, 18 [19], 9). Es ist der übliche Fall des hellenistischen Daneions mit direkter Stellvertretung auf der Gläubigerseite und Stipulationsklausel. Derjenige, der nach Absicht der Parteien Gläubiger werden sollte, hat natürlich in seinem eigenen Namen ohne Vertretungsabsicht die Forderung eingetrieben. Daran zweifelte auch THALELÄUS nicht. Er hat in seinem Scholion zu Cod. 2, 18, 9 (ZACH. suppl. p. 158 ad Bas. 17, 2, 9) auffallenderweise die l. gem. aus dem späteren Kodextitel, die den vollen Tatbestand im pr. enthielt, nicht benützt, und sagt, daß er diesen speziellen Tatbestand nicht verwerten dürfe, da er nicht im Kodex rezipiert

contraria. Die allgemeine Regel, nach welcher der Genehmigende sich nach Mandatsgrundsätzen behandeln lassen muß (D. 46, 3, 12, 4; — vgl. D. 46, 7, 3, §§ 2, 3; — D. 49, 5, 1, pr.), ist in dem bekannten Ulpianfragment derart bezeugt, daß zwar nach der Inskription nicht gerade eine Beziehung zur negotiorum gestio naheliegt, aber doch die Formulierung von jeher gerade auf die Geschäftsführung ohne Auftrag bezogen wurde: D. 50, 17, 60 (ULP. 1. 10 disput.): *semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et is qui ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione.*

Und allerdings scheint die a<sup>o</sup> mandati contraria, wenn auch praktisch ohne besonderen Vorteil (ein Unterschied ist immerhin da), prozessual angemessener zu sein als die a<sup>o</sup> neg. gest. contraria. Denn es ist unnütz, den gestor nach der Genehmigung überhaupt noch behaupten zu lassen, daß das Geschäft nützlich geführt sei. Die römischen Quellen widersprechen auch im allgemeinen der Auffassung nicht, daß die Klassiker dem Genehmigenden mit der actio neg. gestor. dir., den gestor mit der actio mandati contraria vorgehen ließen<sup>226</sup>. Nur *eine* Stelle,

---

sei; daher stellt er sich die Frage, ob der gestor JULIANUS hier notwendigerweise mit animus negotii domini gerendi handeln müsse oder auch ohne solchen animus bei der Einkassierung gehandelt haben könnte, um mit der actio neg. gestor. directa zu haften. Er entscheidet sich für die actio auch bei Mangel des Gestionswillens. Mißverständliche Erläuterung des Falles bei v. MONROY, a. a. O., S. 122, der hier den Fall sieht, daß der gestor nicht *im*, wohl aber *unter* dem Namen des wahren Gläubigers D dessen Forderung einkassiert.

Wie oben schon SEUFFERT, *Lehre von der Ratihabitation des Rechtsgeschäfts* (Würzburg 1868) 16ff.; aber mit der unrichtigen Auffassung der ratihabitatio als bloßer Erklärung über die Utilität der Impensen, während die Klassiker oft durch die ratihabitatio die actio neg. directa entstehen lassen, während verpflichtende gestio gar nicht vorliegt. Ganz anders als oben JHERING, *Abhandlungen* S. 82ff., ZIMMERMANN, a. a. O. 55ff. für den Fall, daß der gestor von seinem Tätigwerden in der fremden Sphäre nichts weiß. Hier soll die Ratihabitation und damit ein Zustandekommen einer echten neg. gestio deswegen ausgeschlossen sein, weil der gestor nicht den animus gerendi negotii hat. Das ist m. E. durch Cod. 3, 32, 3; 3, 36, 20; 8, 37 (38), 3 widerlegt. Wie ZIMMERMANN auch v. MONROY, a. a. O. 121ff., der nur, wenn die Einkassierung der fremden Forderung *im Namen* des wahren Gläubigers erfolgt, die Ratihabitionsbefugnis zugesteht, MITTEIS, *Stellvertretung* 215, 138ff. Diese Lehre ist ins moderne deutsche Gesetzbuch übergegangen (§ 677), ihre bedenkliche Frucht sind Entscheidungen wie die Reichsgerichtsentscheidung 64, 33.

<sup>226</sup> Nur die gemeinrechtliche Anschauung zog, wenn die actio directa genannt war, den Schluß, daß der Klassiker notwendig auch die contraria gegeben habe. Vgl. zu D. 3, 5, 9 (10). — Cod. 2, 18, 9 (8, 37 [38], 3). Cod. 3, 32, 3. Cod. 3, 36, 20. Vgl. die bei SEUFFERT, a. a. O. 49ff. aufgeführte ältere Literatur. Auch BRINZ, *Pand.* 2, 638, 25, der aber schon an die Möglichkeit dachte, daß nur die actio mandati contraria gegenüber der actio neg. directa des dominus in Betracht komme. Selbst GIRARD, *Man.*<sup>5</sup> 626, 4 findet es selbstverständlich, daß aus D. 3, 5, 8 (9) sich der Schluß auf actio neg. gestor. contraria ergebe.

D. 3, 5, 5, 12, erwähnt deutlich auch nach der *ratihabitio* die *actio neg. gestor. contraria* als Ersatzklage des gestor: im Ediktskommentar (l. 5, 11) referiert ULPIAN nach PEDIUS den Fall, daß A. die vermeintliche Forderung des B. von C. einzieht und B. gegenüber A. genehmigt. Frage ist, ob B. von A. dann die Zahlung der erlangten Summe an sich mit *actio neg. gest.* verlangen könne. Das wird bejaht von PEDIUS, weil infolge der Genehmigung die *condictio* nur gegen B. zustände. ULPIAN fügt dazu den Satz „*sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat*“<sup>227</sup>. Das Interesse der Feststellung besteht sichtlich darin, daß ein Dritter, der zum wahren Gläubiger in keiner Beziehung steht, sich hier durch Genehmigung die Geschäftsführung des gestor aneignet und daraus die *actio neg. gestor.* erlangen kann<sup>228</sup>. Deshalb muß es verwunderlich erscheinen, daß dieser Gesichtspunkt in den nächsten beiden Paragraphen verwischt

<sup>227</sup> Im Digestentext folgt noch . . . *sed tua contemplatione gestum*. Das ist sicher Interpolation. Abgesehen von dem grammatischen Schnitzer, der das Einschiesel verrät, sagt THALELAEUS in dem Schol. zu Cod. 2, 18, 9 (ZACH. suppl. 159), daß es auf die *contemplatio domini* für unseren Fall nicht ankomme und beruft sich sogar auf unsere Stelle dafür. Er zitiert auch ULPIANS Wort dazu: *ἐνθα δὲ θαναμάζων τὴν τοῦ θέματος δύναμιν οὐλιανὸς ἐπιφέρει, ὅτι τὸ μὴ ὄν ἐξ ἀρχῆς νεγότιον ἐμὸν ὁμῶς ἢ ὑταβαβίτων ποιεῖ ἐμὸν*. Der im Digestentext interpolierte Passus fehlt.

<sup>228</sup> Derselbe Rechtszustand ist für die *actio tutelae* klar: Der volljährig Gewordene kann sich das Geschäft, das der curator — wohl noch als tutor — mit dem deponierten Mündelgeld für eigene Rechnung kontrahierte, aneignen: Cod. 5, 51, 3. (Vgl. hierzu das Scholion des THALELAEUS ad Bas. 38, 3, 28, HEIMBACH 3, 724.) Die hier vermutete Auffassung des Tatbestandes stammt von ALIBRANDI, Bull. 2 (1889), 158 f. [Vgl. PARTSCH, *neg. gest.* I, 70.] — Über die Interpolation in D. 26, 9, 2 schon EISELE, SZ. 13 (1892), 127. MANCALEONI, Studi Sassaesi I, 1 (1901), 7 ff. [Vgl. auch PARTSCH, *neg. gest.* I, 81 n.] — Cod. 3, 32, 8, das Reskript des Philippus, welches dem Soldaten gegen den ungetreuen Geschäftsführer, der das Geld des Soldaten zu einem in eigenem Namen für sich gemachten Ankauf von Grundstücken verwendet, die *vindicatio utilis* neben der *actio mandati* oder *neg. gestor.* gibt, gehört auch hierher. Die Entscheidung bezüglich der *vindicatio utilis* muß interpoliert sein (so schon MANCALEONI, a. a. O. 21 ff.). Der Widerspruch von MAYRS SZ. 26 (1905) 112 übersieht, daß *impertiri* im Sinne des *activum* darin zwar justinianisch (Vocab. LONGOS s. v. *impertiri*), aber nicht klassisch ist. Auch die Wendung *partes aequitatis non negare* müßte noch in vorbyzantinischer Zeit nachgewiesen werden! Die Schwierigkeit, daß vorher, auch für einen Soldaten, das Gegenteil bestimmt ist, besteht gar nicht, in const. 6 eod. ist *militi* nach Cod. 4, 34, 3 modern ergänzt! Ebenso wie dort die *vindicatio* verweigert, aber auf die *actio depositi* hingewiesen wird, ist in Cod. 3, 32, 8 wohl die *vindicatio* verweigert. Es hieß wohl: zwar kann der Präses die *vindicatio* nicht gestatten, aber die *actio mandati* oder *neg. gest.* wird gestattet werden. Gerade das Reskript an den Austronius (Cod. 3, 32, 6; 4, 34, 3) beweist das. — Für die *actio neg. gest. directa* reiht sich die Stelle an die vorher besprochene gleichbedeutend an. JHERINGS Versuch (Dogm. Jahrb. 1, 145 ff.), den *animus negotii gerendi* zu subintelligieren, findet in dem Tatbestand keinen Anhalt.

wird<sup>229</sup>. Man versteht den Fortgang der juristischen Darstellung in D. 3, 5, 5, 12 nicht, da die juristische Verwertung des Falles<sup>230</sup> nicht an die oben entwickelten Gedanken anknüpft: vorher hieß es: bei Einforderung eines *indebitum* und *ratihabitio* seitens des vermeintlichen Gläubigers erwirbt der vermeintliche Gläubiger durch Genehmigung die *actio neg. gestor.* Das *negotium* wird seines, denn durch die *ratihabitio* ist seine Passivlegitimation zur *condictio* begründet. Jetzt wird offenbar ein Fall erwähnt, in dem *neben* dieser Passivlegitimation zur *condictio* noch aus einem zweiten Grunde das *negotium tuum* esse unzweifelhaft wird, nämlich wegen der Passivlegitimation zur *hereditatis petitio*. Aber das sieht man nur aus dem Tatbestande. Die angebliche Behandlung des Juristen enthält anstatt dieses Gedankens zwei andere, die aus dem Zusammenhang fallen: einmal die Entscheidung über beiderseitige *actio negot. gestor.*, während über die Begründung einer *actio contraria* bisher nichts verlautete, andererseits eine überflüssig breite Wiederaufnahme des Gedankens, der schon vorher bei PEDIUS und ULPIAN mit derselben Zuspitzung gegeben war. Wie hier ein längst widerlegter Einwurf gemacht wird und ohne tieferes Raisonement im nächsten Atemzug mit der Schulregel widerlegt wird, das ist schulmeisterliche Kompilatorenart<sup>231</sup>. Daß hier im § 12 der Text byzantinisch ist, folgt aus dem plötzlichen Umfall in die direkte Rede; aus dem *alienum negotium* im Sinne des Geschäfts „eines Dritten“, nicht des „tu“, während der Klassiker gar nicht bestreiten konnte, daß das *negotium* zunächst *alienum* für den *gestor* und *Ratihabenten* sei,

<sup>229</sup> § 12 (10): *idem ait, si Titii debitorem, cui te heredem putabam, cum esset Seius heres, convenero similiter et exegero, mox tu ratum habueris: esse mihi adversus te et tibi mutuum negotiorum gestorum actionem. adquin alienum negotium gestum est: sed ratihabitio hoc conciliat: quae res efficit, ut tuum negotium gestum videatur et a te hereditas peti possit.*

<sup>230</sup> *esse mihi — peti possit, s. oben Anm. 229.*

<sup>231</sup> Atquin in Einwurf scheint häufig, wenn nicht stets kompilatorisch: sicher interpoliert sind D. 19, 1, 13, 3, cf. HAYMANN, Haftung d. Verkäufers, S. 114 ff. D. 34, 3, 5, pr., FABER, *coniect.* XVII, c. 11 (Col. ALLOBROG. 1630, 698). In D. 40, 7, 3, 15 ist atquin iam potest offenbares Glossem. Der Schluß von D. 40, 5, 56 (atquin — *condictio*) kann aus sprachlichen Gründen im größten Teil verdächtig erscheinen (von atquin bis *cogitaverit*), und auch sachlich ist seltsam, daß der Jurist eben erst das Vorliegen einer Bedingung bei der fideikommissarischen Freilassung bezweifelt haben soll, indem er sie als non repetita ablehnte, um kurz nachher die Auslegung der Bedingung zu unternehmen. In D. 14, 6, 9, 4 hat MOMMSEN die unheilbare Stelle zu korrigieren versucht. In D. 36, 1, 83 ist m. E. auch deutlich, daß ein Kompilatorenglossem die Darstellung der Entscheidungsgründe unterbricht. Wie ungewöhnlich solcher Einwurf (*adqui — substituerat*) im klassischen Referat über die kaiserlichen Entscheidungsgründe ist, zeigt ein Vergleich mit ähnlichen Stellen, in denen PAULUS nicht die Diskussion vor der Entscheidung, sondern nur die Entscheidung mit ihren Gründen, letztere in indirekter Rede mitteilt: D. 32, 27; D. 36, 1, 76; D. 49, 14, 48, pr.; D. 37, 14, 24; D. 40, 1, 10.

und es andererseits nach dem oben Gesagten als sinnlos betrachten mußte, daß das Geschäft auch nach *ratihabitio* als *alienum* angesprochen wurde. Ungelenk ist *hoc conciliare*<sup>232</sup>; unklassisch die breite Platttheit *sed ratihabitio hoc conciliat: quae res efficit, ut.* — Was hier im klassischen Text stand, wird deutlich, wenn man beobachtet, in wie straffem Zusammenhange mit dem Tatbestande STEPHANUS in der Paraphrase seines Index die Entscheidung und ihre Begründung wiedergibt (ZACH. suppl. 135): *ἐγὼ μὲν ἐλευθεροῦμαι τοῦ κονδικπιτίου, τίκτεται δὲ ἡ νεγοτιόρουμ γεστόρουμ, καὶ ἔχεις ταύτην κατ' ἐμοῦ κατὰ τοὺς β' τούτους τρόπους, πρῶτον ὅτι ἔνοχος ἐγένου τῷ κονδικπ[ικίω], ἔπει[τα] ὄ[τι] κατέχη τῇ νεροδιτάτις πεπιτόνι.* Statt diese zwei Gründe der *actio neg. directa* anzugeben, mögen die Kompilatoren die Stelle dazu benutzt haben, um ihre *mutua neg. gest. actio* anzubringen. Weil sie die Erwähnung der *Passivlegitimation* zur *condictio* strichen, verloren sie den straffen Fortgang des Gedankens und leimten nur mühselig durch eine Wiederholung des vorher Gesagten den Übergang, um wenigstens hervorzuheben, daß das Eigenartige dieses Falles die Entstehung der *Passivlegitimation* auch gegenüber der *hereditatis petitio* sei. Auch die Paraphrase des CYRILL erwähnt nur die *actio neg. gestor. directa* des Genehmigenden. Das ist verständlich nur für die Zeitgenossen der Gesetzgebung, die den klassischen Text noch kannten.

Ganz ähnlich ist das Bild von D. 3, 5, 5, 13<sup>233</sup>. Dort soll nach dem Digestentext Pedius die Frage aufwerfen, ob der gestor, der das Miethaus repariert und sich von demjenigen, den er irrthümlich für den Eigentümer hält, *ratihabieren* läßt, die *actio* — genannt die *actio neg. gestor. contraria* — erlangt. Aber CYRILLUS weiß anscheinend von einem anderen Text: „Auch wenn Du (d. h. der vermeintliche Eigentümer) genehmigst, hast Du nicht die *actio neg. gestor.* gegen mich“. (ZACH. suppl. 135: *οὐδ' ἐὰν ἔατοναβιτεῦσεις, ἔχεις κατ' ἐμοῦ*). Er kannte

<sup>232</sup> *Conciliare* im Sinne von „dies wettmachen, ausgleichen“. Daß sich *conciliare* auf *negotium* bezöge (so *Vocab. ad h. l. s. v. concilio* und daher *Thesaur. ling. lat. s. v. concilio* 4, 43, 61), kann ich nicht zugeben. Der Gedanke ist doch wohl so: „Aber das Geschäft ist doch das eines Dritten! Ja, aber die Genehmigung gleicht das aus (beseitigt diese Schwierigkeit). Dadurch kommt es, daß das Geschäft als Deines erscheint“. Weil diese Bedeutung des *conciliare* dem Klassiker sicherlich fernliegt, deswegen ist es nicht gewagt, das Wort den Byzantinern aufs Konto zu setzen, obwohl es im *Voc. LONGOS* nicht nachweisbar ist, in GREGORS DES GROSSEN Briefen nicht vorkommt.

<sup>233</sup> D. 3, 5, 5, 13: *quid ergo, inquit Pedius, si, cum te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam tuque ratum habueris, an sit mihi adversus te actio? sed non fore ait, cum hoc facto meo alter sit locupletatus et alterius re ipsa gestum negotium sit, nec possit, quod alii adquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.*

also wohl einen Text, in dem es geheißen hatte: Nicht: an sit mihi adversus te actio, sondern einfach: an sit tibi actio. Die Erkenntnis dieser Interpolation des mihi adversus te in D. 3, 5, 5, 12 und 5, 13 beseitigt diejenigen Belege, welche eine andere als die actio mandati contraria des gestor nach Genehmigung zu bezeugen scheinen. Daß die Kompilatoren gerade diese actio mandati beseitigen müssen, ist nach ihrem Dogma der *ultra citroque obligatio* konsequent. Möglicherweise ist aus diesen Gründen auch die actio mandati in D. 3, 5, 9 pr.<sup>234</sup> gestrichen. Das bloße *competere* ohne die Erwähnung der gemeinten Klage im Frage- oder Antwortsatz ist für den Klassiker kaum möglich. Allerdings wissen wir nicht genau, was im Ulpiankommentar voranging. Aber das Wahrscheinliche ist doch, daß — wie auch LENEL schon annimmt — unmittelbar vorher die Frage der *ratihabitio* besprochen war. Es handelt sich um den Ersatz der Aufwendungen nach der *ratihabitio*. Im anschließenden § 1 heißt es mit *adversativem* Anschluß, „is autem qui negotiorum gestorum agit“. Darin liegt doch wohl, daß im pr. nicht auch von der actio negotiorum gestorum die Rede war. Die actio negot. gestor. contraria zu streichen war für die Kompilatoren keine Veranlassung. Aber wenn hier die actio mandati genannt war, ist die Streichung und andererseits der Fortgang des Ulpiankommentars in § 1 verständlich. Man braucht dann auch nicht den ganzen folgenden Passus zu streichen<sup>235</sup>. Denn wenn ULPIAN das Anerbieten des gestor zur Genehmigung und die daraufhin erfolgte Genehmigung als Mandat konstruierte<sup>236</sup>, war es ebenso möglich, die Vereinbarung, keiner sollte den Ersatzanspruch haben, als Vertragsklausel zu denken, wie diese Vorstellung wenig elegant war, wenn man in der *ratihabitio* der Aufwendungen des gestor als nützliche Verwendungen ausschließlich die einseitige Genehmigung des Geschäftes als eigenes des dominus ansah.

Diese Auffassung der Quellen über den Ersatzanspruch des gestor nach der Genehmigung der Geschäftsführung gelangt auch für JUSTINIAN zu einer erträglichen Systematik des Rechtszustandes; im allgemeinen gilt die Regel, daß die *Ratihabitio* seitens des dominus gegen

<sup>234</sup> D. 3, 5, 9 pr.: Sed an ultra mihi tribuitur actio sumptuum quos feci? et puto competere (actionem mandati), nisi [specialiter] id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem.

<sup>235</sup> So A. FABER, *Ration. in pand.* (Lugduni 1659ff.) 1, ad h. l., KRÜGER, *Dig. ad h. l.*, „specialiter“ wird aber doch wohl interpoliert sein.

<sup>236</sup> Daß der Gedanke bei den Juristen auch gerade bei der negotiorum gestio so war, folgt aus SCAEVOLA D. 3, 5, 8 (9): nam *utique* mandatum non est. SCAEVOLA mag für die Begründung des Anspruches des dominus nicht von einem Mandat reden, da der gestor ohne Mandat gehandelt hatte. Aber daß er das Operieren mit dem Mandatsgedanken für die actio contraria ausschließt, ist damit nicht gesagt.

ihn Mandatswirkung hat. Aber wo der dominus die actio neg. gestor. gegen den gestor hat, ist dessen Ersatzklage eine actio negot. gestor. contraria.

### § 8. Exkurs über die Lehre vom animus negotii gerendi.

Daß die ganze Lehre von dem animus negotii gerendi, insoweit er als notwendiges Element echter negotiorum gestio und als der Träger der verpflichtenden Wirkung gedacht wird, justinianisch ist — diese Behauptung ist heute wohl zwar noch neu<sup>237</sup>, aber sie liegt doch mindestens als Fragestellung sicher schon manchem nahe<sup>238</sup>. Die Erkenntnis, daß den großen römischen Juristen der Wille des Geschäftsführers durchaus nicht als notwendig zur Begründung obligatorischer Wirkungen der Geschäftsführung ohne Auftrag erschien, kann heute einerseits auf die älteren Arbeiten verweisen, auf die Zeit vor 60 Jahren. Damals glaubten manche, daß der animus negotii gerendi als animus obligandi durchaus nicht von den klassischen Juristen schlechthin als Erfordernis zur verpflichtenden negotiorum gestio gefaßt worden sei<sup>239</sup>. Erst als die großen Zivilisten um die Mitte des Jahrhunderts<sup>240</sup> mit Entschiedenheit für die Notwendigkeit des animus obligandi bei jeder echten negotiorum gestio eintraten, entstand das Dogma, das in den Diskussionen über die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio zum zivilistischen Glaubenssatz wurde<sup>241</sup>. Heute beherrscht es nicht nur die moderne Praxis des deutschen bürgerlichen Rechtes nach § 677 BGB, sondern auch die Auffassungen der Romanisten.

Uralt soll das Erfordernis des animus neg. gerendi oder animus obligandi sein, in dem Ausdruck negotia gerere, im Wort procurator soll das absichtliche Handeln liegen<sup>242</sup>. Man erwog, ob nicht vielleicht nur eine klassische Entwicklung denkbar sei, welche das ursprüngliche Erfordernis des animus neg. gerendi abzustreifen versucht habe<sup>243</sup>. In Wirklichkeit liegt an mehreren Punkten klar, daß der *animus negotii gerendi interpoliert ist*.

<sup>237</sup> Vgl. GIRARD, Man.<sup>5</sup> 625, PEROZZI Ist.<sup>2</sup> 2, 313f.

<sup>238</sup> Vgl. die treffliche Arbeit von PETERS, SZ. 32 (1911) 295; vgl. auch schon die Bemerkungen PEROZZIS, „Le obbligazioni“, Bologna 1903, p. 57 n. 1.

<sup>239</sup> Vgl. unter den Älteren HELLFELD, Jurisp. forensis, § 421. SELL, Versuche, I. T. 134. CHAMBON, Die negotiorum gestio: trotz 42ff., vgl. S. 144ff. FERNER R. STINTZING, Heidelberger Krit. Ztschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft 3, 170ff.; 4, 227ff.

<sup>240</sup> WÄCHTER, Arch. Ziv. Prax. 20 (1837), 337ff. LEIST, zivilist. Studien 2 (1855), 103ff. VANGEROW, Pand. III, §§ 664ff. JHERING, Abhandlungen, S. 80ff. Vgl. auch GLÜCK, Erl. Bd. 5, S. 345.

<sup>241</sup> Vgl. ZIMMERMANN, echte und unechte neg. gest. S. 12ff.; die Lehre von der stellvertretenden neg. gest. 128ff.; MITTEIS, Stellvertretung 138ff.

<sup>242</sup> KARLOWA, Röm. Rechtsgesch. 2, 674ff.

<sup>243</sup> R. STINTZING, a. a. O. 237; KARLOWA, a. a. O.

Die Byzantiner sagen das für zwei Punkte mit dürren Worten. Einmal für den Ersatzanspruch bei solchen Aufwendungen, die für den dominus mit Rücksicht auf eine verwandtschaftliche Treupflicht gemacht werden. Wenn die Mutter oder Großmutter nach dem Tode des Vaters dessen Kinder alimentiert, wenn der Bruder die Kinder der verstorbenen Schwester alimentiert oder für die Schwester Geschäfte führt, wenn der Gatte die kranke Gattin pflegt, können sie nach klassischem Recht nicht die *actio negotiorum contraria* geltend machen, denn sie haben „*pietatis respectu*“ gehandelt<sup>244</sup>. Hier liegt ein fester Satz der klassischen Praxis vor, der dort, wo persönlicher Anstand den gestor bestimmt, die Aufwendung zu machen, jeden Gedanken an einen Ersatzanspruch ablehnt. Es ist nicht ganz richtig, daß man nach klassischer Auffassung „Pietät üben könne, nebst dem, daß man sein Geld wiederhaben will“<sup>245</sup>. Aber was der Klassiker nicht kennt, ist dem Byzantiner und Gemeinrechtler vertraut. Erst im 6. Jahrh. p. Chr., in der Rechtsschule von BERYTOS, kommt der Gedanke zum Durchbruch, daß die Mutter oder Großmutter, welche Aufwendungen für die Kinder oder den Vater, der für die Stiefkinder Alimente zahlt, sich den Ersatzanspruch aus der Geschäftsführung sichern könnte, wenn sie *bei der Aufwendung ihren animus gerendi* klarstelle.

THALELAEUS selbst berichtet die Interpolation in D. 3, 5, 33 (34). PATRIKIOS, der berühmte Rechtslehrer, der ältere Zeitgenosse JUSTINIANS, von dem die Kompilatoren und byzantinischen Rechtslehrer vielfach abhängen<sup>246</sup>, hatte die Const. Cod. 2, 18 (19), 2 erläutert<sup>246a</sup>: eine Frau hat einen pupillus, um ihm einen curator ernennen zu lassen, nach Rom geführt und verlangt Ausgabenersatz. Er wird ihr als *negotium utiliter gestum* bewilligt, si non mater eius idem<sup>247</sup> se facere paratam propriis impendiis ostenderit. Also das *negotium* ist nicht *utiliter gestum*, wenn ohnehin die Kinder durch ihre Mutter auf deren — nicht zu ersetzende — Kosten nach Rom gegangen wären. Zu dem Satz si non — gibt zunächst THALELAEUS eine Erklärung und folgt dann einem zweiten Fall, in welchem PATRICIUS „der Held“ die Möglichkeit behauptet hätte, daß auch die Mutter unter Umständen für ihre Aufwendungen Ersatz von den Kindern verlangen könne<sup>248</sup>. Danach heißt

<sup>244</sup> Vgl. Mod. D. 3, 5, 26 (27), 1. Vgl. ferner D. 3, 5, 43 (44): *amicitia ductus*, D. 25, 3, 5, 14 („*materno affectu*“), Cod. 2, 18, 11 („*materna pietate*“), Cod. 2, 18, 15 („*paterno adfectu*“). Vgl. auch Cod. 2, 18, 13.

<sup>245</sup> BRINZ, Pand.<sup>2</sup> 2, 642, 34.

<sup>246</sup> HEIMBACH, Prolegom. Basil. p. 11. <sup>246a</sup> [Vgl. unten S. 102.]

<sup>247</sup> Cod.: si non matertera eiusdem, aber anders THALELAEUS in den *ἐρωταπόκρο.* zu der Stelle schol. ZACH. suppl. 156 und Bas. 17, 2, 2. Vgl. KRÜGER, Cod. ad hunc locum.

<sup>248</sup> Zach. Suppl. 156 n. 12: ἄλλως τε, ὡς ἐλλὰμ[βάνομεν?] ἐκ τῶν πόγων τοῦ ἡρώου Πατρικίου, εἰρηται [δὲ αἱ νόων] ἐν τῷ δὲ νεγότης γέστεις ε' τί. τοῦ γ' βι. τῶν

es: „Noch auf andere Weise (scil. kann das *sumptibus proprii* in Cod. 2, 18 (19), 2 erklärt werden), wie ich den Kollegeften des seligen PATRIKIOS entnehme, wo es heißt (im Scholion), ‚si non‘, im Titel *de negotiis gestis* im 5. Titel des 3. Buches der *πρῶτα* (cf. Const. omn. § 2): daß oft die Mutter wie die Großmutter, welche zum Bedarf des Sohnes oder Enkels Aufwendungen macht, diese Aufwendungen ersetzt verlangen kann. Denn wenn sie die Vermutung der *pietas* von vornherein abschneidet und (zu diesem Zwecke) im Moment der Aufwendung selbst ein *breve* machen läßt und die Aufwendungen für die *negotia* des Sohnes oder Enkels aufsetzt, oder wenn sie ohne das Protokoll aufsetzen zu lassen, protestiert, daß sie ihre Aufwendungen zurückzufordern gedenke, entweder vom Sohne oder Enkel oder ihren Vormündern, so ist dieser Ersatzanspruch gewahrt.“ Auch wenn man die von mir gegebene Textrestitution anzweifeln wollte, bliebe es doch wahr, daß alle diese Patrikioszitate bei THALELAEUS<sup>249</sup> Stellen zeigen, in denen die Kompilatoren aus ihrem PATRIKIOS den Text zu Interpolationen nehmen. Daß hier der Lehrer, in D. 3, 5, 33 (34) dagegen die Kompilatoren sprechen, ist in der viel strafferen Gedankenfolge des Patrikioszitates deutlich. Ob PATRIKIOS nicht auch wie die Kompilatoren auf das Reskript des ANTONINUS PIUS hinwies, das der Mutter in einem Analogiefall den Ersatz der *Alimente* zugestanden hatte? Die Kompilatoren verraten sich in der *Digesten*stelle durch die üblichen Stileigentümlichkeiten (*ita perpetuo observandum — quid enim si — ponere — ideo* nicht als „deshalb“ oder „zu dem Zweck, daß“, sondern „mit der Maßgabe, daß“ — in *qua specie etiam*). Der Klassiker entschied einfach *non possunt alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere*. Dem setzte PATRIKIOS sein *πολλάκις δύναται ἀπαιτεῖν* entgegen.

Danach sind deutlich interpoliert und zu streichen die Endsätze in Cod. 2, 18, 11 (*si quid — potes*), Cod. 2, 18, 15 (*quod si — actio est*). In const. 11 fällt damit *recipiendi animo* in die Interpolation. Wahrscheinlich

---

*πρώτων, ὅτι πολλάκις ἡ μήτηρ δαπανῶσα καὶ μάμμη εἰς χρεῖαν τοῦ υἱοῦ ἢ τοῦ ἐγγόνου δύναται ἀπαιτεῖν τὰ δαπανώμενα, ὅταν (γὰρ) τὴν τῆς εὐσεβείας πρόληψιν προανελεῖ, ἀναλίσκουσά τε βροβίον ποιῆση καὶ καταγράφῃ τὰ δαπανήματα περὶ τὰ τοῦ υἱοῦ αὐτῆς πράγματα ἢ περὶ τὰ τοῦ ἐγγόνου, ἢ ὅτε οὐ κατέγραψε μὲν εἰς βροβίον ἃ ἐδαπάνησε, προεμαρτύρατο δὲ ὅτι μέλλει ἀπαιτεῖν τὰ παρ' αὐτῆς δαπανώμενα ἢ αὐτὸν τὸν υἱὸν αὐτῆς ἢ τὸν ἐγγονὸν ἢ τοὺς ἐπιτρόπους αὐτῶν, [καὶ] σώζεται αὕτη ἢ ἀπαίτησις.* Die griechische Stelle im Basilikenscholion ist von ZACHARIAE bei der Lesung nicht verstanden. *εἴρηται* . . . setzt ZACHARIAE und sagt, er habe gelesen *δέ σὶ νῶ* oder *δέ σὶ νῦν*. Das ist natürlich die Bezeichnung des Scholions nach dem Wort „si non“ im Text Cod. 2, 18 (19), 2; vgl. ein anderes Scholion des PATRIKIOS in HEIMBACH 2, 652 und die Anfügung der Sinaischolien an die lateinischen Stichworte. *πόνοι* sind nicht opera, sondern der Universitätsunterricht, die Vorlesungen des PATRIKIOS, die sonst (HEIMBACH, Prol. 11) öfters *ἀναγνώσεις*, *lectiones* heißen. Zu den Zitaten von Meinungen des PATRIKIOS HEIMBACH Prol. Bas. 11.

<sup>249</sup> Vgl. HEIMBACH Prol. a. a. O.

ist ebenso in Cod. 2, 18, 12 donandi animo interpoliert und im zweiten Satz die Negation, welche der Basilikentext noch hat, *οὐ δόναται*, gestrichen. Denn aus dem justinianischen Text würde folgen, daß der Ersatz verlangende filius gestor den Beweis der donatio von den Gegnern erwarten dürfe, und das Gegenteil ist nach THALELAEUS richtig<sup>250</sup>: der klagende filius muß beweisen, daß er mit animus negotii gerendi gehandelt habe. Schon wegen dieser Präsumption der Schenkung ist es wohl wahrscheinlich, daß hier das byzantinische Recht denselben Fortschritt gemacht hat wie bei dem Ersatzanspruch der Mutter und Großmutter. Ob die Worte animo gerendi sororis negotia in D. 3, 5, 44 (45) 2 etwa mit der unlogischen Satzkonstruktion quamvis . . . veritate tamen gessisset erst in die Stelle kommen, darüber wird niemand eine Vermutung wagen wollen. In D. 11, 7, 14, 7 hat der Klassiker bei der actio funeraria zwar wohl gesagt: sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit, si pietatis gratia facit. Die Kompilatoren erst fügten den hier nichtssagenden Hinweis auf den animus hinzu: „non hoc animo quasi recepturus sumptum quem fecit.“ In D. 11, 7, 14, 9 ist „partem igitur sumptus consequetur, quem non donandi animo fecit“ wohl nichtssagendes Kompilatorenglossem.

Daß auch die contemplatio domini, die der gestor notwendig zur Entstehung echter negotiorum gestio haben soll, manchmal justinianisch ist, folgt aus D. 3, 5, 5, 11: „sed tua contemplatione gestum“ ist hier sicher interpoliert. Daß ähnlich „non mei contemplatione“, „non meo commodo“ in D. 3, 5, 5, Interpolationen sind, ergibt sich ebenso aus ihrer gedanklichen Entbehrlichkeit im Satze, wie für „vel eorum contemplatione“ in D. 3, 5, 5, 8. Dagegen ist das contemplatione tui<sup>251</sup> an sich sicherlich nicht als notwendiges Einschiesel zu betrachten: wo die Zuständigkeit der actio neg. gest. contraria, weil mehrere in Betracht kommen, zweifelhaft sein kann, muß auch wohl bei den Klassikern die contemplatio entschieden haben; so ist si quidem contemplatione in D. 3, 5, 5, 8 und bei der Aushändigung der mutua pecunia an den procurator „für den Herrn“ („sui contemplatione“) D. 3, 5, 5, 3 wohl ebenso echt wie die Erwähnung hac mente in ähnlichen Fällen bei AFRICANUS oder PAULUS D. 3, 5, 45 pr.; D. 3, 5, 23. Vgl. auch unverdächtig D. 3, 5, 5, 12 und D. 3, 5, 5, 14 . . . si quaedam gessit quaedam non; contemplatione tamen eius alius ad haec non accessit<sup>252</sup>. Ich meine, in den Fällen, in denen die Klassiker die Passivlegitimation zur actio contraria auf eine unter mehreren in Betracht kommenden Personen beziehen müssen, war der Gedanke an den Willen des gestor unentbehrlich. Aber dabei

<sup>250</sup> schol. ZACH. suppl. 160.

<sup>251</sup> D. 3, 5, 5, 8, (6, 6).

<sup>252</sup> Zu dieser Stelle vgl. PETERS, SZ. 32 (1911), 270.

fragt sich immer noch, ob nicht praktisch die Willensäußerung des gestor bei der Klageerhebung als genügender Anhalt dafür erachtet wird, daß er nicht für den andern gestor war.

Als schwer interpoliert ist längst die Stelle D. 13, 6, 17, 3 erkannt, in welcher die *nuda voluntas* als Quelle der Obligation bei der *negotiorum gestio* aufgefaßt werden konnte. Ferner ist sicher interpoliert der *animus negotii gerendi* bei dem Geschäft, das der gestor auf Auftrag des einen zugleich auch im Interesse eines anderen führt, der das Geschäft als sein und des Auftraggebers gemeinsames ansprechen konnte. Cod. 2, 18 (19), 14 gibt hier dem gestor die *actio contraria*, auch ohne daß sein Wissen von dem Interesse der nicht als Mandantin handelnden Ehefrau vorausgesetzt zu sein scheint. Bei PAPIAN hat der gestor, ohne es zu wissen, in der Vermögensverwaltung des Titius auch Geschäfte des Gaius besorgt: der Jurist hat keine Zweifel an der *actio neg. gestor. dir. des Titius* (D. 3, 5, 30 1). Danach wird man geneigt sein, in D. 3, 5, 5, 6 das *sciens* als Interpolation zu streichen. Diese Interpolation des *sciens* zeigt ja dieselbe Technik wie die sichere Interpolation des *sciens* oder der *scientes* in D. 18, 1, 6; D. 18, 1, 26; D. 18, 1, 34, 2; Inst. 3, 23, 5.

Dunkel ist noch, wie sich die Verwertung des *animus obligandi* bei der Verwendung auf eine Sache erklärt, bei welcher der Aufwendende nichts vom Bestehen eines fremden Miteigentums weiß, in D. 10, 3, 29 pr., D. 10, 3, 14, 1. Man könnte diese Stellen für die Frage des *animus obligandi* zunächst ausscheiden wollen, weil ja der Ersatzwille hier nicht für die *actio neg. gestor.*, sondern für die *actio communi dividundo utilis* in Frage steht. Aber jedenfalls geht der Text doch auf diese *voluntas obligandi* deswegen ein, weil der Vergleich mit der *actio neg. gestor.* gezogen wird. Das liegt deutlich in D. 10, 3, 14, 1 vor, und auch in D. 10, 3, 29 pr. verstand man schon <sup>253</sup>, daß hier die *actio neg. gestor.* als Klage „*ex persona magis quam ex re*“ gedacht wird. Ich möchte mich weder auf die schwierige Frage einlassen, ob überhaupt PAULUS dem Miteigentümer, der irrtümlich die Sache als seine voll eigene behandelt hatte, oder seinem Rechtsnachfolger die Retention der *Impendia* im *iud. comm. dividendo* verstattet hat; noch darauf, ob er geneigt ist, die *actio neg. gestor.* ihm abzuspreehen, weil er nicht den *animus obligandi* hat; noch darauf, ob er ihm nicht etwa <sup>254</sup> zum Schluß die *actio neg. gestor.* nach der Verteilung zugestanden hat. Nur insoweit die *actio neg. gestor.* vergleichsweise herangezogen wird, interessiert die Stelle für die Frage des *animus obligandi*.

Meines Erachtens ist aber klar, daß solches vergleichsweise Heranziehen nur in dem Falle stattfindet, wo der Aufwendende zwar weiß,

<sup>253</sup> KARLOWA, Rechtsgesch. 2, 1, 674.

<sup>254</sup> so BERGER, Teilungsklagen 220.

daß ein fremdes Miteigentum besteht, aber sich über die Person des Genossen irrt — so in D. 10, 3, 29 pr., als Untergedanke im Satz *neque enim — nascitur*; so ausdrücklich in D. 10, 3, 14, 1: *at — in proposito*. Rechtlich liegt über die Zuständigkeit der beiden Aktionen ohne Rücksicht auf solchen Irrtum kein Zweifel vor. Dem Text nach wird dabei anscheinend diese Zuständigkeit auf den generellen *animus obligandi* zurückgeführt, den der Miteigentümer hat, wenn er mit für den Genossen die Aufwendung macht, auch wenn er sich über die Person des Genossen täuscht. Aber dieser theoretische Gesichtspunkt kann sowohl in D. 10, 3, 29 pr. (*ille enim qui — labitur*) wie auch in D. 10, 3, 14, 1 (*quia — volui . . . id ago — obligem et*) interpoliert sein. Es ist doch gar kein Satz von allgemeiner Richtigkeit, daß derjenige, der weiß, daß ein anderer Mitberechtigter an seinem Rechte ist, auch notwendig den Willen hat, für diesen zu handeln. Diese dürftige Begründung, mit der sich die Lehre vom *animus negotii gerendi* im gemeinen Recht zufrieden gab<sup>255</sup>, dürfen wir wohl dem Klassiker nicht zutrauen. Wer sieht, wie das *ille enim — labitur* in D. 10, 3, 29 pr. hinter dem Fall, zu dem es gehört, in Abstand hinterher hinkt und zu dem unmittelbar vorhergehenden Falle gar nicht paßt, wird über die Echtheit dieses Sätzchens skeptisch sein: Handelt es sich um ein Glossem der Spätzeit? Schon festgestellt ist die Interpolation der *voluntas* bei der Behandlung der Gestionspflicht des generellen *negotiorum gestor*<sup>256</sup>. Auch bei der Haftung des *bona fide serviens* für die von ihm geführten Geschäfte ist die Interpolation schon nach dem Aufbau des Satzes bei PAULUS (D. 3, 5, 18, 2) wahrscheinlich: PAULUS hatte den Schluß gemacht, weil kein Mandat zwischen dem *dominus* und dem *bona fide serviens* vorliegt, muß notwendig die *actio neg. gestor.* hier zustehen. Der Kompilator fügte der Logik zuwider an das Ergebnis der Schlußfolgerung noch eine Begründung: „*quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem et is fuit quem obligare possem*“. Schon der Wechsel im Modus verrät den Kompilator. Die Wiedergabe derselben Entscheidung in ULPIANs Ediktcommentar (D. 3, 5, 5, 7), der auch in dieser Stelle deutlich in der unmittelbar vorhergehenden und in der folgenden an LABEO anknüpfen durfte, weiß nichts von dem Passus. Man könnte sehr wohl meinen, daß diese „*affectio negotii gerendi*“ schon wegen dieser Umwertung des Wortes *affectio*, das für den Klassiker nur „Leidenschaft“, „Liebe“, „Geschmack“, „persönliche Sympathie“ bedeutet<sup>257</sup>, zum Gedanken des „Geschäftswillens“ wesentlich justinianisch ist: in D. 17, 2, 31 ist ja

<sup>255</sup> Dagegen schon unlängst R. STINTZING, Heidelb. krit. Ztschr. 4, 232.

<sup>256</sup> Vgl. zu D. 3, 5, 5, 15 (16) PEROZZI, *Obbligazioni*, 37 not.; PETERS, SZ. 32 (1911), 265 ff.; zu D. 3, 5, 14 (15) PETERS a. a. O. 267.

<sup>257</sup> Ähnlich nach dem Thesaurus: Tertull. cult. fem. 1, 2: *affectionem per carnem placendi*, Iren. contra haereses versio lat. 1, 4, 1: *venisse ei . . . , adfectio-*

„non affectione societatis“ augenscheinlich justinianisch, da für den Klassiker „incidimus in communionem“ doch wohl präzise genug ist. In D. 41, 2, 1, 3 ist das Sätzchen „quia affectionem tenendi non habent“ nach RICCOBONOS Interpolationsbeobachtung<sup>258</sup> überflüssig, da ja derselbe Gedanke augenscheinlich schon im Vergleich des furiosus mit dem Schlafenden liegt. Den juristisch redenden Klassikern muß nach dem allgemeinen Befund des Sprachgebrauchs zu affectio diese affectio gerendi negotii ebenso fernliegen<sup>259</sup>, wie sie andererseits den Leuten JUSTINIANS leicht aus der Feder floß. (Vgl. die nuptiarum adfectio in Cod. 5, 3, 20, 4; die adfectio vocationis Cod. 1, 51, 14, 4.)

Wie sehr dieses Hineintragen des animus gerendi negotii in klassische Entscheidungen im Geist gerade der justinianischen Zeit liegt, das können wir deutlich beobachten, wenn die Kommentare des STEPHANUS auch dort, wo bei den Klassikern von animus negotii gerendi gar nicht die Rede ist, diesen Gesichtspunkt in die Paraphrase hineinarbeiten, vgl. index ad D. 3, 5, 32 (33); ZACH. Suppl. 148, index ad Dig. 3, 5, 30 (31), 4 ZACH. Suppl. 146. Andererseits liegt wohl die Vorstellung, daß der negotiorum gestor bewußt für einen dominus arbeitet, dem Klassiker offenbar fern. Sonst könnte kaum in den Empfehlungsbrief die Vorstellung übergehen, daß der Empfohlene bei demjenigen, dem er vorgestellt wird, die negotia desjenigen führen solle, der ihn vorstellt. (LIBANIUS, ep. 118). Der eleganten Wendung liegt ebenso der Gedanke fern, daß der Vorgestellte den Auftrag habe, für den Schreiber des Empfehlungsbriefes zu wirken, wie natürlich auch, daß er die Absicht habe, sein Handeln nach diesem Gesichtspunkt einzurichten.

Warum aber mochte sich die byzantinische Kommission die Mühe machen, diese Lehre vom animus negotii gerendi, wenn sie den Klassikern wirklich fernlag, in die alten Texte hineinzutragen? — Der Grund kann nicht mit Sicherheit angegeben werden. Aber ich meine, daß er darin gelegen hat, daß die Byzantiner die klassische Unterscheidung zwischen dem generellen Prokurator und dem speziellen verwischten. Bei dem generellen gestor kannten die Klassiker die Gestionspflicht, die Pflicht zum ab ipso exigere bei den Schulden des gestor gegen den dominus, — vielleicht nur für ihn die Gefahrtragung des dominus für zufälligen Untergang, ihm gewährten sie stets die actio neg. gestor. contraria. Wesentlich anders wurde der spezielle gestor behandelt: aus der bloßen Vornahme des Geschäfts für den dominus folgt

---

nem conversionis. Serv. Vergilscholien ad ecl. 2, 47: affectio amantis. Ps. Prosper (VI. Jahrh.) de promiss. et praed. dei 5, 14, (de gloria Sanct. peroratio) § 2 si venandi est affectio. Augustin. de duab. anim. 22 pag. 78, 18: adfectio paenitendi.

<sup>258</sup> SZ. 31 (1910), 365: [et pupillus-auctoritate]; [habent] <habet>; [contingant] <contingat>.

<sup>259</sup> S. oben Amn. 257.

noch keine actio *directa*. Entweder ist durch das Geschäft im Vermögen des dominus selbst schon eine Veränderung eingetreten (z. B. Reparatur des Miethauses), dann braucht der dominus keine actio *directa* auf Herausgabe; oder er muß erst genehmigen, um das Geschäft in seinen Bereich zu ziehen. Diese Genehmigung ist bei verbalen Geschäften, die nicht die Einziehung der Forderung des dominus oder die Verfügung über sein Eigentum, sein Vermögen unmittelbar berühren, erst nach Anbieten des Gestors möglich. Daß der gestor zufällig in diesem Falle verbrannte Gegenstände seines eigenen Vermögens, die im Zusammenhange mit der gestio untergegangen waren, hätte auf Rechnung des dominus stellen können, dafür fehlt ein entscheidendes Zeichen. Man könnte sehr wohl dagegen das arg. e contrario aus D. 3, 5, 21 (22) ausspielen, wo die Gefahr zufälliger Verluste des gestor vom dominus nur dann getragen wird, wenn es sich um einen gestor des hereditarium negotium und der negotia absentis (alicuius itp. für absentis) handelt; man kann im gleichen Sinn auf die Interpolation in D. 3, 5, 36, 1 verweisen<sup>260</sup>, wonach die Gefahr der zufälligen Verschlechterung der vom gestor gegen Dritte erworbenen Forderungen vom dominus zu tragen ist. Hatte überhaupt der spezielle gestor bei ratihabitationsbedürftigen Geschäften eine actio neg. gest. contraria aus der Geschäftsführung allein? — Oder war er auf den Ersatzanspruch nach erfolgter Genehmigung allein angewiesen? — Komplikationen treten dabei durch die actio contraria utilis des beauftragten gestor auf und durch die actio contraria utilis des gestor, der einen Erfolg herstellt, zu dessen Erbringung der dominus selbst schon Auftrag gab. Durch diese beiden Ansprüche hat der spezielle gestor auch bei Geschäften, die nur durch ratihabitio zum Eigengeschäft des Herrn werden, ein Recht auf Übernahme der rechtlichen Folgen seines Geschäftes durch den Herrn.

An die Stelle der feinen Kasuistik setzten die Byzantiner eine Dogmatik und eine einfache gesetzliche Regel; immer soll aus der nützlichen gestio mit Gestionswillen die beiderseitige Obligation der actiones neg. gestor. entspringen. Der Gedanke selbst, daß der animus negotii gerendi irgendwelche Bedeutung für die Verpflichtung des gestor hatte, muß durch gewisse klassische Entscheidungen nahegelegt worden sein: der Wille des gestor ist entscheidend für das Aufhören der gestio bei genereller gestio (Cod. 2, 18 [19], 20 pr.). — Bei der generellen negotiorum gestio für den absens haben doch wohl schon die Klassiker aus der *freiwilligen* Intervention des gestor auch einen Verzicht auf Gerichtsstandsprivilege hergeleitet (D. 5, 1, 36, 1). Auch für die Berechtigung des gestor sind Anknüpfungspunkte wie die contemplatio domini, wenn mehrere domini in Betracht kommen, unverkennbar.

<sup>260</sup> Vgl. PAULUS, sententiae 1, 4, 3.

### 3. Studien zur Negotiorum gestio II.

Das Manuskript ist jünger als die Studien zur Negotiorum gestio I und vermutlich noch vor dem Kriege entstanden, aber älter als eine gleichfalls im Nachlaß vorgefundene, wegen ihres fragmentarischen Charakters nicht zur Veröffentlichung geeignete Disposition. Aus ihr ergibt sich, daß PARTSCH die Absicht hatte, nach den Ausführungen von RICCOBONO nicht einfach den Faden von Studien I weiterzuspinnen, sondern in neuer Gliederung zu der animus-Frage grundsätzlich Stellung zu nehmen. Vielleicht ist dies der Grund, warum er das hier vorgelegte Manuskript nicht weiter geführt hat. Daß er es als veraltet angesehen hätte, ist unwahrscheinlich und wird auch durch jene Disposition nirgends nahegelegt.

E. LEVY.

#### V. Die actio utilis des Gestors bei Gestionspflicht eines Dritten.

Oben fragten wir, ob eine actio utilis negotiorum gestorum für den Fall nötig war, daß der Dominus einen Dritten beauftragt hatte und der Gestor statt dessen gerierte (Heidelberger Sitzungsber. 1913 Abh. 12 S. 38). Daß in diesem Falle keine absentia domini vorlag, wenn der abwesende dominus zum Prozeß einen procurator zurückgelassen hatte, ist schon gesagt. Wie steht es für das klassische Privatrecht?

Ein Stephanos-Scholion zu Bas. XVII, 1, 47 (HEIMB. 2 p. 218) gibt als Fall der actio utilis neg. gest. diesen an: erläutert werden soll die actio utilis in D. 3, 5, 46 (47), 1:

*λέγεται δὲ μὴ κυρίως ἔχειν κατὰ τινας ἀγωγῆν, ὅταν ἄλλον διοικοῦντος, ἢ ῥαθυμήσαντος, ἐγὼ ὑπεισέλθω καὶ διοικήσω τὰ πράγματα. τότε ἔχω μὲν ἀγωγὴν κατ' αὐτοῦ, οὐ κυρίως δὲ, διὰ τὸ ἄλλον [ταῦτα fehlt im Manuskript] ἐνταλθῆναι.*

Die Erklärung kann nicht aus dem Dogma der Spätzeit stammen. Denn im justinianischen Rechtszustande, wo der animus negotii gerendi und die objektive Beziehung der Gestion auf den Geschäftsherrn praktisch allein über das Vorliegen der Geschäftsführung entscheiden, macht es nach den Entscheidungen keinen Unterschied, ob neben der Gestionsschuldbeziehung [?] schon ein Auftrag bestand, der zu demselben Zweck wie die Gestion gegeben war: D. 3, 5, 2; 45 (46); Cod. 2, 18, 4. Es liegt ältere Lehre vor, anscheinend das Wissen der Leute von Berytus und Konstantinopel über die Aktionen der Klassiker. Und tatsächlich sind die Spuren der actio utilis des Gestor, welche wegen des Vorliegens eines Mandates an einen Dritten erteilt wird,

offenbar. Nur *eine* actio, die des Gestors gegen den Dominus, lag im klassischen Rechte vor. Erst die Leute JUSTINIANS machten daraus eine *mutua* actio, mit Klagbeziehung des Gestor gegen den Dominus und des Dominus gegen den Gestor.

Deutlich ist, wenn man einmal den klassischen Grund [?] der actio utilis erkannt hat, diese actio utilis negotiorum gestorum in D. 3, 5, 30 pr. und D. 17, 1, 10, 5.

Beide Stellen, viel besprochen, bedürfen einer erneuten kritischen Erörterung. D. 3, 5, 30 pr.

(PAP. 2 resp.) Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutua: cuius litteras creditor secutus contraxit et fideiussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.

Der zugrunde gelegte Tatbestand schon ist verändert. Es fehlt am Anfang das handelnde Subjekt wie dominus oder absens oder peregre profecturus oder ein Name, auf den sich die folgenden Demonstrativpronomina eius, in eum zurückbeziehen könnten<sup>1</sup>. Seltsam ist das liberto [vel amico]. In PAPIANIANS Responsen ist der Tatbestand sonst eindeutig und einfach. Libertus ist der procurator, der die Geschäfte führt, amicus der Freund, der ohne dauernde Beziehung zur Vermögensverwaltung des absens interveniert (vgl. oben I S. 11 ff. und PAPIANIAN D. 20, 6, 1). ULPIAN (D. 17, 1, 10, 5) fand offenbar nur den procurator in der Stelle. Und nur Darlehnsgewährung an den procurator oder servus wird in D. 3, 5, 5, 3 und D. 15, 3, 10, 5 als Grundlage für eine gestio durch Darlehnsgewährung des Gestor in den klassischen Stellen aufgefaßt. Mit gutem Grund. Denn wer dem gelegentlich für den dominus handelnden amicus ein Darlehen gewährt, kann nicht damit rechnen, daß er nur mit dem dominus kontrahiert, und objektiv ist die Beziehung des negotium auf den dominus nur dann sicher, wenn der

<sup>1</sup> Tatbestände wie fr. 30 pr. enthalten die Responsa oft, vgl. PAPIANIAN fr. 390 § 2. fr. 420. fr. 432. fr. 450 Abs. 2 (D. 3, 5, 31 pr.). fr. 451, 2. fr. 471. fr. 502. fr. 512. fr. 523. fr. 526. fr. 530 pr. § 1. fr. 533. fr. 534. fr. 538. fr. 540 (D. 29, 1, 36, 3 und D. 34, 4, 22). fr. 541. fr. 543. fr. 548. fr. 551. fr. 555. fr. 557. fr. 558 pr. § 5. § 6. fr. 560. fr. 562. fr. 564. fr. 573. fr. 574. 580. 581. 584, 2. 588. 589. 591. 594, 1. 597. 599 pr. § 2. § 9. § 30. 601. 603. 606. 607. 614, 3. 619. 631. 654. 657, 2. 671. 674. 687, 2. 692.

Neben den Tatbeständen, in denen stets das Subjekt den Tatbestand einleitet, fällt das einfache liberto vel amico mandavit ohne Subjekt auf. Namen als Subjekt sind bei PAPIANIAN in den Responsa selten. Das Subjekt fehlt wie hier in D. 33, 8, 19, 1 (fr. 584), D. 34, 5, 1 (fr. 590), D. 35, 1, 100 (fr. 592), D. 31, 77, 27 (fr. 599), D. 34, 1, 9 (fr. 604), D. 12, 6, 58 (fr. 611), D. 34, 4, 25 (fr. 616). — Hier fehlt allerdings überall [?] nur das selbstverständliche Subjekt testator. Wie fr. 30 pr. ist nur D. 41, 2, 48 (fr. 636) bei PAPIANIAN gebaut; auch dort ist wahrscheinlich das Subjekt gestrichen.

Empfänger des Geldes regelmäßig für den dominus geriert<sup>2</sup>. Das [vel amico] ist wohl erst vom byzantinischen Glossator oder vom Kompilator beigelegt, der auch die actio quasi institoria auf das Spezialmandat anwendet. In dieser Beziehung ist für mich RABELS Darlegung zur actio quasi institoria und ihrer Ausgestaltung durch PAPIAN maßgebend [oder: „ansprechend“ ?] (ZITELMANN-Festschrift, Sep. Abdr. S. 19 ff.). PAPIAN sprach nur vom technischen procurator<sup>3</sup>. Im übrigen halte ich den Tatbestand für echt.

Die Entscheidung ist sicher überarbeitet. eius ist in grammatischer, aber nicht logischer Beziehung zu fideiussor und creditor und erfordert vielmehr ein vorherstehendes dominus. Sachlich ist es nicht richtig, daß es für den fideiussor irgendwie darauf ankommen kann, ob die Darlehnsvaluta, die der libertus empfing, in das Vermögen des dominus floß oder nicht. Nach meiner Auffassung ist die klassische Entscheidung von derselben Hand zusammengezogen, welche die actio utilis negotiorum gestorum überall in D. 3, 5 herausstrich. PAPIAN muß creditor und Bürgen geschieden haben. Den creditor ließ er wohl ebenso, wie es in D. 3, 5, 5, 3. D. 15, 3, 10, 5. Cod. 4, 26, 7 ult. geschieht, einfach mit actio negotiorum gestorum vorgehen, wenn das Geld in die Tasche des dominus geflossen war. In D. 3, 5, 5, 3 ist es deutlich, daß nicht das Darlehnsvermögen an den procurator [?] an sich zur Haftung des Dominus aus eigenen Geschäften führt, sondern die Zweckbestimmung dahin „ut pignus liberet“. Denselben Fall der actio negotiorum gestorum sehe ich in D. 12, 1, 27, wo die Stadtgemeinde aus dem Darlehen der Beamten haftet, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt. Auch jene Stelle dürfte nach ihrer Inschrift in die Rubrik der negotiorum gestio gehören<sup>4</sup>. Wenn man diesen Gesichtspunkt heraushebt, wird der Aufbau der Entscheidung klar: dem Gläubiger haftet der Dominus und er allein mit der ediktalen actio neg. gestor., wenn die Darlehnssumme für ihn verwendet worden ist. Eine besondere Entscheidung wird für den Bürgen gegeben. Sie ist in D. 17, 1, 10, 5 von ULPIAN zitiert, der auch vom Bürgen *allein* spricht: dieser hat die actio utilis negotiorum gestorum, utilis wie schon die Überlieferung in D. 17, 1, 10, 5 sagt . . Die Geschäftsführung ist in der Stelle selbst nicht genannt, aber ungeachtet [?] der Streichung noch den [späteren] Byzantinern bekannt. Noch das späte Basilikenscholion zu D. 17, 1, 10, 5

<sup>2</sup> Nichts dagegen beweist das non gerenti in D. 15, 3, 10, 5: es ist, wenn echt, Mitteilung der Tatsache, daß kein Geschäft mit dem servus zustande kommt [?].

<sup>3</sup> Vgl. auch MITTEIS, Röm. Priv.R. I, 227 N. 83.

<sup>4</sup> ULP. fr. 346 ff. bei LENEL Paling. Durch diese Beziehung wird es unnötig, mit MITTEIS Röm. Priv.R. I, 383, 23 von einer besonderen „prätorischen Haftung“ der civitas zu sprechen. Diese haftet zivil aus der negotiorum gestio.

(HEIMB. II, 84) verweist auf D. 3, 5, 30 pr. und sagt: „denn wenn du auch hier die actio neg. gest. einsetzest, wie sie dort gesetzt ist, wirst du es nicht ohne Grund tun.“ Der Bürge hat nach der Verurteilung gegen den libertus Rückgriff mit actio mandati, gegen den dominus die actio negotiorum gestorum utilis, und diese doppelte Klagebeziehung läßt das Verhältnis allerdings der actio institoria vergleichsfähig erscheinen, da die Formeln auch hier einfach kraft des Geschäftsabschlusses gegen procurator und dominus zustehen. Dabei ist es also möglich, daß PAPINIAN die Rechtslage des Bürgen mit der eines Kontrahenten des Institor verglich. Daß das in der Form scilicet ad exemplum etc. geschehen ist, darf nicht [?] sicher sein. Die Byzantiner streichen die Unterscheidung von actio utilis negotiorum gestorum und ediktaler actio überall im Titel 3, 5. Sie beseitigen die Unterscheidung der Fälle für creditor und fideiussor. Erst von ihnen stammt das *etiamsi* am Anfang der Entscheidung. Vor den Kompilatoren haben die byzantinischen Glosseme schon wahrscheinlich in demselben Sinn gearbeitet. Sie dehnten die Entscheidung auf den Spezialbeauftragten aus und fragten, ob nur der libertus, nicht auch der amicus als Beauftragter in Betracht kommen konnte. Sie werden auch gefragt haben, ob nicht der creditor selbst dort, wo eine Darlehnshaftung des procurator selbst in Betracht kommt, nicht auch eine actio gegen den Dominus habe. In diesem Falle lag es ihnen nahe, an eine Klage analog der institoria zu denken. Sie ist mit der klassischen Erwähnung der actio neg. gest. daher contaminirt. So verstanden löst sich das Rätsel der „Sphinx“, von dem noch SOLAZZI sprach<sup>5</sup>, aus den erkennbaren Tatsachen, welche durch die Entwicklung von der klassischen zur justinianischen negotiorum gestio gegeben sind: die Überlieferung in einer zweifellosen Stelle in der papinianischen Erörterung zur negotiorum gestio<sup>6</sup>, die Anknüpfung an die Praxis über die gestio durch Darlehnsgewährung stimmen gut dazu, die wertvollen Gedanken des SCHLOSSMANNschen Rekonstruktionsversuches<sup>7</sup>, die auf LENEL<sup>8</sup> und PACCHIONI<sup>9</sup> den Eindruck nicht verfehlt hatten, kommen zu ihrem Rechte.

Wie mag die Papiniansentscheidung ursprünglich gelautet haben? Sicherheit ist nicht möglich. Ich meine etwa:

placuit creditori dominum, si pecunia sit in rem eius versa, actione negotiorum gestorum teneri. Fideiussori condemnato<sup>10</sup> dabitur in eum utilis actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae actionis.

<sup>5</sup> Bull. dell. Ist. d. dir. rom. 23, 168.

<sup>6</sup> Der Zweifel RABELS a. O. S. 23 ist unbegründet, cf. LENEL Pal. fr. 414.

<sup>7</sup> Jherings Jahrb. 28, 329 ff.

<sup>8</sup> LENEL, Jherings Jahrb. 36, 140.

<sup>9</sup> PACCHIONI, Trattato della gestione degli affari altrui (1893) 653 ff.

<sup>10</sup> Das condemnare ist in D. 3, 5, 30 pr. zweifellos gestrichen. Der Klassiker gibt dem Bürgen *vor* der Verurteilung keinen Rückgriff, vgl. Griech. Bürgschaftsrecht I, 274 n. 4

D. 17, 1, 10, 5 ist danach als Zitat zu denken:

Idem Papinianus libro eodem<sup>11</sup> refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuum acciperet, utilem actionem (negotiorum gestorum) dandam [quasi institoriam quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur].

Die Kompilatoren strichen die *actio negotiorum gestorum*, um im Titel *mandati vel contra die actio utilis quasi institoria* als Mandatsklage deutlich zu machen, wie sie die papinianische *actio utilis*, welche der *institoria* analog ist, in D. 19, 1, 13, 25 neben der *actio empti*, in D. 14, 3, 19 pr. wohl die entsprechende *actio utilis* zum Darlehnsanspruch aufgenommen hatten. An Stelle des einfachen *ad exemplum institoriae actionis*, das bei PAPINIAN die dogmatische [?] Parallele zwischen der *actio utilis negotiorum gestorum* und der *actio institoria* unterstrich, nahmen die Kompilatoren und erst<sup>12</sup> sie das Glossem in den Text, das der Theorie der Spätzeit entsprach, welche in diesem Falle ihre *actio quasi institoria* gegeben sah.

PAPINIAN ist kaum der erste gewesen, der solche *actio negotiorum utilis* in der Rolle der *contraria* gegen den *dominus*, der den Mandatar zurückgelassen hatte, gab. Im 2. Jahrhundert hat eine Diskussion der Juristen über die *actiones utiles* zum Edikt *de negotiis gestis* stattgefunden, und es gab sogar Stimmen, die dem gestor, der gegen das Verbot des *dominus* gerierte, eine *actio negotiorum gestorum utilis* geben wollten. JUSTINIAN selbst sagt das, Cod. 2, 18, 24, 1. In dieser Zeit muß auch die Neigung bestanden haben, dem gestor, der neben dem Mandatar geriert hatte, den *Kostenersatz* zu schaffen und wenigstens auf dem Umwege über die *actio utilis* das ediktale Erfordernis auszuschalten, daß der *dominus* im Sinne des ediktalen Prozeßrechtes „abwesend“ sein mußte, also nicht den beauftragten *procurator* [?] zurückgelassen hatte. Dies lag durchaus im Sinne der allgemeinen Entwicklung, welche von den engen ediktalen Erfordernissen hinweg zur Dogmatik [?] der Geschäftsführung ging. Der Prätor fand in diesem Falle den Anlaß, die *actio utilis* zu erteilen, zunächst wohl in der eventuellen Zahlungsunfähigkeit des beauftragten *Procurators*.

Eine solche *actio utilis negotiorum gestorum* wurde oben (Sitzungsberichte 1913 S. 21 f.) für den klassischen Text von Cod. 2, 18, 14 nachgewiesen, den noch der THALELAIOS-Kommentar erkennen läßt. Der Ehemann hat den gestor beauftragt, seine und der Ehegattin Geschäfte zu führen: der Ersatzanspruch des gestor richtet sich gegen den Gatten

<sup>11</sup> Vorher war libro *tertio* zitiert. Die Papinianstelle stand im 2. Buch der Responsen. Möglich ist, daß vorher eine Stelle des 2. Buches bei ULPIAN weggefallen ist.

<sup>12</sup> cf. ALBERTARIO, *l'actio quasi institoria*, Pavia 1912, s. 26.

mit *actio mandati contraria*, gegen die Ehegattin mit *actio utilis*. Wahrscheinlich ist diese *actio utilis* auch in D. 3, 5, 3, 11, vgl. dort S. 23.

Die entsprechende *actio* des dominus, der den Auftrag erteilt hatte, gegen den Dritten [?], der trotz erteilten Auftrages gerierte, war noch nicht klassisch. Sie ist zwar von den *νομιστοί* von Berytos erwogen, die ihr Dogma von der *mutua actio* aufstellten (dort S. 2), erst JUSTINIAN hat sie durchgeführt (dort S. 22).

Entsprechend kennt das Edikt keine *actio negotiorum contraria* für den gestor, der die Geschäfte eines bevormundeten pupillus oder eines minor sub curatore führte. Schon früher (a. a. O. S. 10 N. 2; S. 39) wurde der Satz, daß der pupillus sub tutore als dominus nicht in Betracht komme, in der Streichung des Kommentartextes zu [alterius] oder besser: absentis nach D. 3, 5, 3, 3 vermutet<sup>13</sup>.

Wenn ich richtig sehe, hat dieser wahrscheinliche klassische Rechtszustand nichts mit der Rechtslage zu tun, welche für die Verpflichtung des pupillus bei den gegenseitigen Verpflichtungen nach Zivilrecht gilt. Während bei jenen (Inst. 1, 21) die Verpflichtungsunfähigkeit des pupillus auf seiner Unfähigkeit, sich ohne tutor zu verpflichten, beruht, erklärt sich der Rechtszustand bei der ediktalen *negotiorum gestio* daraus, daß der pupillus vom tutor vertreten wird, daher keine *absentia* im Rechtssinne vorliegen kann, die zur *negotiorum gestio* des Edikts Anlaß bieten könnte. Deutlich ist es, daß der pupillus nicht für die ediktale *actio contraria* in Betracht kam in der interpolierten Stelle D. 3, 5, 5, 2, in der klassischen *actio utilis* Cod. 2, 18, 2, die im Notfall (*urgente necessitate*) eine *actio utilis* gegen den pupillus zuläßt, endlich in der interpolierten Cod. 2, 18, 4.

Die Interpolation von D. 3, 5, 5, 2 ist schon von LENEL, JULIAN fr. 40 angedeutet<sup>14</sup>: der gestor geriert neben dem tutor Geschäfte des pupillus, um dem tutor die Haftung aus der Vormundschaft zu ersparen. Hier gibt der Klassiker nur die ediktale *actio* mit *formula in ius concepta* gegen den tutor. Der Zusatz [sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus] ist offenbar, die Beziehung der Geschäftsführung zwischen gestor und pupillus wird in keiner Weise gerechtfertigt. Die Klassiker kannten nur die Notfallklage als *actio utilis*, erst THALELAIOS will immer den pupillus, si locupletior factus est, aus der *gestio* des Dritten haften lassen. Das hat ALBERTARIO richtig aus schol. ad Cod. 2, 18, 2, HEIMB. Suppl. 155 erschlossen (l. c. 861f.).

<sup>13</sup> Am Schlusse aus dieser Streichung wird nichts anders, wenn man mit ALBERTARIO, Rend. Ist. Lombardo di scienze e lettere 46 (Pavia 1913), S. 848 den ganzen § 4 als kompilatorisch streicht.

<sup>14</sup> Unrichtig ALBERTARIO, l. c., der glaubt, LENEL setze die Worte aufs Konto ULPIANs, der zu der Entscheidung JULIANs einen Zusatz mache [ALBERTARIO hat recht: LENEL].

Der klassische Rechtszustand kommt in Cod. 2, 18, 2 klar heraus:

Contra impuberes quoque, si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur [in quantum locupletiores facti sunt], dandam actionem (utilem) ex utilitate ipsorum receptum est. quae tibi quoque iure decernetur, quod sumptus in pupillum, quem Romae tutorum petendorum gratia duxisti, fecisse te adlegas, si non matertera eiusdem (emend. mater eius idem<sup>15</sup>) se facere paratam propriis impendiis ostenderit.

Schon THALELAIOS bemerkte, daß das Reskript im Zusammenhang der justinianischen Kodifikation auffallend sei: nach dieser ist es geltendes Recht, daß auch gegen den pupillus die actio neg. gest. auf die Bereicherung geht. Warum wird dann hervorgehoben, daß eine unumgängliche Notwendigkeit zur Aufwendung vorliegt, damit der Anspruch in Betracht komme? — „Im allgemeinen sei nach justinianischem Recht doch auch eine Aufwendung, die ohne dringende Notwendigkeit für den pupillus gemacht wurde, ersetzbar, wenn nur der pupillus bereichert sei.“ THALELAIOS lehnt eine beschränkende Auslegung, die aus dem Reskript gegen den aus dem Digestenrecht (D. 3, 5, 36 [37] pr.) folgenden Rechtszustand hergeleitet werden könnte, ab. ALBERTARIO hat mit gutem Grunde vermutet, daß nach klassischem Recht gegen den pupillus eben im Notfalle auch die Klage gegeben werde, ohne daß von der Beschränkung auf die Bereicherung die Rede war, während erst die Spätzeit das in quantum locupletior factus est hineininterpretiert hatte.

Die Leute von Berytos hatten, wie sich zeigen läßt, dem Ersatzanspruch gegen den pupillus dadurch eine größere Bedeutung verliehen, daß sie ihn auch den Naheverwandten oder Freunden zugestanden, denen die Klassiker den Anspruch verweigerten, da in ihrem Vorgehen zugunsten des pupillus keine Geschäftsführung, sondern eine Erfüllung sittlicher Pflichten läge. So die reinen klassischen Entscheidungen Cod. 2, 18, 1. — D. 3, 5, 43 (44), — D. 3, 5, 26, 1. — D. 25, 3, 5, 14 (itp. cum modo statt non). — Cod. 2, 18, 11 erster Satz. — fr. 13. — fr. 15. [gemeint sind die Konstitutionen des Titels 2, 18]. Es ist nicht richtig, daß man nach klassischem Recht „zwar Pietät üben könne, nebstdem daß man sein Geld wieder haben will“, wie BRINZ Pand.<sup>2</sup> 2, 642, 34 sagt. Die Leute von Berytos urteilten hier anders. Sie hatten die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag, die überall dort zu Haftungen des dominus gegen den gestor führt, wo der gestor animo gerendi und animo recipiendi gehandelt hatte, und gestatteten auch der Mutter, die Aufwendungen für ihren Sohn macht, rechtzeitig diesen animus vor dem Notar klarzustellen und den Ersatzanspruch auch gegen den pupillus geltend zu machen. Ihnen erschien das Reskript des SEVERUS und ANTONINUS als der willkommene Gesichtspunkt, diese

<sup>15</sup> emend. PAUL KRÜGER cum Graecis, cf. Bas. 17, 2, 2, suppl. p. 155.

Haftung so zu beschneiden, daß sie dem pupillus nicht gefährlich werden kann. Die Theorie von Berytos ist uns im THALELAIOS-Scholion zu Cod. 2, 18, 2 erhalten. Dort wird zunächst von THALELAIOS der Grund dafür angegeben, aus dem heraus die Möglichkeit offengehalten werden muß, daß die Mutter nicht proprii impendiis, sondern unter Vorbehalt des Ersatzes für Aufwendungen sich die Kosten für den pupillus mache. Daneben heißt es:

ἄλλως τε ὡς ἐλλαμ[βάνω] ἐκ τῶν πόρων τοῦ Ἡρώως Πατρικίου εἶρηται δὲ si non<sup>16</sup> ἐν τῷ — [(und so fort = Bas. suppl. S. 156 schol. 12)] [vgl. oben S. 89 A. 248].

Also: 'Und noch aus anderem Gesichtspunkt, wie ich den Kollegeften des Ἡρώως PATRIKIOS entnehme, wo es unter „si non“ in der Rubrik de negotiis gestis im 5. Titel des 3. Buches der *πρῶτα* heißt, daß oft die Mutter oder Großmutter, wenn sie für den Bedarf des Sohnes oder Enkels sich Kosten macht, den Aufwand ersetzt verlangen kann, wenn sie die Präsumpktion der Pietas von vornherein ausschließt, indem sie bei Gelegenheit der Aufwendung eine Aufzeichnung anlegt [?] und die Aufwendungen einträgt für die Angelegenheiten des Sohnes oder Enkels, oder wenn sie zwar nicht die Aufwendungen niederschreibt, aber durch protestatio klarstellt, daß sie die Absicht hat, die Kosten von dem Sohne oder Enkel oder von deren Vormündern zurückzuverlangen und so der Ersatzanspruch sichergestellt wird. Mit Grund und mit Umsicht sagt also das Reskript: „wenn die Mutter klarstellt, daß sie aus *eigenem* Vermögen für ihren Sohn die Kosten aufbringen wollte.“'

Dieses Zeugnis der Theorie von Berytos, das m. E. große Bedeutung auch für die Frage der Einteilung der berytinischen Schulchrestomatie hat, welche den Digesten vorausging, zeigt, daß die Leute von Berytos aus *ihrer* Lehre der Geschäftsführung ohne Auftrag heraus, die zwischen echter, auf animus negotii gerendi [?] beruhender Geschäftsführung und den utiles actiones neg. gestorum schied, auch zum Ersatzanspruch der Mutter gegen den Sohn gelangt waren. Aus der späten Lehre heraus ist nicht nur der zweite Satz von Cod. 2, 18, 11 bei JUSTINIAN hinzugefügt, sondern vor allem die Interpolation in D. 3, 5, 33 zu erklären. BESELER (Beitr. 3, 139) bezeichnet richtig das paulinische Responsum als erweitert, ALBERTARIO strich den seiner Auffassung entgegenstehenden Satz heraus. Der Tatbestand dürfte echt sein: Die Großmutter hat das Vermögen des Enkels verwaltet, ihre Erben werden mit dem Anspruch aus der Geschäftsführung belangt und rechnen die Alimentenkosten auf. Ein Gutachten hat das für ungerechtfertigt erklärt, nach der Praxis, welche der Naheverwandten die actio contraria neg. gestorum bestreitet, da sie pietate cogente die Alimentation ge-

<sup>16</sup> Suppl. ZACH. p. 156 s: In Cod. legebam δὲ σὶ νῶ vel δὲ σὶ νῶν. Offenbar bezieht es sich auf das „si non mater eius“ am Ende von Cod. 2, 18, 2.

leistet habe. Dagegen wird eingewendet, daß die Großmutter den Enkel aus seinem eigenen Vermögen alimentiert habe. Frage, ob nicht Verwendung aus dem eigenen und dem Vermögen der Großmutter angenommen werden könne. PAULUS hat wohl nur kurz entschieden, wenn sie nicht aus eigenem Vermögen alimentiert habe, was Tatfrage sei, sei es angemessen anzunehmen, daß sie die Alimente in Rechnung stellen könne. Die Entscheidung ist in der Kompilation ausgefallen, indem gerade dasjenige, was THALELAIOS als Ausführung des PATRIKIOS kennt, hineingearbeitet ist:

[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 usw.

maxime si etiam in ratione impensarum ea rettulisse aviam apparebit. illud nequaquam admittendum puto, ut. . . . ].

πολλάκις ἢ μήτηρ . . . δαπανώμενα ὄτην . . .

προεμαστύρατο . . . ὅτι μέλλει ἀπαιτεῖν . . . ἐπιτρόπους αὐτῶν

ἀναλίσκουσά τε βροβίον ποιήσῃ καὶ καταγράφῃ τὰ δαπάνηματα

PAULUS denkt hier nicht an eine selbständige zivile Klage der Großmutter und ihrer Erben, sondern will bei der Rechnungslegung über die Einkünfte des Enkelvermögens auch die Anrechnung der Alimente zugestehen, indem diese als von dem Vermögen des Enkels selbst aufgewendet gelten. Der Kompilator arbeitete die selbständige actio neg. gestororum hinzu, verwandte die Darlegung des PATRIKIOS, der wohl den Urtext vor Augen hatte und deutlich im Hinblick auf diesen die Großmutter neben der Mutter erwähnte. Das angebliche Reskript des ANTONINUS PIUS ist aus unbekannter Quelle hineingearbeitet. Es bezog sich wohl auf Haftung des pupillus als Erben seines Vaters, oder auf eine actio utilis necessitate cogente analog Cod. 2, 18, 2.

In derselben Weise wie hier die Möglichkeit, daß die Mutter oder Großmutter ihren „animus recipiendi“ durch Erklärung wahr, interpoliert ist, ist das offenbar in Cod. 2, 18, 11 der Fall: Dort hat ALEXANDER SEVERUS einfach entschieden, daß die Mutter die Alimente, die sie exigente materna pietate aufgewendet hat, nicht ersetzt verlangen dürfe. Die Kompilatoren fügen einen Satz hinzu, der von den Alimenten die Aufwendungen fürs Vermögen zu scheiden scheint:

[si quid autem . . . . .]

Der Tatbestand sprach offenbar deutlich nur von *alimenta*, der Kompilator versuchte die byzantinische Praxis zu retten.

Als einzige Stelle des Ersatzanspruches gegen den pupillus bleibt D. 3, 5, 36 (37) pr.

## 4. Die griechische Kultur in Ägypten.

Das Manuskript enthält zwei Vorträge, die wohl im Jahre 1917 gehalten worden sind. In einer Einleitung, die durch die Ereignisse überholt ist, sprach Partsch von der deutschen Kolonistenarbeit im Osten Europas; damit hängt auch der Schluß zusammen.

ULRICH WILCKEN.

### I.

Wir sprechen von der griechischen Kultur Ägyptens, vom Alexanderzuge bis zur Araberherrschaft. Die älteren Jahrhunderte interessieren nicht. Wir sprechen gar nicht vom Zeitalter HERODOTS, von den Unternehmungen griechischer Staaten auf dem Boden Ägyptens. Die alte Griechenstadt Naukratis stand im Ägypten des Amasis und der Perserherrschaft wie der Stahlhof der deutschen Hansa in London. HERODOT hat im 5. Jahrhundert als griechischer Tourist noch keine selbständige griechische Kultur in Ägypten getroffen. Es gab literarische und wirtschaftliche Beziehungen. Aber der älteste griechische Geschichtserzähler fand noch keine Landsleute in Ägypten in einflußreicher sozialer Stellung. Sein vornehmster Bekannter war ein kleiner ägyptischer Priester, wie unsere Ägyptologen längst erkannt haben. Die Beamtschaft des persischen Reiches sprach aramäisch, die damalige Kultursprache Palästinas, und die Perserzeit hat im Rechtsleben manche Spuren zurückgelassen. Es ist für das Griechentum in Ägypten nicht ganz gleichgültig, daß gewisse wichtige Urkunden der griechischen Zeit im 2. Jahrhundert vor Chr. deutlich den Einfluß von Vorbildern tragen, welche aus dieser persischen Verwaltungspraxis herstammten.

Erst mit dem Alexanderzuge zieht griechische Kultur in Ägypten ein. Die Griechen, die ins Land kamen, waren Makedonen und Leute aus den verschiedensten Teilen der griechischen Welt: Kaufleute und Reisläufer, neben den Griechen Asiaten aus dem ehemaligen Perserreiche: Lykier, Karer, Galater, Perser. Dieses ganze bunte Völkergemisch trägt in Ägypten die griechische Kultur mit sich. Dem ersten Zustrom folgten Nachschübe griechischer Landsknechtsscharen. In einer Gesamtbevölkerung von 7 Millionen können im 3. Jahrhundert nicht mehr Menschen griechischer Kultur sein als die alte Einwanderung im Elsaß seit 1871 beträgt, höchstens 4 bis 50000 Menschen. Darauf führen die Zahlenangaben der Armee für die Schlacht von Raphia

(217 vor Chr.) bei POLYBIUS. Aber diese ziemlich bedeutende Zahl umfaßt schon die Erfolge der großen Siedlungspolitik des 4. Ptolemäers, Philopator. Schon Philadelphos hat in den 50er Jahren des 3. Jahrhunderts eine große Werbepolitik und gleichzeitige Landsiedlung betrieben. Vom Jahre 251 datiert die Freiburger Urkunde, die uns zeigt, daß die griechischen Reitereskadronen zur eigenen Versorgung auf Staatsland des Königs angesetzt werden, um nach der Ernte herausgefüttert, mit allem Lebensbedarf versehen wieder zum königlichen Dienst einzurücken. Diese fliegenden Soldatenansiedlungen arbeiten noch mit einem Einquartierungssystem. Der Kleruch wird wie jeder Soldat bei dem Bauern einquartiert. Aber es ist bezeichnend, daß die Königsgesetze des 3. Jahrhunderts vor Chr. der Vorstellung entgegentreten müssen, daß der einquartierte Soldat ein Privatrecht am Quartier erwerbe und berechtigt sei, das überwiesene Haus zu vermieten oder zu verkaufen. In der zweiten Hälfte des 3. Jahrhunderts bildet sich dann ein griechisches Soldatenlehnrecht aus. Die ganze griechische Welt kennt die Verbindung des persönlichen Treuverhältnisses mit der Landleihe. Im griechischen Privatrecht des 2. Jahrhunderts wird unter den Arten des Eigentumserwerbs die Entgegennahme des Grundstücks vom „Mächtigen“ genannt, und so treten in Ägypten zwischen 250 und 200 die angesiedelten Soldaten auf, denen Land zur Ewigkeit gegeben ist. Noch ist kein freies Privateigentum im Sinne der römischen Assignation des römischen alten Soldaten am Gemeindelande, sondern der ptolemäische angesiedelte Soldat ist Lehensmann auf entziehbarem Landlehen, genau wie der Possessor am älteren römischen Gemeindelande. Er verwirkt sein Lehngut anscheinend, wenn er schlecht wirtschaftet. Er ist noch nicht berechtigt, Geld auf Hypotheken aufzunehmen. Wenn er stirbt, wird das Lehen formell zurückgenommen und dem Sohn und Erben auf Grund einer besonderen Einschreibung wieder übertragen. Wie viele solcher Siedler in den ägyptischen Gauen festgeworden sind, wissen wir noch nicht genau. Im arsinoitischen Gaue, also im Fayum, ist eine Organisation der 6475 hellenischen Männer nachweisbar, die wohl aus diesen Siedlungen des 3. Jahrhunderts stammt.

Jedenfalls ist es eine kleine Minorität griechischen Volkstums, die sich während des 3. Jahrhunderts vor Chr. im Nillande festgesetzt hat. Sie hat politisch das Land beherrscht. Griechisch war die Sprache der gesamten ägyptischen Verwaltung, wenn auch im 3. Jahrhundert schon die Steuergesetze, die von jedem verstanden werden müssen, zugleich ägyptisch publiziert werden. Am Hof spielen nur Griechen eine Rolle, und Alexandrien ist damals der Sitz griechischer Sitte, griechischen Wesens, feiner Bildung. Das Heer beruht bis 217 im wesentlichen auf den griechischen Söldnern. Griechische Bildung und griechischer Götterkult, griechische Gesittung und griechische Damenmoden herr-

schen am Hofe von Alexandrien. Und das 3. Jahrhundert vor Chr. hat tatsächlich versucht, das griechische Verfassungsleben auch nach Ägypten einzuführen. Die drei Griechenstädte Naukratis, Alexandria und Ptolemais in Oberägypten wollen griechische Städte sein so gut wie Athen und Ephesus, mit griechischen Beamten und griechischer Ratsversammlung, mit griechischen Gerichten und im ganzen Äußeren der griechischen Stadtverfassung. In solchem verlorenen Winkel wie Ptolemais in Oberägypten hält sich eine kleine Gruppe verhältnismäßig reiner Griechen durch das strenge Eheverbot mit der eingeborenen Bevölkerung ebenso wie ein deutsches Bauerndorf mitten in der galizischen oder russischen Welt, solange die Bauern nicht mit den umwohnenden Slaven sich vermischen. Tatsächlich hat sich noch Kaiser Hadrian im 2. Jahrhundert nach Chr. für die Stadt, die er seinem toten Freunde Antinoos gründete, die rassereinen Griechen aus Ptolemais besorgt. Alexandria dagegen ist von vornherein die echte levantinische Großstadt mit internationalen Kaufleuten, mit einem großen Ghetto, in dem die Juden wohnen, wie im deutschen Mittelalter. Verkehrssprache und Rechtsordnung sind hier, weil alles auf das überseeische Leben eingestellt ist, rein griechisch, wie wir heute an ein paar hundert alexandrinischen Rechtsurkunden aus der Zeit des Augustus sehr schön beobachten können.

Im offenen Lande draußen in Ägypten wohnen die griechischen Siedler gruppiert in ähnlichen Verbänden, wie die Konvente der römischen Bürger unter italischen Kaufleuten auf den griechischen Inseln. Ob diese Verbände politische Organisationen hatten, ist nicht klar. Man hat sie als politische Gemeinden angesprochen, aber wir wissen noch nichts von ihren Verbandsorganen. So gibt es im dritten Jahrhundert vor Chr. ein wirkliches griechisches Volkstum, so gut als es im deutschen Ordenslande, in Ostpreußen, Livland und Kurland deutsche Bürger und Bauern gegeben hat.

Für die eingewanderten Griechen gilt griechisches Stadtrecht neben dem griechischen Königsrecht der Könige. Wie im 13. und 14. Jahrhundert die deutschen Kolonisten in Schlesien ihre Siedlungen mit sächsischem Recht bewidmen lassen, so werden die griechischen Kolonisten in Ägypten von griechischen Stadtrechten regiert. Ganz deutlich in den Städten. Noch nicht sicher ist es, ob auch die Griechen, die draußen im Lande wohnten, durch die Verbandszugehörigkeit zu einer der obengenannten Organisationen ihr besonderes Personenrecht haben, indem der Verband wie die Stadt unter seiner Rechtsordnung steht, oder ob nicht vielmehr alle Griechen durch eine von der Rechtsprechung aufgestellte Fiktion einer bestimmten griechischen Rechtsordnung unterstellt sind. Jedenfalls ist es nachgewiesen, daß griechische Gerichtsverfassung und griechisches Prozeßrecht auch die Griechen Ägyptens

beherrschen. Im 3. Jahrhundert vor Chr. wird ebenso wie in Athen zum Prozesse geladen. Das Notariat hat seine alten griechischen Formelbücher nach Ägypten mitgebracht und schreibt sie unberührt durch ägyptische Rechtssitte und ägyptische Lebensformen aus. Das koische Mädchen, dessen Ehevertrag vom Jahre 311 vor Chr. wir haben, bedingt sich am Land- und Seevermögen des Ehemannes die Haftung aus, gerade als lebte es noch auf seiner griechischen Insel.

Aus dieser alten Zeit, da der Nachschub griechischer Menschen noch andauerte, ist das Stadtrecht von Alexandrien, von dem kostbare Stücke heute auf dem Papyrus von Halle uns bekannt sind, das schönste Zeugnis griechischer Kultur in Ägypten: ein Nachbarrecht für das Grundstück ganz ähnlich wie in Athen, der Persönlichkeitsschutz durch die private Strafklage wegen Beleidigung, ganz ähnlich geordnet wie in der ganzen griechischen Kultur, Sätze des Stadtrechts über den Grundstückskauf ähnlich unseren mittelalterlichen Stadtbüchern, welche die Auffassung über das Grundstück vermerken. Wir fragen uns allerdings, wie denn die genossenschaftlichen Elemente des griechischen Familienrechts unter den ägyptischen Siedlern praktisch angewandt wurden, wie die Ehelichkeit des neugeborenen Kindes, die Einführung der jungen Frau in das Haus des Gatten, wie die Adoption stattfand, die nach griechischem Rechte überall eine Mitwirkung der Geschlechtsgenossen oder der Phratrie voraussetzt.

Dieses griechische Volkstum hat dann im 2. Jahrhundert vor Chr. dasjenige Geschick gefunden, das mit Notwendigkeit all den Kolonistenvölkern bevorsteht, die als kleine Minoritäten unter fremde Völker gehen. Wo es nicht gelingt, die heimische Bevölkerung zu verdrängen und neu zu kolonisieren, ist der Einwanderer dazu bestimmt, Kulturdünger zu werden. Was unseren deutschen Einwanderern im Norden Ungarns schon geschehen ist und den Deutschen Siebenbürgens wie den Schwaben im Banate droht, das war den Griechen Ägyptens beschieden. Die Nachschübe aus der Heimat hörten auf, als die Mittelmeerpolitik des griechischen Reiches zusammenbrach. Seit dem 4. Ptolemäer gehen die überseeischen Besitzungen verloren und genügten die griechischen Söldner nicht zur Verteidigung des Landes.

Wie ein Wort aus unserer Zeit den Engländern und Franzosen auf den Leib geschrieben, klingt der Bericht des POLYBIUS über die Eingeborenenpolitik des 4. Ptolemäers: „Als Ptolemäos Philopator die Eingeborenen gegen Antiochos bewaffnete, faßte er einen militärisch geschickten Entschluß für den Augenblick und beging dabei für die Zukunft einen verhängnisvollen Fehler: denn die Eingeborenen, stolz auf ihren militärischen Anteil am Siege von Raphia, ließen sich nichts mehr von ihren Befehlshabern gefallen und suchten einen politischen Führer und einen Anlaß zur Volkserhebung, da sie sich mündig fühlten

und sie sich selbst genügten. Das führten sie wenige Zeit nachher aus.“ Vom Jahre 208 bis in die 80er Jahre des 2. Jahrhunderts vor Chr. hat eine Volkserhebung den Ptolemäern ganz Oberägypten entrissen, und was die Ägypter damals hoffen, klingt aus dem Prophetenwort wieder, das ULRICH WILCKEN gedeutet hat: „Die Stadt am Meer (d. h. Alexandrien) wird ein Trockenplatz sein für die Netze der Fischer, und die Götter von Alexandrien werden nach Memphis übersiedeln.“

Die Weissagung hat sich infolge der römischen Eroberung Ägyptens nicht erfüllt, aber das Bewußtsein, aus dem sie spricht, kennzeichnet das 2. Jahrhundert in Ägypten. Einige Tatsachen, welche die Zersetzung des griechischen Volkstums bezeichnen, sind heute schon klar erkannt. Genau wie im deutschen Osten in Böhmen und an der polnischen Grenze die deutsche Familie durch die Heiraten mit den Slaven ihre Eigenart verliert, haben sich die griechischen Siedler draußen in den ägyptischen Gauen entnationalisiert. Der Sohn des hellenistischen Soldaten und der ägyptischen Frau trägt einen ägyptischen Namen, und nach den Urkunden ist es unmöglich, nach der Namensform auf den Stamm zu schließen, wenigstens etwa seit dem Jahre 150 vor Chr. Das griechische Notariat muß jetzt umlernen, um ägyptische Lebensverhältnisse mit griechischen Rechtsformen zu meistern. Bisher hat man diese feineren Beobachtungen noch nicht planmäßig gemacht, da die meisten Kenner der griechischen Papyrus sich allzu wenig in die demotischen Verträge, d. h. die Verträge, die in ägyptischer Volkssprache geschrieben sind, hineingefunden hatten. Aber die Tatsachen liegen für den Kenner des Materials an der Straße. Da kennen z. B. die Ägypter zwei Formen der Eheverträge. Einerseits die sogenannte lose Ehe, bei welcher die Frau nur eine Alimentationsforderung gegen den Mann erwirbt und nur Gläubigerin des Mannes wird, ja gar nicht einmal als Ehefrau anerkannt ist. Hier ist sie nur als Gläubigerin gesichert durch Beschlagsnahmerechte oder durch Sicherungsübereignungen vom Mannesvermögen. Daneben gibt es eine sogenannte Schriftehe, bei der allein die Frau als Ehefrau des Mannes von diesem anerkannt wird und für sich und ihre Kinder ein festes familienrechtliches Verhältnis zum Manne und ein Recht am Mannesgut erwirbt, welches erbrechtliche Folgen hat. Diese doppelte Form der ägyptischen Ehe wird nun vom griechischen Notar zunächst einfach mit griechischen Rechtsbegriffen nachgebildet. Freiburger Urkunden sind es, welche diesen Tatbestand mit Sicherheit erkennen lassen, und ebenso ahmen im Pachtvertrage wie im Grundstücksrecht die griechischen Notare ägyptische Rechtsgeschäfte nach, so daß wir die praktische Bedeutung griechischer Verträge vielfach erst voll verstehen, wenn wir die ägyptischen Vorbilder kennen. Bei dem Grundstücksgeschäft finden sich jetzt auch griechische Auflassungserklärungen nach einem Formular, das die Perserherrschaft

in Ägypten zurückgelassen zu haben scheint. Der Grundstücksveräußerer erklärt dabei außerhalb des griechischen Kaufbriefes, daß er auf jedes Recht am Grundstück verzichtet, ganz entsprechend den Auflassungserklärungen des deutschen Mittelalters. Besonders in den Dörfern draußen finden sich in der griechischen Urkunde massenhaft Anklänge an die demotischen Vertragsurkunden. Man versteht, daß die griechischen Rechtsvorschriften vielfach an der starr festgehaltenen Eigenart des ägyptischen Rechtes scheitern. So ist das griechische Grundstücksregister, das nach den Stadtrechten lückenlos arbeitet, offenbar draußen im Lande nicht durchgedrungen, und zahlreiche Grundstücksgeschäfte entziehen sich dem vorgeschriebenen Vertragsregister. Ein glücklicher Zufall hat uns gezeigt, wie vor dem Jahre 118 vor Chr. das ptolemäische Königsrecht den Kampf der griechischen und ägyptischen Kulturen anerkennen mußte. Es ist eine Ordnung über die Anwendung des griechischen und des ägyptischen Rechtes im Prozesse. Prozesse zwischen Griechen gehören vor die königlichen Sendgerichte, Prozesse zwischen ägyptischen Parteien vor die Eingeborenengerichte, die sog. Laokriten. Aber für Prozesse zwischen den Angehörigen der Nationen ist eine Regel gefunden, die deutlich die Spuren des Nationalitätenkampfes trägt: es soll die Sprache der Urkunden entscheidend sein, um deren Auslegung es sich handelt. Daß daneben den griechischen Sendgerichten eingeschärft wird, keinerlei Prozesse zwischen Ägyptern ansichzuziehen, zeigt, daß man die Ägypter zu schonen hatte, daß die griechischen Gerichte durchaus kein höheres Ansehen genossen und vielleicht auch, daß es zahlreiche Leute gab, die zwar griechisches Blut und griechische Namen hatten, aber keinen Wert darauf legten, als Griechen behandelt zu werden. Vor allem ist die Tatsache bezeichnend, daß der griechische Königsstaat keinen Wert darauf legte, der angeblich herrschenden Griechenklasse den Schutz des griechischen Richters zu sichern. Der Grieche steht eben im Ptolemäerreiche des 2. Jahrhunderts nicht mehr da wie der Römer im römischen Reiche, der als Kläger oder Beklagter seinen Gegner stets vor ein römisches Gericht ziehen kann. Die Griechen sind am Ende des 2. Jahrhunderts vor Chr. eben nicht mehr das herrschende Volk im Lande, sondern nur noch eine sozial bevorzugte Bevölkerung. Ihre Lage sieht am Ende des 2. Jahrhunderts schon verzweifelt derjenigen Rolle ähnlich, welche die baltischen Familien im Rußland von gestern spielten. Bei den Volksaufständen wendet sich der Haß der Ägypter gegen die Griechen, weil sie Hellenen sind.

Die ägyptische Kultur erlebt mit dem politischen Fortschritt des ägyptischen Volkes, der am Hofe und im Heere deutlich hervortritt, einen Aufschwung, der den ganzen Staat umgestaltet. Das 2. Jahrhundert vor Chr. zeigt uns die Eingeborenen in einem aufstrebenden

Wohlstande in den alten aus der älteren Zeit her bekannten Lebensverhältnissen. In kurzem werden wir die ägyptische Familiengemeinschaft, die der römischen auffallend ähnlich ist, deutlich beobachten können, werden den ägyptischen Familienchef mit dem römischen *pater familias* vergleichen können. Sehr interessant tritt die Macht der ägyptischen Geistlichkeit in dieser Zeit wieder hervor. Das Dekret von Rosette unter Ptolemäus Epiphanes zählt eine lange Reihe von königlichen Gnadensbeweisen auf, die gleichbedeutend sind mit einer Schmälerung der staatlichen Autorität und des königlichen Fiskus. Die priesterliche Verwaltung am Tempelgut, die im 3. Jahrhundert energisch ausgeschaltet worden war, kommt jetzt wieder in einzelnen Fällen vor. Und für die Wiederkehr des Gleichen in der Geschichte ist es interessant, daß die ägyptische Priesterschaft dieselben Privilegien gegenüber dem Staate erkämpft wie später die byzantinische Kirche und die Kirche im deutschen Mittelalter im fränkischen Reich. Die staatliche Verfolgung des Verbrechers und der Gerichtsvollzieher müssen Halt machen vor dem Asyl im ägyptischen Tempel. Unter dem Druck dieser aufstrebenden ägyptischen Kultur haben die ptolemäischen Könige sich in die Rolle des Pharaos fügen müssen. Im 2. Jahrhundert vor Chr. hat ein griechischer König sich zuerst als PHARAO besonders krönen lassen. Und im 2. Jahrhundert vor Chr. ist es wiederum in Freiburger Urkunden ersichtlich, daß der König als solcher Gott ist. Er wird gar nicht mehr wie im 3. Jahrhundert erst einige Zeit nach seiner Regierung dazu ernannt, sondern im Jahre 179 ist der junge unter der Vormundschaft seiner Mutter stehende Ptolemäus Philometor schon in den Windeln Gott.

So fanden die Römer in Ägypten einen gräko-ägyptischen Mischstaat. Die Zeit des Cicero und des Horaz sieht in Ägypten keinen griechischen, sondern einen ägyptischen Staat. Die römischen Reisenden hatten schon im 2. Jahrhundert vor Chr. in Ägypten nur die Zeugen der alten Pharaonenzeit und deren Fortleben im modernen ägyptischen Götterkult besucht. Wir haben dafür aus dem Jahre 112 vor Chr. ein interessantes Dokument über den Besuch eines römischen Diplomaten in Ägypten. Dem zeigt man den Krokodilskult und die Fütterung der heiligen Tiere. Kleopatra war vor den Ägyptern eine nationale Königin gewesen, und es wird richtig sein, wenn der römische Historiker des 3. Jahrhunderts nach Chr. den Augustus zeigt, wie er die eingeborene Bevölkerung als seinen Feind in Ägypten behandelt und nur der griechischen Stadt Alexandrien und ihrer alten Kultur schmeichelhafte Reverenz macht. Auf den römischen Triumphmünzen ist der Sieg über Ägypten mit dem alten Symbol des Landes, dem Krokodil, dargestellt. Außerhalb Alexandriens scheint Augustus selbst gar keine Rücksicht auf ein griechisches Element genommen zu haben. Es ist sicher kein

Zufall, daß wir in den Zeugnissen über die neue staatsrechtliche Gestaltung des Landes die Griechen außerhalb Alexandriens gar nicht erwähnt finden. Wir haben heute noch die größte Schwierigkeit herauszufinden, wie man im 1. Jahrhundert nach Chr. überhaupt den Rechtsbegriff des Griechen in Ägypten außerhalb Alexandriens gefaßt hat. Es scheint, daß das Griechentum der römischen Zeit in Ägypten durch die römische Verwaltungspraxis geschützt und zum Teil erst geschaffen worden ist.

So gibt die Geschichte der griechischen Kultur in Ägypten bis auf Augustus ein ernstes Beispiel desjenigen historischen Prozesses, der immer wieder drohen wird, wenn ein Volk sich die Aufgabe stellt, die eigene Kultur mit einer kleinen Zahl von Siedlern in fremdes Land zu tragen. Das griechische Volk war aufgegangen im ägyptischen Volkstum. Daß die griechische Kultur in Ägypten noch jahrhundertlang dieses Ereignis überlebt hat, beruht darauf, daß mit Augustus ein neuer Faktor in Ägypten erscheint, der fähig war, die griechische Kultur für lange Zeit dem Lande aufzuerlegen. Das war die Macht des römischen Reiches. Von ihr wollen wir morgen reden.

## II.

Gestern haben wir gesehen, wie das griechische Volkstum die Herrschaft über Ägypten verlor, lange ehe der griechische Staat dem römischen Eroberer erlag. Das griechische Volkstum war aufgegangen in einer gräko-ägyptischen Bevölkerung. Diese Entwicklung ist zur Zeit von Kleopatras Niederlage schon vollendet. Aber die griechische Sprache, griechische Gesittung und griechische Bildung haben noch jahrhundertlang in Ägypten weiter gelebt und das Land beherrscht, sicher bis ins 4. Jahrhundert hinein. Während der ersten drei Jahrhunderte war diese Herrschaft sogar eine unbedingte. Erst im 4. Jahrhundert regt sich das inländische Volkstum, emporgetragen zugleich mit dem koptischen Christentum.

Worauf beruht diese griechische Kultur nach dem von uns dargelegten Niedergang des griechischen Volkstumes? Wer sind die Griechen, auf welche in den ersten zwei Jahrhunderten unserer Zeitrechnung das griechische Personen- und Familienrecht Anwendung findet? Wie kam es, daß die griechische Sprache noch jahrhundertlang das ganze ägyptische Leben beherrscht, und erst vom 4. Jahrhundert ab die ägyptische Volkssprache wieder erwacht, ein ägyptisches Schrifttum wieder da ist, das jetzt die alte Volkssprache mit griechischen Lettern schreibt? — Das erklärt sich nur durch den römischen Staat: durch 3 Jahrhunderte haben die Römer Ägypten mit der römischen Kultur regiert, dann zeigte Rom geringeres Interesse an der Aufrechterhaltung eines griechischen Bürgertums, und folgeweise kam die Alleinherrschaft des Griechentums ins Wanken, endlich der Niedergang der griechischen

Sprache und des griechischen Wesens in Ägypten war eine Begleiterscheinung des inneren Zerfalls des römischen Staats auf dem Boden Ägyptens. Der römische Machtstaat hatte im Westen das Latein der Welt auferlegt und aus Nordafrika, aus Spanien und Frankreich lateinische Länder gemacht. Er hat durch eine machtvolle Politik aus Ägypten für ein paar Jahrhunderte ein griechisches Land gemacht. Aber sowie der römische Staat sich für sein eigenes Ziehkind, die griechische Kultur Ägyptens, nicht mehr interessierte, war sie zu schwach, um sich gegenüber dem einheimischen Volkstum zu halten. Was das politische System der ersten Jahrhunderte getragen hatte, brach zusammen, als dieses politische System verlassen wurde. Seit das römische Reich nicht mehr künstlich die griechische Kultur in Ägypten aufrechterhielt, sank das Griechentum Ägyptens zu der Rolle herab, die es heute im Orient spielt, eine der levantinischen Verkehrssprachen zu tragen. Lassen sie uns erst das Bild der ersten drei Jahrhunderte betrachten.

Der römische Staat regierte Ägypten nicht anders als es früher die Perser getan hatten, als es später die Franzosen und die Engländer taten. Jedes dieser Völker hat seine Amtssprache mitgebracht, und das war im ganzen Osten ebenso schon zu Augustus' Zeit die Sprache des Hellenismus. Das römische Reich hat im ganzen Osten das Erbe der alten auf dem Boden des Alexanderzuges entstandenen Königreiche angetreten und zunächst in den Formen der hellenistischen Reiche weiterregiert. Für Ägypten war das die notwendige Folge der staatsrechtlichen Stellung, welche der römische Kaiser im Lande einnahm. Augustus selbst mag wohl daran gedacht haben, der politischen Wirklichkeit nach Ägypten als eine Art Krondomäne für sich zu behalten. TACITUS sagt es, und MOMMSEN hat in seiner Darstellung diesen Gedanken überscharf hervorgehoben, überscharf, weil die Absicht des ersten Kaisers es nicht ausschloß, daß in Ägypten die römischen Beamten in derselben Stellung zum republikanischen Staatsrecht stehen wie die Magistrate der anderen Kaiserprovinzen. Der Stellvertreter des Kaisers in Ägypten, der Praefectus Aegypti, hat durch ein Gesetz dieselbe Rechtsstellung wie die übrigen Oberbeamten erhalten: er hat imperium, er hat legis actio, d. h. die freiwillige Gerichtsbarkeit mit den Spruchformeln des alten römischen zivilen Rechtes, er hat das Recht zur Vormundsbestellung, das Recht, Ordnungen nach den Formularen der republikanischen Beamten zu erlassen. Auch in Ägypten gibt es das jährliche Statthalteredikt genau wie in Rom das praetorische Edikt, und der ägyptische Oberbeamte weist römische Erbberechtigte in denselben geschäftlichen Formen in Nachlässe ein, wie ein anderer römischer Provinzstatthalter. Diese römischen Beamten halten nach römischer Sitte ihre Gerichtsbarkeit in Tagfahrten. Aber all das trifft nur die

Stellung zu Rom, zum römischen Staat und zur römischen Rechtsordnung. In Ägypten, dem Lande gegenüber, tritt Augustus mit affektierter Schonung der überlieferten Staatsform auf, so daß äußerlich nichts anders wird. Der Kaiser heißt allerdings nicht König in der offiziellen Titulatur, aber in der gesamten Staatsverwaltung bleiben doch die Attribute der königlichen Verwaltung in Kraft: der königliche Schreiber ist nach wie vor der oberste Subalterne der Gauverwaltung, der Königsbauer ist nach wie vor der ägyptische Fellache, der auf Königsland in Zeitpacht angesetzt ist, der königliche Bankier behält nach wie vor diesen Titel. Auf den ägyptischen Denkmälern wird der römische Kaiser genau wie der Pharao und die ptolemäischen Könige dargestellt, er wird als Sohn der Sonne bezeichnet. In der Landeszentrale Alexandrien bleiben die alten Beamten für die Finanz, ja sogar einzelne Beamte der alten Rechtsanwendung weiter. Es war für uns eine wirkliche Überraschung, als der Wiener Romanist JÖRS während des Krieges den Nachweis führte, daß sogar das alte königliche Sendgericht der Chrematisten für die Grundstücksvollstreckung aufrecht blieb. In der Verwaltungspraxis lebt man ganz nach dem Stil des griechischen Königreichs weiter. Man datiert nach ägyptisch-griechischer Zeitrechnung und Königsjahren, die ganze Lokalverwaltung geht äußerlich in denselben Formen weiter, ja Augustus kopierte sogar, wie es schon Mommsen gesehen hat, die Kupfermünzen der Ptolemäer, indem er statt der bisherigen Drachmen jetzt ganz ähnlich geformte römische Denare prägen ließ. Es war ganz selbstverständlich, daß die Verwaltungssprache das Griechische blieb. Die alten Formen des Notariates werden weiter gebildet im griechischen Sinne, ein Grundbuch, das vielleicht seine Vorgänger auf hellenistischem Boden in Kleinasien hatte, wird neu eingeführt. Die Herrschaft der griechischen Sprache in Verwaltung und Rechtssprechung ist viel stärker als in der vorchristlichen Zeit. Denn die Eingeborenen verlieren ihre Eingeborenengerichte und müssen vor römischen Richtern griechisch prozessieren. Im amtlichen Verkehr mit der Bevölkerung gibt es gar keine ägyptischen Eingaben mehr an die Beamten, und die Bescheide der Beamten ergehen niemals in der Volkssprache. Auffallend ist es, daß gleichzeitig im ersten Jahrhundert nach Chr. die demotische Rechtsurkunde abstirbt. Die Rechtsgeschäfte zwischen Eingeborenen werden, wenn öffentliche Urkunden errichtet werden, griechisch beurkundet. Wir können noch nicht deutlich erkennen, ob hier allmähliche Übergänge vorliegen, oder ob die römische Verwaltung hier mit machtvoller Unterdrückung der eingeborenen Bevölkerung vorgegangen ist. Welche Ziele sich die römische Verwaltung in Ägypten stellte, ist bekannt. Die Römer suchten in Ägypten nur das Korn für Rom, daneben die Einnahmen aus der Kopfsteuer, aus den zahlreichen Grundsteuern und den indirekten Steuern

und aus den Staatsmonopolen. AUGUSTUS soll aus Ägypten im Jahre dreimal so viel Getreide bezogen haben, wie die großen Ptolemäer im 3. Jahrhundert vor Chr. auf der Höhe ihrer Macht. Noch können wir nicht im einzelnen nachprüfen, in welcher Weise der Steuerdruck gegenüber dem griechischen Königtum schärfer geworden ist. Es scheint sogar, als ob die Steuersätze nicht gewachsen wären. Aber wahrscheinlich war die Wirksamkeit der Steuerbeitreibung gegenüber der älteren Zeit gewachsen, schärfer als bisher. STRABO sagt ja, daß das Wesentliche beim römischen Regiment in Ägypten gewesen sei, daß die Kaiser vielfach Einrichtungen der älteren Zeit erst zu lebendiger Wirklichkeit gemacht hätten. In einigen Punkten können wir feststellen, daß allerdings der Druck auf die Bevölkerung schärfer wird: einmal durch die Bindung der einheimischen Bevölkerung an den Heimatsort, die sogenannte *Idia*. Der Grundsatz ist schon älter, daß die einheimische Bevölkerung ihren Heimatsort nicht zu verlassen habe. Dieser Grundsatz wird nach meiner Auffassung nun auch auf römische Rechtsbegriffe gegründet und in der römischen Zeit dadurch scharf durchgeführt, daß alle 14 Jahre bei Gelegenheit des großen Zensus die Provinzialen in den Heimatsort zurückkehren müssen, nach demselben Rechtssatz, aus dem in Palästina Josef und Maria nach Bethlehem zur Schätzung gehen müssen. Der Bauer soll an die Scholle gebunden werden, damit er jederzeit vom Staate leicht gefaßt werden kann. Das gilt nicht nur für die Steuern, für Frohnden wie Kanalbau frohnden, Dammbau und Spanndienste, sondern auch für den staatlichen Hilfsdienst, dessen Anforderung Rom von Jahrhundert zu Jahrhundert schärfer spannt. Das zweite Element, das als Vermehrung des Druckes auf die Bevölkerung in Betracht kommt, ist nämlich der staatliche Zwangsdienst. Wenn der Staat seine Grundstücke verpachtet und keinen Pächter findet, wird in der römischen Zeit das Grundstück einfach zwangsweise an den Pächter zugeschlagen. Allmählich werden für alle Zweige des öffentlichen Dienstes, von der Nachtwächtereie bis zu sämtlichen Beamtenstellen der Steuerverwaltung, Hilfsdienstpflichtige angestellt, die der Staat durchaus nicht bezahlt. Dieses ganze System der Liturgie hielten wir früher für älter, jetzt hat ein deutscher Historiker, der während des Krieges im Unterstand ein dickes Buch von 500 Seiten in Korrektur las, FRIEDRICH OERTEL, ein Schüler ULRICH WILCKENS, den Nachweis geführt, daß das System des Zwanges erst allmählich in der römischen Zeit allgemein geworden ist. Es ist ein ernstes Bild, das sich dadurch für das römische Provinzialregiment in Ägypten ergibt, daß der Staat in rücksichtsloser Weise das ganze Land nur als Ausbeutungsobjekt betrachtet und aus den laufenden Einnahmen nicht einmal die Landesverwaltung bezahlt.

Solange die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeichen der allgemei-

nen Blüte des Reiches standen, erscheinen dabei die eingeborenen Ägypter materiell gar nicht in übermäßig beklagenswerter Lage. Unter diesem durch das römische Recht bedrückten Volke findet sich nun ein privilegiertes Bürgertum, das griechisch ist. Es hängt zweifellos draußen auf dem Lande noch mit den Resten der alten griechischen Siedlungsbevölkerung zusammen. Die sogenannten Katöken sind ein griechischer Bauernstamm auf festen Grundstücken, die in einem besonderen Register geführt werden und jetzt im Privateigentum der Siedler stehen. Daneben ist es deutlich, daß ein städtisches Bürgertum von den Römern kontrolliert und ergänzt wird. In der Kopfsteuerliste tritt dieser Stand der Privilegierten hervor. Die Katöken und die sogenannten Metropolitcn, d. h. die Bevölkerung der Gauvororte, wird in der Kopfsteuerliste von der großen Menge der Bevölkerung geschieden. Nicht 40 Drachmen, sondern nur 12 Drachmen zahlt diese privilegierte Bevölkerung, daneben gibt es ganz kopfsteuerfreie, die Akademiker, in den Quellen genannt die Leute vom Gymnasium. Nach Grundsätzen, die in den einzelnen Gauen verschieden sind, wird der Eintritt der Berechtigten in die Zahl der Privilegierten nachgeprüft. Die Leute vom Gymnasium, die Honoratioren, aus denen ausschließlich sich die Gemeindebeamten rekrutieren, erhalten die volle hellenische körperliche und geistige Ausbildung in der hellenischen Jugendschule. Sie lesen die griechische Literatur, lernen Rhetorik und Grammatik, und dieser Stand von Gebildeten hat es dazu gebracht, daß bis in die entferntesten Winkel Ägyptens alte Schriftstellertexte zu finden sind, und überall literarische Versuche und Interesse an griechischem Denken noch unter der römischen Regierung sich betätigen. Eine Rechtsgrundlage für die Anerkennung dieser Griechen in der römischen Zeit fehlt noch, wie es scheint. Die römische Verwaltung erkannte einzelne Personen aus dieser bürgerlichen Gesellschaft als Griechen an, hatte die Möglichkeit, aufstrebende Elemente aus der einheimischen Bevölkerung auch als Griechen zu frisieren. Es sieht ganz darnach aus, als hätten die Römer in Ägypten dasselbe getan, was England in Indien heute in sehr geschickter Weise fertig zu bringen sucht, indem es die englische Kultur bei den besten Klassen der eingeborenen Bevölkerung verbreitet.

Wenn es richtig ist, daß so die römische Verwaltung einen Stand von Privilegierten schuf, welche von der Kopfsteuer ausgenommen waren oder nur geminderte Kopfsteuer zu zahlen hatten, versteht man, welche Anziehungskraft die griechische Kultur auf alle aufstrebenden Elemente der eingeborenen Bevölkerung ausüben mußte. Gleichzeitig muß ein schwerer Druck auf das Fortleben der ägyptischen Kultur erfolgt sein. Noch wissen wir nicht, ob damit Hand in Hand absichtlich ein Druck ging, welcher sich auf die ägyptische Bevölkerung geltend

macht, zur Unterdrückung ihrer alt eingebrachten Kultureinrichtung. Deutlich ist es aber, daß schon die augusteische Politik sich gegen die ägyptische Priesterschaft wendete. In beschränktem Maße sind Säkularisationen des Tempelgutes nachweisbar, das Asylrecht wird stark beschränkt und die ganze Priesterschaft der Dienstaufsicht eines römischen Finanzbeamten unterstellt, der gleichzeitig Oberpriester ist. Vielleicht geht damit Hand in Hand ein Kampf des römischen Staates gegen das demotische Schrifttum im Rechtsverkehr. Es ist auffällig, daß im 1. Jahrhundert nach Chr. die demotische Rechtsurkunde allmählich verschwindet. Die besten Kenner der ägyptischen Kultur versichern uns, daß im 3. Jahrhundert selbst die Priester nicht mehr die alten Bilder deuten und die alte heilige Schrift nicht mehr lesen konnten. Das bedeutet natürlich nicht, daß die Fellachen jetzt griechisch gesprochen hätten. Das Volk redet seine alte Volkssprache weiter, aber das ägyptische Volkstum lebt jetzt etwa in dem Verhältnis wie die slavischen Kulturen vom 17. bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts in den österreichischen Kronländern. Das Wiedererwachen des nationalen ägyptischen Geistes beginnt ebenso wie bei jenen slavischen Kulturen im 19. Jahrhundert durch eine Volksliteratur, die in Ägypten eine religiöse ist. Es war das nationale Christentum in Ägypten, welches in der folgenden Periode im 4. Jahrhundert nach Chr. die ägyptische Sprache nunmehr in griechischer Schrift als koptische und das ägyptische Nationalempfinden wieder belebte.

Das 3. Jahrhundert bringt noch einmal eine erhebliche Stärkung des sozialen Einflusses des griechischen Bürgertums, eine neue Erweiterung der Kluft zwischen der griechischen herrschenden Klasse und den Eingeborenen. Durch einen Federstrich erhielt nicht nur die Bevölkerung von Alexandrien, sondern auch die bürgerliche Bevölkerung draußen im Lande, die bisher als Griechen behandelt worden war, das römische Bürgerrecht. Das grundlegende Gesetz, die Konstitution des ANTONINUS CARACALLA vom Jahre 212, haben wir jetzt in der griechischen Übersetzung auf einem ägyptischen Papyrus erwiesen. Die Bewohner des römischen Erdkreises hatten die *Civitas Romanorum* erhalten, nur die *Dedititii*, die Leute, welche Kopfsteuer zahlten, waren davon ausgeschlossen. Es war eine gewaltige Änderung im Personenstande derjenigen Leute, die von den Römern als Griechen behandelt waren. Jetzt waren sie römische Bürger, unterstanden also dem römischen Personen- und Familienrecht, machten Testamente nach römischem Recht und konnten Erben von römischen Bürgern werden. Überall treten jetzt die Neubürger römischen Rechtes in Ägypten auf, *Aurelii*, weil sie den Familiennamen des Kaisers tragen, der sie zu Bürgern machte. Lateinische Urkunden kommen jetzt in Ägypten in größerer Zahl vor. In der griechischen Urkunde treten römische Rechts-

begriffe jetzt zahlreich auf, denn nach römischem Recht müssen die Rechtsbeziehungen des Römers nach römischem Rechte beurteilt werden. Sicher haben sich die besseren Stände, die vorher als Griechen anerkannt wurden, durch diese Gleichstellung mit dem herrschenden Volke geschmeichelt gefühlt. Aber für die griechische Kultur in Ägypten fiel damals der erste schwere Schlag. Das griechische Recht hat fortan keine Geltung mehr in Ägypten, es steht in Kampfstellung zur römischen Rechtsordnung und kann sich gegenüber dieser nur dadurch geltend machen, daß es gegen die römischen Rechtsbegriffe reagiert. Im Rechtsverkehr geht eine seltsame Mischung griechischer und römischer Rechtsbegriffe, wie sie die Begleiterscheinung jeder von oben diktierten Rezeption ist.

Schwerere Tage kommen für die griechische Kultur im 4. Jahrhundert. Das Ende des 3., der Anfang des 4. Jahrhunderts brachte mit einer kräftigen Organisation des römischen Staates unter Diocletian und Konstantin auch für Ägypten eine schärfere Romanisierung des Staates. Es verschwinden aus Ägypten jetzt die Spuren des alten Ptolemäerstaates, indem die gesamte Provinzialverwaltung jetzt nach dem römischen Reichsschema gestaltet wird. Die allgemeine Landesverwaltung oder Finanzverwaltung werden in Ägypten jetzt denen in anderen Provinzen ähnlich. Schon im 3. Jahrhundert war die römische Gemeindeverfassung in Ägypten eingeführt. Jetzt tritt in der gesamten Verwaltung und im Prozeß der römische Stil stark hervor. Geringe Bedeutung scheint es zunächst zu haben, daß wir die römische Amtssprache in den Bescheiden des Zivilprozesses jetzt beobachten können, und daß der römische Zivilprozeß jetzt in den üblichen Formen des römischen Rechtes in Ägypten nachweisbar wird. Und doch liegt darin die Unterstreichung der Tatsache, daß der Staat jetzt auf die besonderen Verhältnisse Ägyptens keine Rücksicht mehr nimmt. Praktisch war eines wichtiger: der Staat, der bisher dem Bürgertum hellenistischen Charakter gesichert hatte, schont jetzt dieses Bürgertum ebensowenig wie sonst im Reiche. Äußerlich ist die gesamte Landesverwaltung jetzt auf einer Gemeindeverfassung aufgebaut: mit einem Rat und mit gemeinen Beamten. Das offene Land gehört als Territorium stets zu einer Civitas. Für die gesamte Landesverwaltung ist diese Stadtverwaltung die lokale Organisation. Die Polizei wird von städtischen Beamten geübt, und die gesamte Steuererhebung geschieht durch die Stadtgemeinde. Das sieht äußerlich aus, als hätten die Römer die ägyptische Bevölkerung zu einer Autonomie herangezogen. In Wirklichkeit verbirgt sich hinter der griechischen Stadtverfassung nur das bekannte System des Druckes auf das städtische Bürgertum. Rücksichtslos werden Leute von kleinem Einkommen, die bisher mit belastenden Hilfsdienstämtern verschont wurden, zu solchen Ämtern herangezogen. Der einzelne Be-

amate haftet nach römischem Prinzip dem Staat dafür, daß der Staat keinen Schaden von der Verwaltung hat. So haften die Steuerbeamten für die richtigen Steuereingänge. Wenn Hintz und Kuntz die Steuer nicht bezahlen können, hat der Steuereinnehmer sie selbst zu erlegen. Unter diesem Drucke ist der Mittelstand zusammengebrochen, nachdem durch den Niedergang der antiken Wirtschaft schon ein allgemeiner Rückgang der Einkommen stattgefunden hatte. Die Folgen treten in ergreifender Schärfe durch die Urkundenüberlieferung hervor. Wer die staatlichen Hilfsdienstlasten nicht mehr tragen kann, tritt zwei Drittel seines Vermögens an die Gemeinde ab, um selbst frei von der Last zu werden. Zahlreiche Personen, die den Druck nicht mehr aushalten, flüchten sich aus dem Staat heraus und gehen in die Wüste. Das ist ganz wörtlich zu verstehen. Im 1. Jahrhundert können wir wohl beobachten, daß der Bauer, weil er zu scharf herangenommen wird, vom Pfluge flieht und sich aus seinem Dorfe irgendwo in die Wüste rettet. Das nennt man *ἀναχωρεῖν*. Jetzt im 4. Jahrhundert tritt dieselbe Erscheinung in den Landstädten überall auf. Die Kirchengeschichte erzählt uns von der Entstehung des ägyptischen Mönchtums. Immer wieder wird geschildert, wie ein frommer Mann aus der Stadt in die Wüste geht, nachdem er seinen Teil des Vermögens unter die Armen teilte. Das heißt auch *ἀναχωρεῖν*, und wir können sicher sein, daß unter den ägyptischen Mönchen eine ganze Reihe von Drückebergern des überscharfen Hilfsdienstes sind, welchen der Staat der ägyptischen Bevölkerung auferlegt. Durch diese Verarmung der hellenisierten bürgerlichen Gesellschaft sinken zahlreiche Kreise zurück in die soziale Lage der eingeborenen Bevölkerung. Es ist sehr bezeichnend, daß im 5. Jahrhundert Unterschiede des Personenstandes und des Personenrechtes, wie in älterer Zeit, gar nicht mehr nachweisbar sind. Durch den Druck von oben zerrieben, ging die Bevölkerung, welche noch hellenistische Kultur trug, in der großen Menge unter.

Andererseits ist das Griechentum in Ägypten schwer geschädigt worden durch die innere Zersetzung des römischen Staates, welche in der zweiten Hälfte des 5. Jahrhunderts nach Chr. schon vollkommen ist. Es würde zu weit führen, hier die einzelnen Tatsachen zu schildern, aus denen wir ersehen, wie am Ende der antiken Welt eine neue Grundherrschaft in Ägypten entsteht. Sie hängt zusammen mit dem seit dem 4. Jahrhundert sich auch in Ägypten breit machenden neuen Patronatswesen. Da der Staat die ganze Bevölkerung unvernünftig bedrückte, suchen sich die Unterdrückten zu helfen durch eine Schutzorganisation. Der einzelne steht sich gut mit einem mächtigen Mann. Offiziere, Beamte, mächtige Bauern finden sich, um dem einzelnen gegenüber der Steuerverwaltung insbesondere, aber auch gegen den Richter Schutz zu gewähren. Für dieses Treuverhältnis zum mächtigen Mann tritt der

Privateigentümer, der auf dem Grundstück sitzt, dem Schutzherrn seine Grundstücke ab und sitzt dann als Pächter im eigenen Lande. Die Schutzherrn übernehmen es, dem einzelnen eine Erleichterung gegen die Steuerlast zu schaffen und helfen dem einzelnen, sich möglichst vor dem staatlichen Hilfsdienst zu drücken. Für diese persönliche Sicherheit geht der einzelne eine Abhängigkeit ein. Der Staat hat versucht, gegen dieses Schützlingswesen anzugehen. Er war machtlos. Schon am Anfang des 5. Jahrhunderts muß der Staat diese Entwicklung anerkennen. Er macht nur noch den mächtigen Mann, den Possessor oder Potentior, für die Grundsteuern verantwortlich. Er legt den Grundbesitzern die Haftung für die Gestellung der Hilfsdienstpflichtigen auf. Vergebens wird verboten, daß die Prozeßpartei Forderungen, welche sie selbst durchsetzen will, an ihren mächtigen Schutzherrn abtritt. In Ägypten bedeutet diese Entwicklung gleichzeitig eine Zersetzung der städtischen Autorität, ein Kampf des offenen Landes gegen die Stadt. Bei diesem hat die Stadt und damit das hellenistische Bürgertum den kürzeren gezogen. In der zweiten Hälfte des 5. Jahrhunderts kommt es zu einer neuen Organisation der Landbezirke, welche die Stadtverbände allmählich ganz zersetzen. In diesem Kampf von Stadt und Land steht die griechische Kultur auf der falschen Seite, weil sie gleichzeitig das eingeborene Christentum gegen sich hat. So vermehren sich in unserem Urkundenmaterial im 5. und 6. Jahrhundert die koptischen Urkunden, und in der griechischen Urkunde findet sich sehr oft eine stümperhafte Sprache, die überall auf die zugrundeliegende ägyptische deutlich zurückgeht. Korrektes Griechisch schreiben eigentlich nur noch die Kanzleien der Verwaltung, die Militärkolonien und die großen Gutsverwaltungen. Es bedeutet wenig, daß daneben noch kleine Kreise Interesse für die griechische Literatur haben, und daß dieselbe Welt, die sich in Konstantinopel für Philologie interessiert, auch in Ägypten nachweisbar ist. Unter JUSTINIAN müssen die Steuer- und Sporteltarife auf Ägyptisch publiziert werden. Das Volk steht im Gegensatz zur byzantinischen Verwaltung. Dieser Gegensatz ist ein wirtschaftlicher gegen den aussaugenden Staat und gegen die kleine Gruppe der Großgrundbesitzer. Er ist ein religiöser, weil die Kopten monophysitischen Bekenntnisses sind, während die Reichsbeamten der kaiserlichen Orthodoxie anhängen. So brach das byzantinische Regiment über Nacht zusammen an der inneren Schwäche, nicht anders als die russische Monarchie von gestern, die dem byzantinischen Staat in ihrem ganzen Regierungssystem geistig verwandt ist. Schon bevor die Araber einfielen, haben in Ägypten zehn Jahre lang persische Scharen gehaust, und es ist vielleicht mehr als ein Zufall, daß wir aus diesen 10 Jahren keine Spur des Griechentums mehr in Ägypten haben.

Ich schließe. Können wir aus dem Schicksalsgang der griechischen

Kultur in Ägypten während der Kaiserzeit etwas für unser eigenes Leben lernen? Das Jahrtausend vom Alexanderzug bis zur arabischen Herrschaft ist ein interessantes geschichtliches Beispiel für die ewige Wahrheit des Dichterworts aus der Braut von Messina:

„Die Eroberer kommen und gehen,  
Wir gehorchen, aber wir bleiben stehen.“

Das griechische Volkstum hatte durch die Einwanderung Ägypten nicht zum griechischen Lande zu machen vermocht, das römische Reich mit seinem Regierungssystem hatte trotz vorübergehender Wirkung die Ägypter nicht der hellenistischen Kultur angeschlossen. Was in Ägypten nicht gelang, ist uns Deutschen zwischen dem 12. und dem 19. Jahrhundert in den slavischen Gebieten des deutschen Ostens gelungen, aber nur, weil ein Volk von Bauern Millionen der Seinen unter den Undeutschen heimisch werden ließ und mit der Arbeit und dem Blut von Generationen einen eroberten Boden sich innerlich zu eigen machte.

## 5. Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte II.

Das Manuskript bildet die unmittelbare Fortsetzung der Abhandlung in Sav. Z. 42, 227ff. Es scheint zugleich mit diesem niedergeschrieben (wenn auch später überarbeitet) zu sein, da es auch das bereits Veröffentlichte wörtlich enthält. Die hier an erster Stelle abgedruckte andere Einleitung läßt sich nicht in ein zeitliches Verhältnis zu diesem Manuskript bringen.

FRITZ PRINGSHEIM.

### A. Andere Einleitung.

Rechtsregeln wie die von der Nichtigkeit des Scheingeschäftes leben nicht, naturrechtlichen Vorstellungen gleich, im Unterbewußtsein der Völker. Sie haben zur Voraussetzung, daß einerseits ein technisch hochentwickeltes Notariat erst die Gesetzgebung so weit geführt hat, daß in die Urkundenerrichtung das maßgebliche Moment für das Zustandekommen von Schuldverträgen und Übereignungen verlegt wird, daß die Urkunde als allein maßgebende Willenserklärung der Partei aufgefaßt werden kann. Es muß andererseits eine gelehrte Jurisprudenz ein Lehrgebäude für das juristische System entworfen haben, das in der Mannigfaltigkeit der verschiedenen Rechtsgeschäfte den Oberbegriff des Vertrages herausgearbeitet hat, und es muß die Lehre gelten, daß es für den gültigen Vertragsschluß auf den ernststen Willen ankommt, so daß eine ausdrückliche Erklärung der Parteien, der eine Täuschung über die wahre Willensrichtung gegenüber steht, als nichtig betrachtet wird. Diese Voraussetzungen sind aber im 2. Jahrhundert nach Chr. keinesfalls gegeben. Es ist allgemein zu sagen, daß die Klassiker den ganzen Gedanken des Rechtsgeschäftes wie des Vertrages im modernen Sinne nicht gekannt haben<sup>1</sup>. Selbst in der Behandlung der Schuldverhältnisse ist der Vertragsgedanke nur<sup>2</sup> bei den Konsensualkontrakten erfaßt: da kamen Verträge durch erklärten Parteikonsens zustande. Aber es fehlt der allgemeine Kontraktsbegriff der Byzantiner. Wenn der Klassiker vom *contractus*

---

<sup>1</sup> MITTEIS, Röm. Priv.Recht S. 136ff.; BONFANTE, Riv. di dir. comm. 1920, 350ff. [Scritti giur. 3, 135ff.]

<sup>2</sup> PEROZZI, L'obbligazione (1902); BETTI, Sul signific. di *contrahere* in Gaio (1912) S. 3f.

spricht, ist als Entstehungsgrund der zivilen Obligation nur die freiwillige Handlung der mehreren Personen, das Synallagma<sup>3</sup>, negotium, aufgefaßt, es fehlt jede Vorstellung, daß zwei Willen auf dasselbe Ziel, noch dazu auf eine rechtliche Verpflichtung gerichtet sein müssen.

Das wird vor allem durch die sabinianische Lehre bei der Haftung aus Empfang (contrahere re) klar: ARISTO hat nicht bei der *condictio* wegen Nichteinhaltung des Zweckes, der bei der Hingabe vereinbart war, von Synallagma gesprochen, JULIAN spricht vom negotium bei der Zahlung der Nichtschuld, die kondiziert werden kann (D. 12, 6, 33: *aliquid negotii*); die *tutoris auctoritas* wird auch zu der obligatio bei dem Bereicherungsansprüche gegen den pupillus für notwendig erachtet: D. 26, 8, 13. JULIAN gehört offenbar zu den *quidam* bei Gai. 3, 91. Endlich macht es bei der Ratihabition der Zahlung an den procurator des vermeintlichen Gläubigers einen Unterschied, ob die Zahlung freiwillig, ohne Prozeß erfolgte. Dann kann ein negotium genehmigt werden und tritt die Haftung des dominus selbstschuldnerisch ein: *ratihabito constituet tuum negotium* (D. 3, 5, 5, 11: PEDIUS; D. 46, 8, 22 pr.: JULIAN); aber dagegen gibt es bei unfreiwilliger Zahlung an den Kläger (procurator nach *litiscontestatio*) für den vermeintlichen Gläubiger keine Möglichkeit zur Ratihabition, wenn auch dem procurator selbst [. . .]. Durch diese Tatsache ist offenbar, daß die Klassiker die Unterscheidung der obligatio quae fit ex verbis, literis, consensu noch ohne einen Kontraktsbegriff, in dem die übereinstimmenden Willen, die sich auf den Vertragsinhalt richten, als gemeinsames Moment der zivilen Schuldverträge erkannt sind, gebildet haben. Dieselbe Tatsache, daß erst die Späteren diesen Begriff haben, wird jetzt durch RICCOBONOS Studien zur Stipulation deutlich (Dal dir. class. al dir. mod. 291. 313. 637. Le forme della stipulatio a proposito del fr. 35, D. 45, 1, Bull. 31 (1920) S. 1, S. 11 f. Das Weitere SZ. 35, 241 ff.). PRINGSHEIMS Darstellung von der Lehre vom Geschäftswillen im röm. Recht (Z. Sav. St. 42, 273 ff.) hat den Beweis erbracht, wie systematisch die der modernen Dogmatik geläufige Auffassung vom rechtsparteilichen Willen den Pandekten auferlegt wurde, und FRITZ SCHULZ glaubt annehmen zu können, daß die grundsätzliche Auffassung, daß das erzwungene Rechtsgeschäft nichtig sei, erst der späten Theorie angehöre (Z. Sav. St. 43,

<sup>3</sup> Die Erwähnung halte ich in D. 2, 14, 7, 2, D. 50, 17, 18, die beide sonst sicher interpoliert sind, für echt, trotz BESELER, DE FRANCISCI, ALBERTARIO. Synallagma ist, wie schon für Archytas (DIELS, Vorsokratiker [4 I (1922) 336]) bei Arist. Eth. Nicom. und den Glossaren (*commercium*) das freiwillige Zusammenwirken. Als erfreuliche Bearbeitung begrüße ich BONFANTE, Riv. di dir. comm. 18 (1921) p. 356 A. 5 S. S. Als Rechtsfolge des Synallagma stand bei ARISTO in D. 2, 14, 7, 2 wohl die *condictio* als zivile Rückforderung des Geleisteten in dem Satz, welcher in D. 2, 14, 7, 2 überarbeitet ist.

202 ff.). Die Lehre vom Geschäftswillen kann über BESELERS Nachweise hinaus als überarbeitet erwiesen werden. Die ganze Lehre vom „reinen Willen“ (*καθαρὰ προαίρεσις*) kam in die Rechtsquellen erst hinein, als die Lehrer von Berytos zusammen mit den Zeitgenossen der Theologenschule von Antiochia ihre Kunstsprache und ihre Psychologie dem ARISTOTELES entnahmen, der zuerst die Idee der *προαίρεσις* entwickelt hatte . . .

Durch eine Doktrin der Klassiker ist also sicherlich die Rechtsregel, daß das Scheingeschäft nichtig sei, nicht angeregt worden. Im positiven Recht fehlte der Anlaß, die Regel auszusprechen. Das soll erwo-gen werden 1. durch Hinweis auf die Tatsache, daß die Dispositivurkunde sowohl als Perfektionsmoment für den Abschluß des Vertrages wie als maßgebende Formulierung für den Inhalt des Schuldvertrages den römischen Juristen fremd war, 2. daß die Auslegung der Rechtsgeschäfte von der Frage ausging, ob die äußeren Termini des Geschäftes der Urkunde entsprechen, aber auf den Inhalt der Parteierklärung kein Wert gelegt ist, 3. daß die Umgehungsgeschäfte daher auf ganz anderer Grundlage in der klassischen Periode durch Prätor und Juristenlehre bekämpft werden, als in der justinianischen Gesetzgebung.

## B. Hauptmanuskript.

### IV.

Das klassische Recht brauchte die Fragestellung nach dem Scheingeschäft nicht. Es fehlten ihm sowohl in der Ausgestaltung der Urkunden, wie in der Lehre von der Gesetzesumgehung die Voraussetzungen, welche in der spätrömischen Rechtslehre die Regel unentbehrlich machten.

Das klassische Recht brauchte den Satz von der Nichtigkeit des Scheingeschäftes nicht. Denn es hatte nicht die byzantinischen Rechtsurkunden auszulegen, welche an der Spitze versichern, daß der Vertragsinhalt dem freien, unbeeinflußten Willen der Partei entspreche, ohne Willensmangel und ohne *περιγραφή*, d. h. ohne Gesetzesumgehung, (*circumscriptio*) [cf. . . .] zustandegekommen sei.

Die Klassiker haben ihr festes Schulsystem, nach welchem die Voraussetzungen der Konsensualkontrakte bestimmt werden: der Kauf liegt vor, wo *de pretio convenerit*. Für die *locatio conductio* gilt der Satz: *nisi merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*. War kein Preis, kein Mietgeld vereinbart, so konnten die Parteien zwar von *venditio* und *locatio* sprechen, im Rechtssinne lag sie nicht vor. Dann war das Geschäft nur „formulärmäßig“ Kauf oder Miete (*imaginaria venditio, imaginaria locatio*)<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Diese Bedeutung von *imaginarius* hat schon RABEL hinreichend klargestellt, ohne allerdings die Konsequenz nach dem „Scheingeschäft“ hin zu ziehen. (Z. Sav. St. 27, 300f.) D. 19, 2, 46; D. 50, 17, 16; D. 44, 7, 54. Vgl. Z. Sav. St. 42, 257, 261, 263.

Die Simulationsabrede über den Preis schließt, weil sie die Preiszahlung wegbedingt, den Kauf aus: D. 18, 1, 36<sup>5</sup>. Für die Stipulation kam die Frage des Scheingeschäftes überhaupt nicht in Betracht. Waren die verbalen Obligationen entstanden, so konnte eine Simulationsabrede nur in Gestalt der *exceptio pacti* oder *doli* oder *non numeratae pecuniae* geltend gemacht werden (Cod. 4, 2, 6, 1; 4, 30, 3). Wo das Scheingeschäft, das zur Täuschung Dritter vorgenommen wurde, nach der modernen Lehre nichtig ist, kennt der Klassiker diese Frage anscheinend überhaupt nicht. Er schützt den Dritten gegen die Scheinmanöver, sei es durch die *bona fides*-Auslegung im *bonae fidei iudicium*, sei es durch *actio* oder *exceptio doli* oder ähnliche Mittel, die ähnlich wie bei dem Scheingeschäft auch bei der Kollusion des Vertreters mit dem Dritten zustehen<sup>6</sup>.

*Bona fide gestum*: unter diesem Gesichtspunkt wird manchmal der Gegensatz zu dem Geschäft gesehen, aus dem, weil es nicht *bona fide* geschlossen ist, nicht geklagt werden konnte. Dieses letztere ist ein „unehrliches“ Geschäft, unehrlich wohl, weil das Geschäft als Umgehungsgeschäft gegen ein Verbotsgesetz vorgenommen wurde<sup>7</sup>.

Bei den Klassikern fehlt für eine Theorie des Scheingeschäftes der Boden, weil nach zwei Richtungen hin die klassische Rechtsauffassung sich in den für das Scheingeschäft in Betracht kommenden Fragen von der byzantinischen Rechtsauffassung des 5./6. Jahrhunderts unterschied. Im Recht der Byzantiner wie in unserem Recht ist der Gedanke durchgeführt, daß das schriftliche Vertragsversprechen (abgesehen von der Unterschrift und Kompletion der Urkunde) den Vertrag neu formt. In solchen Dispositivurkunden gilt zunächst die schriftliche Erklärung. Das war ebenso die Rechtsauffassung des Hellenismus gewesen, wie es im *instrumentum confessionatum* der italienischen *statuta* und in den neueren Dispositivurkunden des englischen Rechts mit dem Wort hervortritt, daß nur der Urkundeninhalt gilt, so daß die Parteien nicht einmal beweisen durften, daß Abweichendes von der Urkunde gewollt und vereinbart sei. Bei solchem Vertragsschluß unter notarieller Erklärung liegt der Gedanke immer nahe, daß die Urkunde ein Simulationsmanöver enthält, wie wir aus der Postglossatorenpraxis erfahren, die trotz dispositiver Urkunden und trotz der Sanktion, welche den Gegenbeweis gerade ausschließt, doch die Simulationseinrede als erheblich ansieht.

Aber man versteht, wie gerade die Reskriptenpraxis den Satz von

<sup>5</sup> Schenkungsrecht, vgl. Z. Sav. St. 42, 264ff.

<sup>6</sup> D. 3, 3, 34; Vat. Fragm. 13; D. 19, 1, 49; D. 18, 2, 4, 5; 14 pr.; Cod. 5, 17, 3 (a. 290).

<sup>7</sup> D. 24, 1, 7, 6 u. 7 bei der *donatio*; D. 26, 8, 5, 3 u. 4 beim Tutor, der vom Mündel erwirbt; D. 49, 16, [8(?)] [oder D. 49, 14, 46, 2?]; Gnomon § 70.

der Nichtigkeit des simulierten Geschäftes beobachtet: plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur (Cod. 4, 22 Titel). Wenn zu der neuen strikten Entscheidung der Gedanke hinzutritt, daß man in der Urkunde zunächst eine Willensäußerung der Parteien erblickt, daß über den Vertragsinhalt nach ihrem Willen hinausgegangen werden solle [?], war die Grundlage für den Satz der Späteren gegeben.

Ähnlich steht es dort, wo die Späteren nichtiges Scheingeschäft annehmen, bei der Umgehung von Verbotsgesetzen. Die Klassiker haben auch hier den Gedanken an ein nichtiges Scheingeschäft offenbar nicht gehabt. Wir dürfen nach den Untersuchungen ROTONDIS, PACCHIONIS und LEWALDS, die dreimal das Material nachgeprüft haben, sicher sein, daß es bei den Klassikern die Unterscheidung zwischen den wegen Verstoßes gegen das Verbot nichtigen Geschäften und den wegen Gesetzesumgehung nichtigen Geschäften gar nicht gab. Agere contra legem als Handeln gegen das Verbot, agere in fraudem legis als Handeln gegen den Sinn, die Absicht, den Gedanken des Gesetzes unterscheiden die Byzantiner in der Schule von Berytos. Vielleicht sind sogar die klassischen Stellen, welche das agere contra legem und das agere in fraudem legis unterscheiden, erst danach interpoliert. Jedenfalls ist fraus legi facta in dem historischen Material gar kein scharfer Begriff, der etwa das vom Gesetz nicht verbotene Umgehungsgeschäft bezeichnete. Soviel hat ROTONDI mindestens erwiesen, daß unter agere in fraudem legis vielfach das Zuwiderhandeln gegen den Wortlaut des Gesetzes verstanden wurde<sup>8</sup>. In der Behandlung der Gesetzessprache ist die alte Jurisprudenz notwendigerweise enger und gehorcht dem Wortzwang der Gesetze mehr als die Klassiker des 2. Jahrhunderts. Es kann auf ROTONDI verwiesen werden für dessen Material der republikanischen und der augusteischen Gesetze, der Beurteilung durch die Jurisprudenz<sup>9</sup>. Die Gesetzesworte [...] waren noch alles; was nicht unters Gesetz fällt, bleibt unverboden. ROTONDI hat mit Recht geschildert, wie erst die großen [...], eben weil die alte Jurisprudenz keine großzügigen Auslegungsregeln kennt, welche die Rechtsordnung gegen den Schleichweg verteidigen. Gerade auf diesem Gebiete zeigt es sich, wie wenig das oberflächliche Urteil zutrifft, welches der neuen Jurisprudenz eine solche rechtsaufbauende Macht nicht zutraut. Es liegt da ein Zeugnis des 1. Jahrhunderts vor für eine Lehre, [...] nach der jedes Geschäft, das der öffentlichen Ordnung widerstrebt, als nichtig zu behandeln ist.

Immerhin hat sich im 2. Jahrhundert eine freiere Handhabung der gesetzlichen Verbote gegenüber dem zuwiderhandelnden Geschäft herausgestellt. Die Senatuskonsulte des 1. Jahrhunderts gaben für die

<sup>8</sup> ROTONDI, Gli atti in frode alla legge p. 66ff.

<sup>9</sup> fraus legi [...] Cod. 4, 56, 3.

Behandlung dadurch ein anderes Bild als die Volksgesetze, daß hier die *verba concepta* das Verbot gerade voraussetzen. Der Prätor hatte es infolgedessen in der Hand, bei den *sc. Velleianum* und *Macedonianum* die *exceptio* auch für solche Fälle zu geben, in denen das *sc.* nicht dem Wortlaut nach, aber der Tenor des Senatsbeschlusses getroffen wurde. Wenn die Frau für den Mann sich nicht selbst verpflichtet, sondern einen, der nicht ihr Schuldner war, *ad fraudem delegiert*, hat dieser die *exceptio senatusconsulti Velleiani: fraus senatusconsulto facta videbitur et ideo exceptio datur* (D. 16, 1, 8, 6). ROTONDI meint, daß hier wegen Simulation die Verpflichtung des Dritten nichtig sei. Aber dazu liegt kein Grund vor. Andere meinen, daß hier ein Fall des nichtigen *agere* in *fraudem legis* vorliege<sup>10</sup>. Aber im Kommentar des ULPIAN *ad edictum* ist wohl erkennbar, daß es sich um eine andere als die ediktale *exceptio* handelt. Derselbe Fall ist in fr. 32, 3 von POMPONIUS behandelt. ROTONDI nimmt diese Stelle als echt. Ich finde die Unterscheidung zwischen dem Wissen und Nichtwissen des Gläubigers bedenklich, beachte die Bemerkung von BESELER<sup>11</sup> über *hoc agere ne, glaube, daß der Endsatz mandati me agentem cum mulieri excludendum esse* nach dem vorhergehenden Satze (*excludendum eum exceptione . . .*) gebaut ist<sup>12</sup> und meine, daß bei dem Klassiker nichts von der Unterscheidung, sondern nur etwas von der *exceptio* stand, welche dem Beauftragten der Frau gewährt wurde. Der ganze Umgehungsdolus ist in der Stelle wohl interpoliert. Der Klassiker sah ebenso wie in dem ersten Satz einfach einen Fall, in welchem die *exceptio* gegeben wurde wegen Verstoßes gegen das *Senatusconsultum*. Eine besondere *exceptio fraudis senatusconsulto factae* neben der *exceptio Senatusconsulti Vell.* wird durch die Stelle *m. E.* nicht erwiesen. Dieselbe *exceptio Senatusconsulti* gibt ULPIAN-PAPINIAN in D. 16, 1, 6. Wenn man auf diese Weise annimmt, daß die normale *exceptio sc. Velleiani* auch gegen die Umgehungsgeschäfte durch Beiziehung eines Dritten gewirkt habe, wird die Auffassung sicher, daß in der allgemeinen Stelle, die vielleicht von den Kompilatoren als Regelentscheidung angesprochen werden sollte, D. 16, 1, 29, 1<sup>13</sup>, die „in *fraudem senatusconsulti excogitata*“ einfach als direkter Verstoß gegen das *sc.* gefaßt wurden. Nach justinianischem Recht wird sich das Fragment nur auf die „Umgehungshandlung“ beziehen, die erst durch die Interpolation von dem direkten Verstoß unterschieden wurde.

Bei dem *sc. Macedonianum* ist die Lage ähnlich. Der Wortlaut verbot die Klage desjenigen, *qui filio familias mutuam pecuniam dedisset*.

<sup>10</sup> BRINZ, *Pand.* II, 375; NEFF, *Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta*, Berlin 1892, p. 102. <sup>11</sup> *Beitr.* 3, 100.

<sup>12</sup> cf. BIONDO BIONDI [*Judicia bonae fidei* I (*Ann. Pal.* 7) 3ff.] über die *exceptiones der iudicia bonae fidei*.

<sup>13</sup> cf. ROTONDI p. 96; PACCHIONI p. 5; LEWALD, *Z. Sav. St.* 33, 592.

D. 14, 6, 7, 3 erwägt den Fall, daß Gattungssachen zur Versilberung gegeben sind, deren Erlös als Darlehen geschuldet werden soll. Für diesen Fall soll dem filius geholfen werden, unbekannt wie. Jedenfalls ist die *actio empti* wohl ausgeschlossen. Andere Kontrakte des Haussohnes fallen nicht unter das Verbot (D. 14, 6, 3, 3)<sup>14</sup>. In D. 14, 6, 7 pr. hat JULIAN-ULPIAN die *exc. sc. Macedoniani* für den Fall anerkannt, daß der Haussohn sich für das Darlehen verbürgt, während er es selbst nehmen will. Hier wird anscheinend die normale *exceptio sc. Macedoniani* gegeben<sup>15</sup>. Fr. 7 § 1 enthält den neuen Fall, daß der Sohn und ein Dritter sich in gesamtschuldnerischem Versprechen verpflichten, daß das Geld nur dem filius zugute kommen soll. Hier heißt es „*utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam*“. ROTONDI Versuch ist gegenüber der Stelle verzweifelt. ROTONDI versucht anzunehmen, daß die *fraus senatusconsulti* sich hier in ein Scheingeschäft auflöse, es liege fingierte *interpositio* einer Person vor. Aber mit solcher Begründung ist nicht zu helfen, da die *fraus* als Denkform der *Simulation* eben kein klassisches Recht ist und die *interpositio personae* eben nur bei der Praxis der Verbotsgesetze als Nichtigkeitsgrund vorkommt. Man wird glauben dürfen, daß die Juristen entweder die *exceptio* anerkannten, weil keine Darlehensverpflichtung zunächst in Frage stand, oder sie, weil der Haussohn das Darlehen erhalten sollte, bejahten: „*utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam*“ wird auf Interpolation beruhen. *Exceptionem dare adversus fraudem* ist schon dem Worte nach verdächtig<sup>16</sup>, da ja nicht nur die *fraus*, sondern das Manöver vereitelt wurde[?], das zur Umgehung des Senatsbeschlusses unternommen wurde. Die Byzantiner wollen hier ihren Schulfall: *contra legem* — in *fraudem legis* zur Geltung gebracht haben. Bei Auslegung der Verbotsgesetze trifft die klassische Praxis, um das Verbot durchzusetzen, auch den Schleichweg, der mit dem Strohmann anstatt mit der dem Verbot unterstehenden Person arbeitet, mit Nichtigkeit.

Daß eine Veräußerung ohne *decretum* des Prätors bei *praedia rustica* und *suburbana* verboten ist, beruht auf der *oratio Severi*. Handelt der Vormund anders, als es das prätorische *Decretum* voraussetzte, so war die Veräußerung nichtig (D. 27, 9, 7, 3). Darum wird nach dem *senatusconsultum*, d. h. der *oratio* (cf. ALBERTARIO, *scritti Chironi* 1913 S. A. p. 5) entschieden, daß die Veräußerung an einen Strohmann, durch welchen

<sup>14</sup> Interpoliert ROTONDI p. 97; PACCHIONI, *R. di dir. comm.* 9, S. I, S. 5 *quod ita demum* — in *mutui vicem*. Zur Interpretation cf. ROTONDI p. 102.

<sup>15</sup> Nach klassischem Recht wird sie auch für die sonstigen Fälle des *Zu widerhandels* gegeben sein, ob sie durch Wortlaut oder Sinn des *sc.* erreicht wurden [?].

<sup>16</sup> Sicherlich nicht durch Zufall steht ein ähnlicher Begriff, der den durch die *exceptio* erzielten [?] Zweck [?] bezeichnet, nur hier; beachte *dare exceptionem adversus* (cf. VIR. 1, 278, 28: *adversus*).

der Vormund das Grundstück sich selbst sichert, nichtig sei, D. 27, 9, 9: *fraus et dolus contra senatusconsulti auctoritatem et fidem tutori commissam* ist hier begangen. Abgesehen vom Anwendungsbereich der *ratio Severi* wird dieselbe Entscheidung nur auf die Nichtigkeit des Kaufes und der Übertragung, die ohne *fides bona* erfolgt sei, gegründet (26, 8, 5, 3 und 4). Eine Argumentation aus dem Charakter des Scheingeschäftes liegt der Stelle fern. Der zivile Satz über die Nichtigkeit des in rem suam agere des Vormundes hat zu der Entscheidung geführt. Bei dem Kauf des Statthalters in der Provinz ist derselbe Rechtsgrundsatz wahrscheinlich gegeben: die *mandata* verboten das Zinsdarlehen und den Kauf in der Provinz. Die Reskriptenpraxis (D. 49, 16, 2 [gemeint ist wohl D. 49, 14, 46, 2]); *Gnomon* § 70; *Cod.* 4, 2, 3) hat daraus auch die Unwirksamkeit des Geschäftes gefolgert, welches der Treuhänder des Statthalters für diesen schließt. Auch hier mischt sich die Vorstellung ein, daß beim Handeln gegen das Verbotsgesetz eine *mala fide gestio* vorliegt. Daß die Klassiker immer in dem Handeln der *supposita persona* notwendig ein Scheingeschäft gefunden hätten und deswegen Nichtigkeit aller Strohmännsgeschäfte angenommen hätten, ist zu bestreiten und einfach nicht zu erweisen. Es gibt doch Fälle gültiger Geschäfte mit der *supposita persona* cf. D. 46, 3, 91; D. 17, 1, 21, 3; D. 24, 1, 11, 6. 7. 8., wo der Gläubiger sich den Schuldübernehmer mitbringt, der gegen den Willen des Schuldners übernimmt. Aber richtig ist, daß das Strohmännsgeschäft, durch welches ein Verbotsgesetz umgangen wird, von den Klassikern als nichtig erachtet wird, was m. E. einfach auf der freien Auslegung der Gesetze nach *vis et potestas*, d. h. nach der Interpretation [?] beruht. Es gilt hier zu sehen, wie die klassische Rechtspraxis und die nachklassische Lehre, die für eine weniger strenge Rechtspraxis arbeitete und daher ausdrücklich Normen für ungesetzliche Geschäfte durch *supposita persona* nötig hatte, sich unterschieden<sup>17</sup>.

Durch ein besonderes Reskript aus der Zeit Marc Aurels muß die Freilassung von Sklaven, die im Strafprozeß zu dauernder Kerkerhaft verurteilt worden sind, oder denen der Eigentümer die dauernde Unfreiheit auferlegt hat, verboten worden sein (*Cod.* 7, 12, 1 und 2); die Veräußerung an einen Käufer, der selbst freilassen soll oder den Sklaven auf freiem Fuße tatsächlich lassen soll, ist daher auch unwirksam (*Cod.* 7, 12, 2, 2). Der Pfandgläubiger muß, wenn er das *ius distrahendi* hat, nach klassischem Recht, dessen Gedanke nicht durchsichtig ist, die Sache verkaufen. Er darf das Pfand nicht behalten. Ein Verkauf an einen Strohmänn, damit dann der Pfandgläubiger das

<sup>17</sup> Für das gemeine Recht nach den Postglossatoren cf. BALDUS zu *Cod.* 4, 2, 3; CEPOLA cf. *Z. Sav. St.* 42, 227 A. I, WINDSCHEID, *Pand.* I § 70; BRINZ-LOTMAR *Pandekten* (1892) 4, 439f.

Pfand selbst behalte, ist daher unwirksam (Cod. 8, 27, 10; Paul. sent. II, 13, 4). In allen diesen Fällen bedarf es keines besonderen gesetzlichen Verbotes des Umgehungsgeschäftes. Die klassische Praxis legt das Verbotsgesetz hier überall weit aus.

Ein besonderer Blick ist auf die Verbote zu werfen, welche dazu führen, daß Geschäfte, die ihrem Formular nach nicht unter das Verbot fallen, als nichtig wegen Verstoßes gegen das Verbot behandelt werden. Die Byzantiner und die mittelalterlichen und neuzeitlichen Erben der römischen Juristenentscheidungen sprechen von Scheingeschäft und verdecktem Geschäft; so, wenn der Kauf zwischen Ehegatten wegen Schenkungscharakters als unwirksam behandelt wird, oder wenn das Verbot der Soldatenehe in Ägypten dazu führt, daß der Depotvertrag, der zur Nachbildung des ägyptischen *ἄγραφος γάμος* an Stelle der landrechtlichen *συγγραφή τροφίτις* geschlossen wird, als *προῖξ* für nichtig erklärt wird. Gerade für diesen Fall ist die byzantinische Definition der Simulation offenbar der klassischen Dolus-Definition nachgebildet. Zu D. 18, 1, 36 findet sich in der Synopsis p. 190 ein Scholion f. Fabr. II 379, HEIMBACH II, 263:

*Ἡνίκα τις πιπράσκων δολίζει τίμημα δωρεᾶς χάριω, οὐχ ὡς μέλλον ἀπαιτεῖν, ἢ πράσις οὐκ ἔρρωται, διὰ τὸν κανόνα τὸν λέγοντα, ὅτε τις ἄλλο πράττει καὶ ἄλλο τι προσποιεῖται, οὐδὲ ὁ πράττει, δοκεῖ ἔρρωσθαι.*

Bei den Klassikern ist der Vorgang nicht so, wie er hier erscheint, daß das Scheingeschäft wegen Mangels der Ernstlichkeit, wegen Simulation, das verdeckte Geschäft aber wegen Verstoßes gegen das Schenkungsverbot nichtig ist, sondern es ist die Auffassung, daß das Schenkungsverbot durchgesetzt wird, und daß jede rechtsgeschäftliche Handlung, welche das Verbot vereitelt, ohne Rücksicht auf die Willensfrage und die Ernstlichkeit des Geschäftswillens nichtig ist. Im Verstoß gegen das Schenkungsverbot, nicht in der Simulationslage ist die klassische Entscheidung begründet.

Daß die deutlichen Spuren der Lehre vom Scheingeschäft, welche der Digestenbestand bietet, interpoliert sind, wurde oben ausgeführt. Die klassische Auffassung zeigt der Sabinuskommentar ULPIANS, die der Digestentitel 24, 1 enthält. Durch zwei Bücher des Sabinuskommentars zieht sich die Darstellung, von der wir dank der Palingenesie ein annäherndes Bild gewinnen können. Der gewohnheitsrechtliche Satz, der von der augusteischen Gesetzgebung nur bestätigt wird, ist von der Rechtswissenschaft im Interesse der Durchführung der Schenkungsverbote auf die Schenkungen der beiderseits nahestehenden Verwandten ausgedehnt worden (D. 24, 1, 3, 5—7), ohne daß eine Andeutung möglicher Scheingeschäfte gegeben wird. Daß der Vollzug der Schenkung durch einen Dritten an der Schenkung zwischen den Gatten nichts ändert<sup>18</sup>, ist

<sup>18</sup> In D. 24, 1, 3, 9 (LENEL-ULP. 2763) ist sed nec per interpositam personam

logische Konsequenz aus dem Schenkungsverbot, nicht aus einer Theorie der Scheingeschäfte. Die Unwirksamkeit der *donationis causa* vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird nicht auf die Frage des wahren Willens zurückgeführt: JULIAN-ULPIAN D. 24, 1, 5, 5 — D. 24, 1, 7, 4. 5. 6. Überall kommt es nur auf das Vorliegen der unentgeltlichen Bereicherung bei dem beschenkten Gatten an. Nicht *ein* Mal findet sich die Andeutung, daß das Geschäft zwar dem Schein nach ein Kauf, in Wahrheit Schenkung sei. Wo einmal positiv gesagt ist, wenn das Geschäft Schenkungscharakter trage, sei es nichtig, bei MARCELLUS D. 24, 1, 49, handelt es sich wahrscheinlich um Interpolation<sup>19</sup>.

Soweit die Klassiker. In der Kanzlei Diocletians ist das Bild anders: durch die Polemik gegen die Beweiskraft der dispositiven Urkunde wird dort oft zwischen dem Schein (*species venditionis, simulatus contractus*) und der Wirklichkeit unterschieden: z. B. Cod. 4, 38, 3.

## V.

Wie der Satz von der Nichtigkeit der Scheingeschäfte entstand, und warum die Regel des 6. Jahrhunderts gebildet wurde, ist im justinianischen Rechte noch deutlich zu erkennen. *Simulatis pro infectis habitis* sagen die Interpolationen im Codex Justinianus. Das geht natürlich auf das Gesetz Theodosius des Kleinen über die Nichtigkeit des Geschäftes, welches gegen ein Verbotsgesetz verstößt, zurück, das von den Kompilatoren aus dem Zusammenhang der Nov. Theod. 9 an die gehobenere Stelle in Cod. 1, 14, 5 geschoben wurde: der Gesetzgeber braucht nur zu sagen, *quod fieri non vult*; nach dem Willen des Gesetzes ist die Wirkung zu bemessen mit der Maßgabe, daß, was unter das Verbotsgesetz fällt, „*non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legis lator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est*“. ROTONDI hat richtig ausgeführt, daß dieses Gesetz sich zunächst nur auf die Folgen des Verbotsgesetzes bezieht: Fortan soll es keine Verbotsgesetze als *leges imperfectae* oder *minus quam perfectae* mehr geben. Aber in den Worten steht genug, um daraus auch die Theorie zu beweisen, daß nicht ausdrücklich verbotene Geschäfte, welche zu dem verbotenen Ziele führen, als unwirksam behandelt werden können. Oben wurde auf das Scholion

wohl Glossem oder Interpolation. D. 24, 1, 5, 2 ist verdächtig durch die generalisierende Fassung. Aber in der Sache ist durch D. 24, 1, 3, 12 u. 13; D. 24, 1, 5 pr. der Satz klar, daß die *interpositio personae* wegen Verstoßes gegen das Schenkungsverbot wirkungslos ist.

<sup>19</sup> [Si color vel titulus, ut sic dixerim, donationi quaesitus est], wo anscheinend die Simulation als Scheingeschäft interpoliert ist. Vgl. dieselbe Fassung: JULIAN-ULPIAN D. 14, 6, 7 pr. In beiden Stellen ist stilisiert nach dem Stil JUSTINIANS, Cod. 4, 35, 23 pr: *ut partem . . . venditionis titulo transferant . . . , reliquam autem partem per coloratam cedant donationem* (schol. STEPH. HEIMB. Bas. 2, 151).

hingewiesen, welches die Begriffsbestimmung der Simulation nur unter dem Gesichtspunkt des Scheingeschäftes, welches zur Gesetzesumgehung vorgenommen wird, faßt. JUSTINIAN selbst hat die deutlichste Darstellung der Theorie des Scheingeschäftes in dem Gesetze, welches die Umgehung der *lex Anastasiana* bei der *Cession* verbietet, gegeben (Cod. 4, 35, 23). Es mag richtig sein, daß die Justinianische Gesetzgebung den Satz nicht auszusprechen vermochte, daß jedes Umgehungsgeschäft gegen ein Verbotsgesetz als solches nichtig ist. JUSTINIAN selbst arbeitet fortwährend noch mit der primitiven Methode, die einzelnen Gesetzesumgehungen ausdrücklich zu verbieten. Aber es dürfte deutlich sein, daß die Regel über die Nichtigkeit des Scheingeschäftes als Hilfsregel der Nichtigkeit der gegen das Verbot handelnden Geschäfte zwischen dem Gesetz von 439 und dem Zeitalter JUSTINIANS entstand. Da sie dem Westgotenrecht fremd ist, auch im Cod. Theod. nicht vorkommt, auch in der *consultatio veteris iurisconsulti*, welcher die Theorie des Willens im Vertragsrecht ausführlich vorträgt, nicht erwähnt ist, wird es nicht waghalsig sein anzunehmen, daß die Regel aus Berytos stammt, und daß sie zuerst im Codex von 529 eingeführt ist, der sie an zahlreichen Stellen interpolierte. Für die Datierung des Gedankens ist nicht gleichgültig, daß JUSTINIANS Kirchengesetzgebung das simulierte Glaubensbekenntnis zur orthodoxen Kirche bekämpft (Cod. I, 5, 16, 5: *οὐ κατὰ τινὰ δυσσεβῆ προσποίησιν, ἀλλ' ὀρθῆς διανοίᾳ* — Cod. I, II, 10, 6 (Nomocanon 4, 4, 7)).

Zweiter Teil.

## Verstreute kleinere Schriften.

### 1. JULIUS BINDER, Die Plebs. Studien zur römischen Rechtsgeschichte. Leipzig 1909.

[Deutsche Literatur-Zeitung 1909, 3117—24.]

Je wirksamer die moderne Rechtsgeschichte ein Vordringen in dunkle Urzeiten auf die sorgsame Analyse eines jüngeren, gut zu erkennenden Rechtes stützt, desto eigenartiger muß dieses Werk eines Juristen anmuten, der es unternahm, aus den armseligen Erkenntnisquellen, die wir über die altrömische politische Geschichte besitzen, die Grundlage des römischen Staatsrechtes der Urzeit zu revidieren. Das Interesse am Staatsrechte führte den Verfasser dazu, für die römische Urgeschichte eine neue Lesung zu konstruieren. Und wenn wir das Ergebnis dieser neuen historischen Hypothese fast lieber im Sehertone eines FUSTEL DE COULANGES als mit dem gelehrten Apparat historischer Forschung vorgetragen hörten, wird doch der Historiker, der Prähistoriker und der Archäologe so gut wie der Jurist diese eigenartigen Ausführungen mit Interesse verfolgen und jedenfalls mit Freude feststellen, daß die Beschäftigung mit den praktischen Gestaltungen modernsten Rechtes nicht ein Einarbeiten in historische Quellenkritik und ein selbständiges Durchdenken historischer Probleme ausschließt.

Im Mittelpunkt des Werkes steht eine Lehre der römischen Urgeschichte, deren Elemente in der Literatur längst bekannt sind, ohne daß sie doch je zu solcher Einheitlichkeit und zu der eigentümlichen Wendung vereinigt wurden, zu der BINDER gelangt. Das historische Rom sei aus zwei Urgemeinden zusammengewachsen, einer latinischen Palatinstadt, einer sabinischen auf dem Quirinal. Der Gegensatz der beiden Gemeinden belebe eben den großen politischen Kampf, den die Tradition vom 6. bis 4. Jahrhundert vor Chr. spielen läßt. Die römische Plebs sei hervorgegangen aus den Bewohnern der latinischen Stadt, die sich vom Palatin zum Septimontium auswuchs. Gleichen Stammes mit den Latinern, deren lichte Geschichte eine auffallende Parallele zu derjenigen der Plebs zeige, habe diese plebeisch-latinische Bevölkerung in einem Gegensatz zur patrizisch-sabinischen gestanden, der nicht nur auf verschiedener Abstammung, auch auf verschiedener Familienorganisation beruhte. Anders als die auf dem Patriarchat gegründete Fa-

milienordnung der Patrizier, sei die plebeische Familie vom Mutterrecht beherrscht gewesen. Diese beiden grundverschiedenen Bevölkerungen seien zum historischen Rom zusammengeschweißt, und ihre Vereinigung spiegele sich im Mythos von dem Doppelkönigtum des Romulus und Titus Tatius. Aber in diesem Synoikismos habe der patrizisch-sabinische Staat gegenüber dem plebeisch-lateinischen Element die Oberhand gewonnen, habe allmählich die Magistratur ganz an sich gerissen, und seine reinpatrizischen Kuriatkomitien seien allein der historischen Tradition lebendig geblieben, während analoge Plebejerkurien vielleicht verschollen seien. Nach der etruskischen Fremdherrschaft, deren Ende den Jüngeren als Vertreibung der Könige bewußt blieb, sei ein patrizisch-sabinischer Staat mit ausschließlich patrizischen Magistraturen restauriert worden. Aber der alte Stammesgegensatz sei im politischen Kampfe aufgelebt und habe zur Beteiligung der Plebejer an der Magistratur, zur Latinisierung der sabinischen Patrizierstadt geführt, andererseits sei die latinische Familienordnung und ihre mutterrechtliche Organisation durch die Verschmelzung mit den patrizischen Sabinern nicht nur in Rom, sondern auch in Latium verschwunden.

Woher leitet der Verf. die historische Rechtfertigung für die Anschauung, daß die angeblichen Sondergemeinden des primitiven Roms bis in die historische Zeit hinein zu einer territorialen Sonderung der beiden Bevölkerungsklassen des Gesamtstaates geführt hätten? — Die Grundlage ist schmal genug: CIL. VI 32455 spricht von *magistri et flamines montanorum montis Oppis* und ihrer *pecunia*, und wie hier „*montani*“ ein technischer Ausdruck für die Bewohner des Septimontium war, tritt derselbe topographische und sakralrechtliche Begriff auch bei VARRO VI 24 auf. Nun werden bei CICERO, *de domo sua* 28, 74 *montani* und *pagani* als Verbände der „städtischen Plebs“ neben der Nennung *collegia* erwähnt. Deshalb schließt der Verfasser: „Ich halte es demnach für erwiesen, daß die *montani* im Gegensatz zu den *collegia* als *conventicula* der städtischen Plebs aufzufassen sind und daß daher die *montani* und *pagani* nichts anderes als die in Rom eingessenen und die auf dem Lande lebenden Plebejer im technischen Sinne, also im Gegensatz zu den Patriziern sind. Oder, selbst wenn das Wort *montani* zu CICEROS Zeit bereits einen sozialen Klang gehabt hätte, so daß es auch auf die proletarisierten Patrizier anwendbar gewesen wäre, daß es wenigstens ursprünglich diese Bedeutung gehabt hat; denn wie hätte es sonst jene von MOMMSEN und WISSOWA behauptete Bedeutung (der gesamten hauptstädtischen Bevölkerung Roms) erhalten können? Sicher ist jedenfalls, daß es niemals die *cives der res publica Romana* bezeichnet hat.“ Man muß diese Ausführung lesen, um sie für möglich zu halten. Also weil im Zeitalter CICEROS haupt-

städtische Kleinbürger in Klubs zusammensitzen unter dem Klubnamen *montani* und *pagani*, deshalb haben die alten Plebejer, und nur sie, Jahrhunderte vorher auf den *montes* gegessen!

Was der Verfasser gegen die Richtigkeit der patrizischen Tradition auf dem Palatin und für die besondere Beziehung der Plebs zum Palatin vorbringt, ist durchaus unzureichend. Die wenigen sicheren Tatsachen werden hinweggedeutet, und unter den unbegrenzten dadurch offen werdenden Möglichkeiten wird das wenige herausgesucht, was bei sehr vielem guten Willen vielleicht zur Hypothese des Verfassers angeführt werden könnte. So wird die Lage der *curiae veteres* an einer Ecke des palatinischen *Pomerium* als belanglos dargestellt, gegenüber der Bedeutung des palatinischen *Romulus* als *Heros* der patrizischen Gemeinde wird für denkbar erklärt, „daß, was an *Romulus* patrizisch ist, auf das Konto des mit ihm vereinigten *QUIRINUS* zu setzen ist“, die Annahme, daß *Faunus*, der zu den *di indigetes* gehört und sicher auf dem Palatin verehrt wurde, als eine Gottheit des patrizischen Gemeindeteils zu betrachten sei, wird als grundlos hingestellt, die arvalischen Brüder werden für eine „plebeische Priesterschaft“ erklärt. Die palatinischen *Salier* sind als patrizisches Kollegium „in den Quellen allerdings zu sicher bezeugt, als daß wir es in Zweifel ziehen könnten“, aber der Verfasser beruhigt sich bei der Erklärung, daß *quirinalische* Kulte auf den Palatin übertragen wurden, zweifellos in dem Bestreben, dadurch die Einheit des Kultes im Gesamtstaat herzustellen. So wird den Römern des Palatins sogar der *Mars* als uralter Gott ihres Staates abgestritten. Besonders auffallend ist, wie nun der spezifisch plebeische Charakter der Palatingemeinde nachgewiesen wird. Die *GILBERTS*che Beobachtung über eine sakrale Beziehung von Palatin und *Aventin* war zuerst (S. 83ff.) zum Beweis einer plebeischen Besiedlung des *Aventin* vom Palatin aus verwendet worden. Nun wird *Faunus*, weil er auch auf dem *Aventin* verehrt wird, zur spezifisch plebeischen Gottheit. Daß der Kult des *Faunus* und der ebenso für plebeisch-latinisch erklärten *Bona Dia* von patrizischen Priesterkollegien wahrgenommen wird, stört dabei nicht: mit der Zulassung der Plebs zu den patrizischen Priestertümern habe sich gleichzeitig eben eine Übernahme ursprünglich plebeischer Kulte durch die letzteren vollzogen (sic!). So geht es weiter in uferlosen Hypothesen: weil die Ansiedlung auf dem *Collis* doch vielleicht sabinisch war, werden diese *Sabiner* auf dem *Quirinal* für die ursprünglichen *Quirites* und ganz ohne Begründung für *Patrizier* erklärt. „Die Beziehung des *Flamen Martialis* zur *Quirinalis*gemeinde ist nicht allein im *Marskult* im allgemeinen, sondern vor allem darin ausgesprochen, daß er das Opfer des *Oktoberrosses* auf dem *Marsfeld* vorgenommen haben muß, weshalb wir vielleicht auch seine Wohnung in diese Gegend verlegen dürfen . . .“ (sic!).

Der Jurist wird es dem Historiker und dem Philologen überlassen dürfen, über die historischen Argumente des Verfassers das abschließende Urteil zu fällen. Der rechtsgeschichtlichen Forschung werden die juristischen Anschauungen des Verfassers zu einer Ablehnung dieser Studien zur römischen Rechtsgeschichte genügen. Nach einer ausführlichen kritischen Dogmengeschichte des Problems der Plebs in der antiken und modernen Literatur gelangt der Verfasser zur Darstellung der rechtlichen Beziehungen von Rom und Latium. Während seine Darstellung der latinischen Beziehungen zu Rom bis 338 vor Chr. manches Interessante, wie z. B. in den Anmerkungen über Sp. Cassius und über die altlatinischen Bundesmagistrate, bietet und bei der Darstellung der verschiedenen Arten von Munizipien nur auffällt, daß GIRARDS sehr gründliche Arbeit in der „Organisation judiciaire“ ganz übersehen ist, müssen die Anschauungen über die privatrechtlichen Beziehungen Roms zu den latinischen Gemeinden im alten Bunde Anstoß erregen. Der von MOMMSEN zur herrschenden Geltung gebrachten Auffassung, nach welcher jede der alten Latinerstädte privatrechtlich ein selbständiges Rechtsgebiet darstellt, wenn auch notwendig kraft der Stammesgleichheit zahlreiche Rechtsnormen zusammenfallen, wirft BINDER eine Verkennung des richtigen Gesichtspunktes vor, weil das Wesen der Sache, das Fehlen bewußter Rechtsschöpfung, eine lokale Sonderbildung ausschließe. Rechtsgleichheit und Rechtseinheit habe zwischen den alten Gemeinden Latiums bestanden, nicht nur tatsächlicher- oder zufälligerweise, sondern mit Notwendigkeit; dem Latiner stehe notwendig die Rechtsfähigkeit des *ius Quiritium Romanorum* zu. Mit dieser Lehre steht der Verfasser im Gegensatz zu der herrschenden Auffassung von dem rechtlichen Verhältnis der alten Latiner zu Rom. Mit einer nichtssagenden Berufung auf das Wesen der Sache geht er über eine vielbehandelte Frage hinweg, deren er sich anscheinend gar nicht bewußt ist. Es ist in der modernen Rechtsgeschichte Streit über die Frage, ob der Latiner der klassischen Zeit in Rom im gesetzlichen Prozesse streiten kann, vgl. GIRARD, *organ. judic.* 1, 213 n. 4, man.<sup>4</sup> 109, WLASSAK, *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* 28, 714 ff., MITTEIS, *Priv.-R.* 1, 124, GIRARD, *Zeitschr. d. Sav. Stift.* 29, 119 ff. Wie man auch diese Frage entscheidet, jedenfalls ist klar, daß wirklich von Haus aus die römische Rechtsordnung eine Bürgerordnung ist. Zur Begründung dieses Satzes brauchen wir keineswegs die Voraussetzung, daß eine römische Gesetzgebung für die römischen Bürger eigene, das alte Stammesrecht abändernde Normen schafft. Es genügt dazu, daß die lokale Sonderbildung in der Entwicklung spezifisch römischer Formulare Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Familien- und Vermögensrechtes schafft, wie wir es zwar nicht scharf erweisen, aber doch mit Grund vermuten können, vgl. MITTEIS, *Priv.-R.* 1, 6 ff.

Es genügt ferner dazu, daß mindestens in einer primitiven Epoche der staatliche Rechtsschutz mit gesetzlichen Spruchformeln den Bürgern vorbehalten ist, wie es auch dem Ref. wenigstens bis zur Mitte des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts als undurchbrochenes Prinzip erscheint. — Nur mit Kopfschütteln wird der Jurist die seltsamen Ausführungen des Verfassers zum Mutterrecht der römischen Plebs und der Latiner vernehmen können. BINDER greift die BACHOFEN-BERNHÖFTSche Lehre auf, nach welcher der Mangel der *gentes* bei den Plebejern und die Eigentümlichkeit, daß gerade die Patrizier „*patres ciere posunt*“ durch eine Geltung des Mutterrechtes in den plebeischen Familien zu erklären sei. Noch das Widerstreben der *patres* gegen das *conubium* soll damit zusammenhängen, daß nach patrizischem Recht das Kind aus rechter Ehe dem Vater, nach plebeischem der Mutter folgt und deshalb das Kind aus gemischter gültiger Ehe halb Patrizier, halb Plebejer ist, nicht weiß, zu welcher Familie, zu welcher *gens* es rechtlich gehört, welches seine *sacra* sind, kurz, „*ut quis natus sit ignoret*“. Ein Hinweis auf das Hervortreten des Muttergedankens im Kult der *Ceres* und auf das von vielen angenommene Mutterrecht bei den Etruskern gibt dem Verfasser das Bewußtsein, daß er eine so wesentliche Verschiedenheit in der Familienorganisation der Plebs erwiesen habe, und er gewinnt daraus das stärkste Argument für seine Theorie vom Wesen der Plebs. Welche arge Unwahrscheinlichkeiten er damit in den Kauf nimmt, scheint der Verfasser selbst gar nicht zu bemerken. Bei den der Plebs angeblich stammverwandten Latinern ist vom Mutterrecht sicher ebensowenig zu merken, wie in der späteren römischen Rechtsentwicklung. Und gar wenn der Verfasser behauptet, daß die „sabinischen“ Patrizier so vollkommen latinisiert worden sind, daß sie ihre Stammeslegenden latinisierten, ist es schwer begreiflich, daß sie Kraft und Neigung gehabt haben sollten, ihre Familienorganisation den latinischen Plebejern und gar den freien selbständigen Latinern aufzuzwingen. Der Verfasser verschüttet alle diese Gegensätze durch die historische Entwicklung, ein Schlagwort, das er jederzeit zur Hand hat, und das an dieser Stelle nur beweist, wie wenig noch die Arbeiten der vergleichenden Rechtsgeschichte Gemeingut der Wissenschaft geworden sind, die deutlich zeigen, daß gerade in der Familienorganisation und im Eherecht die Völker durch Jahrhunderte hin besonders schwer umlernen.

Wie wenig in Wirklichkeit sakrale Eigentümlichkeiten wie das Hervortreten des Muttergedankens im *Ceres*kult beweisen, hätte BINDER mit einem Blick auf Ägypten bemerken können, wo man auch dereinst aus sakralen Anhaltspunkten und der Namenbehandlung auf altes Mutterrecht schloß und doch die Familienorganisation und das Erbrecht nach Vaterrecht für die historischen Rechtszustände evident ist. Und mehr

als solche sakrale Bedeutung braucht es auch bei den Etruskern nicht zu haben, wenn auf Grabinschriften der Name der Mutter des Verstorbenen entweder allein oder an erster Stelle angegeben ist. Das Mutterrecht der Plebeier vollends kann heute wohl noch mit ruhigem Gewissen ins Reich der Chimäre verwiesen werden. Selbst wenn man aus den Stellen Liv. IV, 2, 6. IV, 4, 11. X, 8 herauslesen könnte, daß die Plebeier nach einer mutterrechtlichen Familienorganisation lebten, so hätte gerade hier der Verfasser die kritische Methode, die er sonst für die Behandlung der älteren, vor den punischen Kriegen entstandenen Quellen mit Recht empfiehlt, gelten lassen sollen. In den annalistischen Quellen war doch kaum mehr als das Wort *conubium* zu finden. Diesen Begriff umgaben die Historiker mit dem üblichen Beiwerke und gestalteten den Kampf um das *conubium* mit den Argumenten aus, die jeder Geburtsadel immer wieder formulieren wird, wenn die unvermischte Bewahrung seines Geblütes in Frage steht. So handelt es sich bei den Stellen aus LIVIUS bestenfalls um dessen historische Theorie, und wir können sehr wohl fragen, ob auch nur eine solche vorliegt; denn sicherlich ist doch nirgends in der römischen Literatur von dem Mutterrecht der Plebeier mit klaren Worten die Rede. Unter keinen Umständen kann heute die rechtsgeschichtliche Erklärung der „Usus-ehe“ und des *Trinoctium* zur Annahme führen, daß dieses Institut den Gatten habe gestatten wollen, zwischen patrizischer Ehegewalt und plebeischem Mutterrecht zu wählen. Ganz abgesehen davon, daß B. zu dieser Anschauung nur durch willkürliche Korrektur der Notiz bei GAIUS II, 110ff. gelangt, kann nicht bewiesen werden, daß die ohne *usus* bestehende Ehe ohne *manus* jemals die *patria potestas* über die Kinder ausgeschlossen hätte.

Aus seiner Lehre vom Wesen der Plebs, die kaum auf Anerkennung seitens der rechtsgeschichtlichen Forschung hoffen darf, hat der Verfasser rechtsgeschichtliche Konsequenzen gezogen. Soweit BINDER damit einen gut gearbeiteten Überblick über die kritische Verwertung der älteren, auf die Annalen gegründeten römischen Tradition verbindet, wird das Buch historisch nicht gebildeten Juristen eine willkommene Einführung in die Ergebnisse der modernen Quellenkritik bieten können. Auch der allerdings sehr breit gefaßte Überblick über das Zwölfafelproblem, das jetzt kaum mehr aktuell ist, und die kritische Überprüfung der PAIS-LAMBERTSchen Arbeitsweise wie der Tradition, soweit sie die älteren Gesetze der Republik betrifft, werden dauernde Berücksichtigung verdienen. Bedenklicher sind wiederum einige Thesen, die BINDER in einem Kapitel über das römische Königtum entwickelt. BINDER sucht hier wahrscheinlich zu machen, daß der römische König, trotzdem *iudex* ein alter Name des obersten magistratus ist, nicht selbst im Prozeß das Urteil gesprochen habe, sondern nur wie der ger-

manische Volksbeamte der berufene Ordner und Leiter der Volksjustiz sei, der im Zivilprozeß den Geschworenen ernannt, im Strafprozeß das Volk habe urteilen lassen. Was BINDER dabei über die Entwicklung des römischen Zivilprozesses ausführt, seine Bemerkungen über die Unwahrscheinlichkeit der *denegatio actionis* im Legisaktionsverfahren, kann hier außer Betracht bleiben, da diese Probleme nicht durch allgemeine Erwägungen, sondern nur durch eine erneute Besprechung der Quellen zu fördern sind und BINDER auf diese nicht neu eingeht. Hier ist nur gegen die Art Widerspruch zu erheben, wie BINDER der *provocatio ad populum* eine neue Bedeutung zum Beweis einer uralten römischen Volksjustiz in Strafsachen zu geben versucht. Aus der spätrepublikanischen Rechtsbildung und CIC. de leg. III, 3, 6 zieht BINDER den Schluß, daß von jeher in Rom in Kapitalsachen das Volk in erster und letzter Instanz geurteilt habe. Die *provocatio* sei ursprünglich nicht, wie man glaube, eine Berufung, vom *damnatus* ans Volk gerichtet, sondern ein Eröffnungsbeschluß, durch den der Beamte den Angeklagten „vor“ das Volksgericht „ruft“. Das *iudicare* des Magistrates sei ebenso wie das *inrogare* des Tribunen im Multiprozesse kein Urteil, sondern ein Strafantrag. Aber der Verfasser hat hier nicht nur die gesamte Überlieferung gegen sich, mit der er sich doch wohl zu leicht abfindet, sondern auch den Sprachgebrauch. Wenn man überhaupt ein Objekt zu *provocare* sucht, ist es nicht „*reum*“, sondern höchstens „*iudicium*“, „*rem*“ oder „*causam*“. Der griechische Sprachgebrauch des DION. V, 19 *προκαλεῖσθαι τὴν ἀρχήν* kann nichts beweisen, da der klassisch-lateinische eben *provocare a magistratu* ist. Subjekt des *provocare* ist in den Quellen niemals der Beamte, die *provocatio* steht nie ihm zu, sondern sie findet „von ihm weg“ statt. Der Verfasser hat für seine Auffassung von der primitiven Provokationsjustiz des römischen Volkes auf die Rechtsvergleichung verwiesen. Neben dem germanischen Volksgericht spricht er von der Volksgerichtsbarkeit griechischer Staaten. Aber wenn er hier statt an moderne Handbücher des attischen Rechts an die griechischen Quellen herangetreten wäre, hätte er finden können, daß gerade sie starke Argumente für die historische Glaubwürdigkeit der römischen Tradition geben. An anderer Stelle (Griech. Bürgerschaftsrecht I, 412.) hat der Referent darauf hingewiesen, daß der altgriechische Multiprozess deutlich zwei Erscheinungsformen hat, die eine, primitive, nach welcher eine Behörde, in Attika die *βουλή*, eine Strafverfügung erläßt und der Getroffene die Berufung ans Volksgericht hat, eine jüngere, nach welcher die Behörde einen Multantrag ans Volksgericht stellt. Es ist auch die Überzeugung des Referenten, daß wir für Probleme des römischen Staatsrechtes durch die Rechtsvergleichung nur gewinnen können. Für die römische *provocatio* wird man altgriechisches Recht und makedonische Praxis (vgl.

z. B. POLYB. V, 27. 5) beachten müssen. Aber die Rechtsvergleichung darf nicht zur Verwischung der historischen, wohlbezeugten Eigenart eines Rechtes führen. Und es steht wohl schon heute fest, daß die primitive Volksgerichtsbarkeit in Strafsachen verschiedene Formen haben kann, von denen die altgermanische nur die eine, aber nicht die einzig mögliche ist.

Der Verfasser hat zu seinen positiven Ausführungen einige methodologische Winke gefügt, denen jeder zustimmen wird, mit denen der Verfasser aber unserer heutigen rechtsgeschichtlichen Forschung sicher nichts Neues sagt: so die Notwendigkeit der Quellenkritik auch für den Juristen, der Wert der Studien am römischen Staatsrechte. Wenn er „die Vernachlässigung des öffentlichen Rechtes“ mit dem „Abwandern der Juristen nach den gesegneten Gefilden der Papyrologie und des spätrömischen Vulgarrechtes“ in Verbindung bringt, werden Vertreter der heutigen rechtsgeschichtlichen Forschung auf die Arbeit hinweisen können, die am klassischen römischen Rechte und seiner Geschichte bis JUSTINIAN geleistet wird. Die Arbeit an der Papyrologie und am hellenistischen Rechte hat durch das Material, welches sie der Rechtsvergleichung liefert, und durch die Fragen, welche sie für älteste römische Rechtszustände aufwarf, auch die Geschichte des ältesten römischen Rechts mehr gefördert, als es die Spekulationen vermögen, welche gelehrte Phantasie über eine anerkannt unzuverlässige Überlieferung anstellt.

Genf.

## 2. Römisches und griechisches Recht in PLAUTUS' Persa.

[HERMES, Zeitschrift für klassische Philologie 45 (1910), 595 — 614.]

Es ist ein Vorrecht der Wissenschaft vom klassischen Altertum, von Zeit zu Zeit Strahlen aus neu erschlossenen Lichtquellen über den alten oft betrachteten Stoff gleiten zu lassen und so am klassischen Material zu neuer Erkenntnis zu gelangen. In diesem Glücksfall befindet sich derzeit wieder die Rechtsgeschichte gegenüber den Werken der römischen Komödie. Auf eine Zeit fast wunderlichen Glaubens an den echtrömischen Charakter des Rechtslebens bei PLAUTUS und TEREENZ<sup>1</sup> war bei den Juristen zunächst zwar nicht gerade der entgegengesetzte Radikalismus<sup>2</sup>, aber doch die allgemeine Zurückhaltung und tastende Unsicherheit in der Benutzung der römischen Komödie gefolgt, als die Rechtshistoriker zusahen, wie immer zuversichtlicher die Philologen durch den römischen Text hindurch auf das griechische Vorbild griffen. Heut betreiben Juristen planmäßig die Erforschung griechischen Rechtslebens, und am römischen Recht geschulte Rechtshistoriker versuchen in die eigenartigen Rechtsgedanken des altgriechischen und der hellenistischen Rechte einzudringen. Damit muß der Standpunkt der rechtshistorischen Forschung auch gegenüber der *comoedia palliata* einer Entwicklung fähig werden. Der Jurist wird versuchen müssen, die rechtsvergleichende Analyse in den Dienst der Quellenforschung zu stellen und planmäßig am gesamten Materiale zu scheiden, inwiefern die griechische Vorlage noch erkennbar ist und wie tief der römische Firnis das griechische Kulturbild überdeckt, das in den Vorlagen der römischen Dichter gezeichnet war. Wie weit wir heut von diesem Arbeitsziel noch entfernt sind, wird der Jurist wie der Philologe schmerzlich genug empfinden, wenn auch besonders in der philologischen Literatur wertvolle Ansätze eines Fortschrittes schon enthalten sind.

---

<sup>1</sup> E. COSTA, *Diritto privato nelle commedie di Plauto*, Torino 1890 und *Archivio giuridico* 1893; BEKKER, *Zeitschrift d. Savigny-Stiftung Rom*. Abt. 13 (1892), 102. 30 (1909), 43; PERNARD, *Le droit romain dans les comédies de Plaute et de Térence* (Lyon 1900, Thèse); BERCEANU, *La Vente consensuelle dans les comédies de Plaute*, Paris 1907. Gute Übersicht über die historische und philologische Literatur bei FREDERSHAUSEN, *De iure Plautino et Terentiano*, cap. I. Göttinger Dissertation 1906.

<sup>2</sup> Zu dem allerdings R. DARESTE, *Journal des Savants* 1892 p. 145 ss. einen Anlauf nahm.

Im folgenden soll der Versuch gemacht werden, für den „Persa“ des PLAUTUS die griechische Grundlage und die römische Zutat juristisch zu scheiden. Dieses Herausgreifen des „Persa“ kann sich vor allem darauf berufen, daß in diesem Stück die Rechtsanschauungen der griechischen Vorlage für unsere Kenntnis verhältnismäßig leicht erkennbar sein müssen. Dringt doch gerade für dieses Stück immer mehr die von v. WILAMOWITZ aufgestellte Anschauung durch<sup>1</sup>, daß ihm eine Vorlage der mittleren attischen Komödie zugrunde gelegen habe, also der griechische Stoff im Zeitalter des DEMOSTHENES gestaltet sei. Damit sind die Nachrichten über das attische Recht im Jahrhundert der großen Redner unmittelbar verwertbar. Und selbst für die wenigen, die heut noch eine jüngere Entstehung der griechischen Vorlage des Persa annehmen wollen<sup>2</sup>, weist der Schauplatz Athen zwingend auf die Verhältnisse des attischen Rechtslebens hin.

Die Fabel selbst bietet verhältnismäßig wenig. Der Athener Timarchides ist fern, in Persien, auf Geschäftsreisen. Sein Vermögen wird in Athen von seinem Sklaven Toxilus verwaltet, einem jener persönlich unfreien geschäfts- und vermögensfähigen Sklaven, wie wir sie bei den Attikern bald als selbständige Geschäftsleute, Handwerker, Bauern mit bloßer Zinspflicht (*δοῦλοι μισθοφοροῦντες*), bald als Geschäftsführer zur Verwaltung des Vermögens ihrer Herren treffen. Dieser Toxilus ist das getreue Gegenbild zu dem Lampis, dem Sklaven des Dion bei DEMOSTHENES 34, 5<sup>3</sup> oder zu dem Midas, der das Parfümgeschäft des Athenogenes leitet<sup>4</sup>. Wie jener ist er selbst verpflichtungsfähig und könnte also Darlehen mit wirksamer eigener Verpflichtung aufnehmen (v. 43. 416. 431 sqq. 785). Daß er selbständig vor Gericht zitiert werden könnte, ist zweifellos<sup>5</sup>. Vielleicht wird er juristisch sogar als Eigentümer der ihm gehörigen Vermögensstücke behandelt<sup>6</sup>; jedenfalls gilt er als erus seines persönlichen Dieners<sup>7</sup>. Wie gut alle diese

<sup>1</sup> v. WILAMOWITZ Index scholarum Götting. 1893/94 p. 15—26; HUEFFNER, De Plauti comoediarum exemplis atticis quaestiones maxime chronologicae, Götting. 1894 (Dissert.) p. 70 sq.; F. LEO, Plautin. Forschungen p. 110, diese Zeitschr. XLI, 1906, S. 441.

<sup>2</sup> Wie M. MEYER, De Plauti Persa, Comment. philologicae Jenenses, 1907, p. 181 ss., der aber kaum überzeugt, wenn er die Perser, die Chrysopolis nehmen (Pe. v. 506), anders als auf das persische Reich vor ALEXANDER deuten will. Vgl. LEO, Der Monol. im Drama S. 46f. A.

<sup>3</sup> Dazu vgl. MEIER-SCHÖMANN, att. Proc. 751 f.; BEAUCHET, droit privé 2, 460f.

<sup>4</sup> Hyperides c. Athenog. (or. 5), passim.

<sup>5</sup> Verkannt von M. MEYER a. O. p. 158 s. Vgl. aber das Auftreten des Lampis als Zeugen bei Demosth. or. 34, 5, dazu mein Griech. Bürgerschaftsrecht I, 136.

<sup>6</sup> Zu dieser Möglichkeit vgl. Bürgerschaftsrecht I, 338.

<sup>7</sup> v. 247. 277, daß die Rechtsordnung ihn als Eigentümer behandelt, folgt daraus ebensowenig, wie in der Kaiserzeit von selbständigem Eigentum des servus am vicarius die Rede sein kann.

Tatsachen zu dem attischen halbfreien geschäftsführenden Sklaven passen, wird kaum noch verkannt. Selbst der Ausruf spöttischer Verwunderung über die ungebundene Liebelei des Sklaven Toxilus (v. 25 *iam servi hic amanti*) könnte ebensogut aus der Seele des attischen Aristokraten gesprochen sein, der in Pseudo-XENOPHON de republ. Athen. I, 10 sq. das Wort führt<sup>1</sup>. Daß dieser auf dem Fuße eines Freien lebende Sklave Toxilus jedenfalls nicht ins römische Rechtsleben des 2. Jahrh. a. c. gehört, darüber scheinen die Philologen einig. Der Jurist wird wenigstens an die Wahrscheinlichkeit erinnern können, die dafür besteht, daß der Sklave ohne besondere Vollmacht die Haftung seines Herrn bis zum Betrage des peculium erst gegen Ende der Republik begründen konnte<sup>2</sup>.

Das Gaunerstück des Toxilus, das die ersten vier Akte füllt, bietet rechtlich kein besonderes Interesse. Toxilus will seine Geliebte Lemnisenis aus den Händen des Sklavenhändlers Dordalus loskaufen, ohne doch selbst das nötige Geld dafür zu haben. Er hat dem Dordalus die Zahlung einer Summe von 600 Drachmen eidlich zugesagt, gegen welche Dordalus das Mädchen freilassen soll. An dem dafür bestimmten Tage erhält Toxilus durch eine Unterschlagung, die sein Kumpan Sagaristio an einem von seinem Herrn ihm anvertrauten Geldbeutel begeht, die 600 Drachmen und erzielt so die Freilassung seines Liebchens. Um den Sklavenhändler um den eben gezahlten Preis zu prellen, setzt Toxilus den Betrug in Szene, der dem Stücke den Namen gibt. Sein Zechfreund Saturio gibt die eigene Tochter zu dem Streich her. Sagaristio, als persischer Reisender verkleidet, verkauft das Mädchen als kriegsgefangene Sklavin aus fernem Lande, aber mit ausdrücklichem Ausschlusse eines Garanten für wirksam übertragenes Recht. Dordalus zahlt an den angeblichen Fremden 60 Minen als Kaufpreis. Unmittelbar darauf tritt Saturio als Vater des Mädchens auf. In einer Szene, die für die plautinische Überarbeitung sehr charakteristisch ist, läßt der Vater den Sklavenhändler vor den Prätor. Als im 5. Akte bei dem Gelage, mit dem Toxilus die Freilassung seines Mädchens feiert, der Kuppler auftritt, hat er Geld und Ware verloren. Welchen Rechtsbehelf Dordalus wegen des Betrugs gegen Toxilus nach der Meinung des Dichters hätte, ist eine müßige Frage. Die Zuschauer sollten über den geprellten und dazu verprügelten Sklavenhändler lachen, und deshalb darf Dordalus wohl ahnen, daß Toxilus ihn betrog (v. 781 ff.), aber er darf den wahren Zusammenhang zwischen Toxilus und dem „Perser“ nicht durchschauen.

<sup>1</sup> Anders v. WILAMOWITZ, a. O. p. 19, der plautinische Zutat annimmt; ähnlich wie oben schon FREDERSHAUSEN a. O. p. 24, mit Berufung auf DEMOSTHENES or. 9, 3.

<sup>2</sup> GIRARD manuel de droit romain<sup>4</sup> p. 662.

Die Ausgestaltung der einzelnen Szenen bietet der Rechtsgeschichte interessante Probleme.

V. 64—72. Die Worte des Parasiten Saturio haben von jeher die philologische Textkritik wie die Forschung am Staatsrecht beschäftigt<sup>1</sup>. Saturio erklärt sich gegen diejenigen falschen Patrioten, die ohne Gefahr für sich selbst und ohne dem Staat einen Nutzen abzuwerfen, das einträgliche Gewerbe der *Quadruplatores* treiben, d. h. die gesetzlich fixierten Geldstrafen mit sog. Popularklage von den Schuldigen eintreiben:

v. 68 *sed \* \* si legirupam [legerumpam die Hss.]<sup>2</sup> qui damnet, det in dimidium; atque etiam in ea lege adscribier: [publicum ubi quadrupulator quempiam iniexit manum, tantidem ille illi rursus iniciat manum, ut aequa parte prodeant ad tris viros.*

Wenn auch v. 68 des Textes lückenhaft ist, ist der Sinn doch klar: die Hälfte der im Urteil erkannten Geldstrafe soll in die Gemeindekasse fließen, und der Ankläger soll prozessual dem Angeklagten derart gleichgestellt sein, daß er auf eine Widerklage mit *manus iniectio* eine Verurteilung in den gleichen Betrag riskiert. MOMMSEN hat diese merkwürdige Diatribe auf römische Verhältnisse bezogen und noch P. F. GIRARD fand hier einen römischen Mißstand, einen römischen Reformgedanken und sichere Beziehung auf römischen Prozeß. Und die Worte gehen ja wohl auch auf römische Einrichtungen: *quadrupulari*, die *tres viri*, die *manus iniectio* beweisen meines Erachtens, daß die *tres viri capitales* ein Richterkollegium mit Kompetenz für populare Strafklagen waren, vor welches der praetor Klagen auf *Quadruplum* zur Aburteilung verwies, und die *manus iniectio* als Verfahren für Popularklage ist ja zum Überfluß auch durch die allerdings nicht stadtrömische Inschrift vom Hain in Luceria (CIL 9, 782) bezeugt. Auch eine gegenseitige *manus iniectio* hat in einem Prozeßrechte, in welchem die *lex Vallia* (GAI. 4, 25) schon die Selbstverteidigung des Ergriffenen als eigenen *vindex* durchgeführt hatte, nichts Auffallendes. Der Mißstand, den der Dichter rügt, war sicher auch in Rom zu Hause. Denn gleichviel, ob man grundsätzlich mit BRUNS<sup>3</sup> und andern die Geldkondemnation bei den Popularklagen zugunsten des Klägers oder

<sup>1</sup> GOETZ, Rh. Museum XXX 167; KARLOWA, Legisactionen 183 N 3. 188. 192; DEMELIUS, Ztschr. f. Rgsch. 1 (1868) 363 f.; BRUNS, Ztschr. f. Rgesch. 12 (1876) 138 f.; MOMMSEN, Staatsr. II<sup>3</sup> 599, R. Strafr. 180, 1; LEO, Plautin. Forschungen 110 ff.; GIRARD, Organisation judiciaire 1, 177, 2.

<sup>2</sup> MOMMSEN: *sed si legirupam damnet*. LEO: *sed <qui caveatur legem onscribi volo>: si.*

<sup>3</sup> Zeitschr. f. Rechtsgesch. 3 (1864), 341 ff., Kleinere Schriften 1 (1882) S. 313 ff.

nach MOMMSEN<sup>1</sup> zugunsten des Staates erfolgen läßt, — jedenfalls haben wir genügend Beispiele für alte Popularklagen, die ausschließlich den Kläger bereichern<sup>2</sup>. Aber römisch braucht deshalb der Gedanke an das Gesetz, das der Parasit vorschlägt, doch nicht zu sein, und es spricht fast gegen eine römische Herkunft, daß die römische Rechtsordnung erst in der christlichen Zeit die Strafe der Talion gegen den falschen Ankläger kennt<sup>3</sup>. Ein griechischer Ursprung des Talionsgedankens ist weit wahrscheinlicher. Zwar denke ich nicht daran, daß der römische Dichter statt der attischen Eilmänner die tres viri, statt der ἀπαγωγή die manus iniectio gesetzt habe. Denn die attische ἀπαγωγή gegen den κακοῦργος wie gegen den ἄτιμος, der sich die Ehrenrechte des Bürgers anmaßt, führt ja im ersten Falle niemals, im zweiten nicht notwendig zu einer bloßen Geldstrafe. Zudem hätte PLAUTUS die ἀπαγωγή wenig geschickt mit der manus iniectio in Parallele gesetzt. Die römische manus iniectio in der Form, wie sie bei PLAUTUS hier erwähnt ist, ist ja gar kein Verfahren einer schnellen und harten Justiz, die mit Gefängnis und Hinrichtung ohne Rechtsgang droht. Sie führte im 2. Jahrh. a. c. längst nicht mehr zum völligen Verfall der Person und stellt in Wirklichkeit nicht mehr als eine besonders wirkungsvolle Form der Klagerhebung dar, da der Beklagte, und er selbst ohne fremde Hilfe, durch bloßen Widerspruch den Kläger zum Beginn eines Rechtsstreites zwingt. — Aber aus andern Gründen dürfen wir fast glauben, daß PLAUTUS auch bei der Diatribe v. 68ff. eine griechische Vorlage hatte. Was der Parasit vorschlägt, war ganz ähnlich in Erythrai Gesetz: auf einer Steintafel, die nach der Schrift vom ersten Herausgeber<sup>4</sup> ins 4. oder 5. Jahrhundert gewiesen wird, finden wir eine öffentliche Geldstrafe für eine nicht mehr erkennbare Straftat angeordnet, und auf die Strafdrohung folgt die Verfahrensvorschrift<sup>5</sup>:

δίωξιν δ' εἶναι τῶ | ἰ βολομένῳ καὶ τῶ | ἰ καταλαβόντι τῶμι | συ, τὸ δ' ἤμισον τῆς  
πόλ | εως: ἦν δ' ἐκχωρῆ ὁ δι | ὄξας, ὀφελέτω ὅπερ ο | ἰ νικῶντι γίνεται κ | αὶ τοῦτο  
δίωξιν εἶναι | ἰ κατὰ ταυτά.

Also: die Beitreibung der Geldstrafe soll jedem, der es will, zustehen, nur dem obsiegenden Kläger soll die Hälfte zufallen, die andere Hälfte der Gemeinde. Und wenn Kläger nach Einleitung des Prozesses zurück-

<sup>1</sup> Ztschr. d. Savigny-Stiftung f. Rgesch. (Rom. Abt.) 24 (1903) 10ff., Jurist. Schriften 3 (1907), 383ff.

<sup>2</sup> Vgl. die Aufzählung bei MOMMSEN a. d. in der vorigen Anm. angef. O.

<sup>3</sup> CONSTANTIN, a<sup>o</sup> 319, C. Th. 9, 10, 3 = Cod. Iust. 9, 12, 7. MOMMSEN Strafr. 496. Wer einmal bemerkt hat, wie stark der Einfluß griechischen Denkens auf das sog. syrisch-römische Rechtsbuch ist, wird darauf achten, daß gerade auch in diesen leges Constantini Theodosii Leonis die Talion gegen den frivolen Ankläger erscheint: L. 71. R. II 144. R. I 65.

<sup>4</sup> ZOLOTAS, Ἀθηνᾶ II, 190ff.

<sup>5</sup> Nach WILHELM, Jahreshfte d. österr. archäol. Inst. XII (1909) 127.

tritt, soll er dasjenige schuldig sein was ihm im Fall des Obsiegens zugefallen wäre, und die Beitreibung dieser Summe soll nach denselben Vorschriften erfolgen. Daß dieses Gesetz in gleicher Richtung geht wie das von dem Parasiten vorgeschlagene bedarf keines Kommentars. Nur geht bei PLAUTUS die Widerklage auf die volle Höhe der vom Strafkläger eingeklagten Geldbuße, während in Erythrai die Verurteilung des frivolen Klägers nur den Betrag erreicht, der dem Kläger im Falle der Verurteilung zugefallen wäre. Aber das ist ein Unterschied von geringerer Bedeutung. Mehr Gewicht könnte man darauf legen wollen, daß bei PLAUTUS ein Gesetz gemeint ist, welches nicht nur ein nachträgliches Fallenlassen der Strafklage, sondern auch die Abweisung des Klägers durch Urteil trifft. Aber diese beiden Fälle sind doch nicht notwendig als wesensverschieden zu behandeln. Im attischen Gesetze über die Geldstrafen gegen frivole Anklagen wird ja das Fallenlassen der Strafklage nur als ein erschwerender Fall der frivolen Klage betrachtet, deren Tatbestand vorliegt, wenn der Ankläger für seine Anklage nicht einmal den 5. Teil der Richterstimmen erhält<sup>1</sup>.

Ein Teil des Reformvorschlages, den wir bei PLAUTUS augenscheinlich für das römische Publikum zugespitzt finden, könnte geradezu auf das attische Recht zugeschnitten sein. Daß der Delator die Hälfte der Geldstrafe erhält, ist in griechischen Gesetzen häufig angeordnet<sup>2</sup>. Geltendes Recht ist eben dies auch bei der attischen *φάσις*, der öffentlichen, d. h. jedem Bürger zustehenden, schätzbaren Klage wegen Hinterziehung von Staatsgut oder wegen Verstoßes gegen die Handels- und Zollordnungen, und eben diese Prozeßform gab ja nach einer Überlieferung der Alten gerade dem Treiben der „Sykophanten“ den Namen. Ist es mehr als ein Zufall, daß gerade im attischen Rechte der *φάσις* auch für eine Reform, wie PLAUTUS sie für die Widerklage gegen den Popularkläger empfiehlt, Raum gewesen wäre? Nach attischem Rechte hatte der Ankläger, der nicht mindestens den 5. Teil der Stimmen erhielt, die Geldstrafe von 1000 Drachmen zu fürchten<sup>3</sup>. Hier wäre die Möglichkeit der Verurteilung auf die volle Höhe der beantragten Strafsumme nach dem attischen Rechte des 4. Jahrhunderts eine empfindliche Strafschärfung gewesen, da die Verurteilungen auf mehr als 1000 Drachmen ja nach unsern Quellen nicht selten gewesen sein können. Dazu kommt noch, daß einmal bei ISAIOS or. 4, 11 der Gedanke der Talion gegen den frivolen Kläger so auftritt<sup>4</sup>, als sei er ein Gemein-

<sup>1</sup> DEMOSTH. 58, 6: *ἐὰν ἐπεξιών τις μὴ μεταλάβῃ τὸ πέμπτον μέρος τῶν ψήφων, χιλίας ἀποτίνειν, κἂν μὴ ἐπεξίῃ γ', ὃ Θεοκρίνη, χιλίας ἐτέρας.*

<sup>2</sup> Vgl. WILHELM a. O. S. 128. Für die kretischen Inschriften vgl. LIPSIUS, Abhandlungen d. Sächs. Gesellsch. d. Wiss. phil. u. hist. Kl. 27 (1909) 393.

<sup>3</sup> Vgl. MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS Attischer Proc. 301. 951 f.; LIPSIUS, Attisches Recht und Rechtsverf. 315.

<sup>4</sup> Dazu auch HIRZEL, Die Talion, in Philologus LVII 1898 S. 408 A. 9.

platz der attischen Gerichtsrede. Dort handelt es sich allerdings um einen Privatprozeß, aber auch dieser Beleg genügt, uns zu zeigen, wie nahe der Gedanke des plautinischen Parasiten dem attischen Rechtsleben des 4. Jahrhunderts lag.

Für die Frage, woher PLAUTUS seine Rechtsanschauung schöpfte, ist damit ein volles Ergebnis allerdings nicht gewonnen. Aber es genügt, den attischen Rechtszustand bei der *φάσις*, das Gesetz von Erythrai und die Verse des Persa nebeneinanderzustellen, um die Verse Persa v. 68ff. aus jeder Diskussion, die über die römische Popularklage geführt wird, auszuschließen.

V. 159 sq. Als Saturio fragt, woher er die Kostüme zur Verkleidung seiner Tochter als persische Sklavin nehmen solle, antwortet Toxilus:

*abs chorago sumito;*

*dare debet: praebenda aediles locaverunt.*

Natürlich beruht die Nennung der Ädilen hier auf römischem Zusatz. Im griechischen Original mag hier, wie in den v. WILAMOWITZ herangezogenen parallelen Stellen<sup>1</sup> anderer Komödien, nur der *χορηγός* gestanden haben, der die Kostüme der Schauspieler vermietet. Übrigens soll die Mietung der Kostüme auch an dieser Stelle zwischen dem Choragus und den Schauspielern erfolgen<sup>2</sup>. Wenn philologische Erklärer von einem Vermieten der Kostüme durch den Ädilen sprechen<sup>3</sup>, so stimmt dies nicht zu dem Sprachgebrauch der zensorisch-ädilischen Lokationen. Die Ädilen vergeben hier die Garderobenhalterei an einen Unternehmer, wie sie sonst öffentliche Arbeiten vergeben: *ornamenta praebenda locare* steht hier nicht anders als I. Iulia municip. (CIL I, 206 l. 29): *viae partem dimidiam . . . aedilis . . . tuendam locato*.

V. 289. Zu einer Bemerkung können die Worte Anlaß geben, die Paegnum und Sagaristio in der 4. Szene des 2. Aktes wechseln. Paegnum hat dem Sagaristio gesagt, er solle nach Hause gehen, dort warte auf ihn schon das Unheil, d. h. nach Paegniums Andeutung eine Tracht Prügel. Sagaristio mißversteht absichtlich und antwortet, als drohe ihm Paegnum mit einer Klage:

*Vadatur hic me — Paeg. Vtinam vades desint, in carcere ut sis.*

Der spottende Scherz ist klar: Sagaristio sagt dem zornigen Burschen, der ihm gegenübersteht: Der Mann will mich verklagen! Darauf Paegnum, der das Wort *vadari* aufgreift: Ja könnten dir nur Bürgen fehlen, damit du ins Gefängnis kommst. Das Wortspiel mit *vadatur* und *vades*

<sup>1</sup> Trin. 857. Capt. 61. Curc. 464.

<sup>2</sup> *sumito* beweist nichts für Gratisempfang, vgl. Trin. 857 sq. *dare debet* heißt es nur, weil der Garderobenhalter zur Eingehung der Kostümvermietung aus seinem Vertrag mit den Ädilen verpflichtet ist.

<sup>3</sup> v. WILAMOWITZ a. O. p. 17, unklar M. MEYER a. a. O. p. 189.

könnte im Lateinischen auf Nachbildung beruhen. Das attische *κατεγγυῶν*<sup>1</sup> oder außerattisch *ἐγγυῶν*<sup>2</sup> kommen geradezu im Sinne „verklagen“ vor, abgeleitet von dem Verlangen der Bürgenstellung, das der Kläger gegen den Bekagten erhebt. So war also auch griechisch das Wortspiel mit einem von *ἐγγυῶν* abgeleiteten Worte und den Worten *ἐγγυητής* oder *ἐγγυος* möglich, und ins attische Rechtsleben übertragen bekommt die ganze Wendung erst den rechten Sinn. In Rom kann der Sklave Sagaristio gar nicht verklagt werden; auch davon, daß er Bürgen stellen konnte, ist keine Rede. Ganz anders stimmt der Scherz zur attischen Ordnung, nach welcher Ladung von Sklaven vor Gericht<sup>3</sup> und Stellung von Bürgen durch einen Sklaven<sup>4</sup> gar nichts Ungewöhnliches ist. Für Athen trifft auch die Erwähnung des öffentlichen Gefängnisses zu, das den zur Bürgenstellung aufgeforderten Nichtbürger trifft, wenn er keinen Bürgen findet<sup>5</sup>. So ist die Bemerkung des Sagaristio, wenn man sie auf Athen bezieht, ein verständlicher Scherz; für römische Verhältnisse war sie ohne rechten Sinn.

V. 400. Der Sklavenhändler erwähnt hier das eidliche Versprechen des Toxilus, die Loskaufsumme am bestimmten Tage für sein Liebchen zu erlegen. Dieser Eid paßt meines Erachtens weniger gut zu dem römischen Rechtsleben<sup>6</sup> als zu dem altgriechischen, in dem wir den beschworenen Pakt (*πίστις*) gerade zum Zwecke des Loskaufs aus Gefangenschaft öfters finden<sup>7</sup>.

V. 470. Bei der Freilassung der Lemniselenis liegt die plautinische Verarbeitung des griechischen Vorbildes besonders klar zutage. Nach attischem Rechte, wie es in den Komödien hervortritt, muß eine Freilassung durch einseitige Freierklärung seitens des Herrn möglich gewesen sein<sup>8</sup>. Diese einseitige Erklärung tritt sonst in dem von ÄSCHINES referierten Gesetz über das Verbot der Freilassungserklärungen im Dionysostheater hervor<sup>9</sup> wie in den Stellen der römischen Dichtung, welche sichtlich die attische Freilassung darstellen wollen<sup>10</sup>. Von einer

<sup>1</sup> Vgl. die attischen Belege in meinem Griech. Bürgschaftsrecht I, 128. Im Sinne von 'verklagen' steht das Wort bei PLUT. Tim 37 und wohl PAP. Petrie II 17, 1 p. [55] l. 3.

<sup>2</sup> PAP. Hibeh 92 (a. 263/262 a. C.) l. 14.

<sup>3</sup> Vgl. BEAUCHET, Histoire du droit privé 2, 459, mein Gr. Bürgschaftsrecht I, 135, 10.

<sup>4</sup> Für den Freiheitsprozeß vgl. Bürgschaftsrr. I, 293ff., im Strafprozeß vgl. PLATO Leg. IX p. 872 B. XI p. 937 B.

<sup>5</sup> Bürgschaftsrr. I, 290.

<sup>6</sup> BEKKER, Zeitschr. d. Sav. Stift. f. Rgesch. (Rom. Abt.) 30 (1909) S. 43.

<sup>7</sup> Andok. or. I, 41. 42. Lys. or. 12, 9.

<sup>8</sup> TER. Ad. 969 sq. PLAUT. Men. 1028 sqq. Ep. 726 sqq.

<sup>9</sup> ÄSCHIN. or. III, 41: ἄλλοι δέ τινες ὑποκηρυζάμενοι τοὺς αὐτῶν οἰκέτας ἀφίσταν ἀπελευθέρους, μάστιγας τῆς ἀπελευθερίας τοὺς Ἕλληνας ποιούμενοι.

<sup>10</sup> Vgl. die Stellen in Anm. 8.

Mitwirkung eines staatlichen Beamten scheint schlechterdings nichts bezeugt zu sein<sup>1</sup>. Fraglich kann nach den vorliegenden Quellen nur sein, ob die private Freilassungserklärung genügte, oder ob nicht noch eine Publikation durch den Ausrufer (*διὰ κήρυκος*) hinzutreten mußte, die allerdings der attischen bei THEOPHRAST bezeugten Sitte für Grundstücksgeschäfte entspräche. Jedenfalls bedarf der Freilasser nicht der Mitwirkung einer Behörde zur Abgabe seiner Erklärung, und eine solche Freilassung scheint auch im Persa am Ende des 3. Aktes noch beabsichtigt zu sein. Denn als Toxilus zur Zahlung der 600 Drachmen bei Dordalus erscheint und der Sklavenhändler mit dem Geld auf das Forum eilt, um es nachzuzählen und auf Echtheit prüfen zu lassen, wird verabredet, daß das Mädchen sofort durch den Garten in die Wohnung des Toxilus gehen solle, ohne sich in der Öffentlichkeit zu zeigen (v. 440—448). Aber als zwei Szenen nachher Dordalus wieder erscheint, will er *mit dem Mädchen* auf dem Forum bei dem Prätor gewesen sein (v. 487), dort das Mädchen vor dem Prätor freigelassen haben, und vom Forum soll das Mädchen in die Wohnung des Toxilus geführt worden sein (v. 491). Diese unmotiviert Veränderung des in Aussicht genommenen Verlaufes der Handlung ist wohl durch die Einarbeitung der *manumissio vindicta* zu erklären. Diese Einfügung ist auch von v. WILAMOWITZ aus der Nennung des Prätors und der un-griechischen Art, in welcher die juristische Wirkung der Freilassung aufgefaßt wird, geschlossen worden<sup>2</sup>. Dordalus rühmt sich, die attische Bürgerschaft um eine Neubürgerin bereichert zu haben (v. 474). Das ist gut römisch gedacht, denn die attische, wie die altgriechische Freilassung überhaupt, überträgt nicht Bürgerrecht, sondern macht den Freigelassenen nur zum freien Staatsfremden, meist zum Metöken, der die Kopfsteuer zahlt. — Wie das griechische Material im einzelnen die Freilassung des Mädchens ausmalte, ist nicht zu erkennen. Es kann nicht behauptet werden<sup>3</sup>, daß nach dem griechischen Text die Freilassung in einer Form erfolgte, welche das Mädchen juristisch an Toxilus durch die Klausel band, durch welche das *παράμεινεν* bei Toxilus auferlegt wurde.

V. 524 sq. 532. 589. 717. Für den Juristen bieten die Verse besonders viel, in denen die Haftung für Rechtsübertragung in Rede steht.

<sup>1</sup> Vgl. auch CALDERINI, la manomissione et la condizione dei liberti in Grecia, Milano 1908, p. 129. Für die private Freilassungserklärung DARESTE, Journal des Savants a. O. 148. An eine öffentliche vor Beamten denkt FREDERSHAUSEN a. O. 32, nach dem Vorgang von PERNARD, a. a. O. p. 70ff. Daß Stellen wie die in Anm. 8 anders als auf einseitige Freierklärung zu deuten seien (so PERNARD), kann ich nicht zugeben.

<sup>2</sup> A. a. O. p. 20.

<sup>3</sup> Wie geschehen bei v. WILAMOWITZ a. a. O. p. 19, und nach ihm bei FREDERSHAUSEN a. a. O. p. 26.

Timarchides hat angeblich an seinen Geschäftsführer Toxilus, mit der Empfehlung des Persers die Weisung gesandt: „Auf eigene Gefahr soll, wer das Mädchen kauft, es erwerben. Eine Manzipationsgarantie sollst du dabei nicht übernehmen, noch wird jemand manzipieren.“ (524 aq.)<sup>1</sup>. — Über diesen Satz des angeblichen Briefes verhandeln Toxilus und der Sklavenhändler, der Bedenken gegen das gefährliche Geschäft hat: „wenn ich nicht manzipiert erhalte, was kann mich die Ware interessieren?“ (532)<sup>2</sup>. Als nachher der „Perser“ erscheint, sagt er vor Eintritt in die Verhandlung: „niemand wird dir das Mädchen manzipieren.“ (589)<sup>3</sup>. Und endlich, als der Sklavenhändler das Mädchen erworben hat und nun vor einer Entwertung bangt, fragt er sich: „wohin soll ich denn dem Veräußerer folgen? zu den Persern?!“<sup>4</sup> — Also denkt der Dichter daran, daß der veräußernde Perser rechtlich hafte, wenn dem Veräußerer die erworbene Sache wegen Rechtsmangels entzogen wird<sup>5</sup>.

Juristisch interessant ist bei allen diesen Äußerungen vor allem die Tatsache, daß die Eviktionsgarantie dadurch geleistet werden soll, daß ein anderer als der Veräußerer „manzipiert“: allerdings haftet nach der Auffassung des Stückes rechtlich auch der Veräußerer selbst auf Rückzahlung des Preises, wenn der Erwerber entwert wird; aber da diese Haftung des Veräußerers selbst praktisch nicht in Betracht kommt, steht in Frage, ob nicht ein Garant dadurch die Eviktionsgarantie übernehmen soll, daß er anstatt des Veräußerers „*mancipio det*“. Was hier in der griechischen Vorlage stand, kann kaum mehr zweifelhaft sein, wenn wir das juristische Wesen der griechischen Eviktionsgarantie, wie es aus altgriechischen Rechten erschlossen ist, danebenhalten. Dort tritt die Person, welche neben dem Veräußerer die Eviktionsgarantie übernimmt, nicht als „Kaufbürge“ auf, der ein

<sup>1</sup> So, wenn man mit dem AMBROSIANUS (*promittis* oder vielleicht *-es*) liest:

v. 524 *ac suo periculo is emat qui eam mercabitur:*

*mancipio neque promittes neque quisquam dabit.*

LEO liest mit den Palatini *promittet* und versteht also: „niemand wird zu *mancipium* weder versprechen noch geben“ vgl. *Analecta Plautina* I (Gött. Progr. 1896) p. 24. Aber auch nach LEOS Meinung ist, wie er mir im Gespräch darlegt, das imperativisch zu denkende Futurum *promittes* sprachlich möglich. Ich glaube, *promittes* könnte dem Briefe des Timarchides eine schärfere juristische Fassung in der logischen Steigerung geben: „weder nimmst du, mein Sklave, die Auktoritätshaftung durch *repromissio* auf dich, noch wird jemand irgend *mancipieren*.“

<sup>2</sup> v. 532: *nisi mancipio accipio, quid eo mi opus est mercimonio?*

<sup>3</sup> v. 598: SA. *prius dico: hanc mancipio nemo tibi dabit. iam scis?*

<sup>4</sup> v. 717 sq.: *quo illum sequar? in Persas? nugas.*

<sup>5</sup> Irrig meint GIRARD, *rev. nouv. hist. de dr. fr. et étr.* 6 (1882) p. 197, daß Sagaristio, der ‚Perser‘, seine eigene Haftung für Eviction ausschließt. Auch v. 524 sq. wird von GIRARD irrig auf eine Anweisung bezogen, welche der Brief an die Adresse des ‚Persers‘ enthielt. Im ersten Punkt ähnlich DARESTÉ, *Journal des Savants* 1892, p. 150, BERCEANU a. a. O. p. 120.

Schuldversprechen neben dem Veräußerer erklärte, sondern der Eviktionsgarant tritt als Verkäufer, *πρατήρ*, neben dem Veräußerer in den Kaufvertrag ein<sup>1</sup>. Der Garant verhaftet sich als „Verkäufer“, „Mitverkäufer“, „Vizeverkäufer“ an der Sache, die vom Veräußerer übertragen wird, und er haftet folgeweise nicht kraft Bürgschaft, sondern kraft Gewährhaftung als Verkäufer, er garantiert nicht eine Zahlung oder Handlung des Veräußerers, sondern er selbst will als Verkäufer behandelt werden, wenn es zur Gewährung und zum Gewährzugang kommt. Dieser griechische Eviktionsgarant stand wohl in der griechischen Vorlage und die Weisung des Briefes mag im Griechischen dahin gegangen sein, daß weder der Sklave Toxilus eine Garantie für *βεβαίωσις* übernehmen soll, noch ein anderer — offenbar auf Veranlassung des Toxilus — als *πρατήρ* für die Veräußerung des Mädchens aufzutreten werde. Fürs attische Recht war diese Rechtsfigur des *πρατήρ* oder *πρατήρ καὶ βεβαιωτής* lange bestritten worden<sup>2</sup>, obwohl sie außerhalb Attikas vielfach nachweisbar ist. Aber diese Bestreitung hing eng mit der schiefen juristischen Auffassung zusammen, die man von der Bedeutung dieses „Kaufbürgen“ hatte. Versteht man den *πρατήρ* richtig als einen in den Kaufvertrag als Mithafter eintretenden zweiten Verkäufer<sup>3</sup>, so liegt kein Grund vor, diesen Garanten nach attischem Recht für unmöglich zu erklären, und tatsächlich hatten wir mindestens schon *einen* Beleg für das Auftreten eines solchen Nebenverkäufers, der sich bei Veräußerung dadurch als Gewährshafter verbindlich macht, daß er selbst die Veräußerungserklärung an der ihm gar nicht gehörigen und von ihm nicht als sein Eigen beanspruchten Sache abgibt. Ich meine den attischen Poletenprytan bei der Zuschlagserteilung im Staatspachtvertrage, wie FOUCART nach POLLUX VIII 99 schon richtig beobachtet hat<sup>4</sup>. Dazu möchte ich nun als neuen Fall die griechische Vorlage des Persa stellen. In diesen Vorstellungskreis griechischer Rechtsbegriffe ist vom römischen Dichter das Recht des zivilen Veräußerungsgeschäftes an manzipablen Sachen eingearbeitet worden. Wo das griechische Original vom *πρατήρ* sprach, setzte der römische Dichter sein *mancipio dare* ein. Eine *mancipatio* durch den Veräußerer selbst kam nicht in Betracht, da der „Perser“ ja als fremder Reisender, nicht als Inländer auftritt. Dabei ist in der römischen Überarbeitung die Form interessant, in welcher Timarchides angeblich seinen Sklaven Toxilus über den Verkauf instruiert (525): *mancipio neque promittes*

<sup>1</sup> Griech. Bürgschaftsrecht I, 348 ff.

<sup>2</sup> Die Literatur vgl. im Bürgschaftsrecht I, 341 A. I. 357 A. I.

<sup>3</sup> Von „Schuldmitübernahme“ könnte man mit einem Schriftsteller des modernen bürgerlichen Rechtes reden, wenn der Begriff nicht aus Gründen moderner Dogmatik bedenklich wäre.

<sup>4</sup> Näheres im Bürgschaftsrecht I, 357 zu A. 5.

[-is A, *promittet* P] *neque quisquam dabit*. Je nachdem man *promittes* oder *promittet* liest, ergibt sich eine etwas verschiedene Bedeutung. Mit *promittes* richtet sich die Weisung des Herrn an den Sklaven, und der Sinn ist: weder sollst du (Toxilus) ein Gewährungsversprechen abgeben noch wird irgend jemand die *mancipatio* vornehmen. Das *mancipio promittere*, das der Sklave selbst vollziehen könnte, stände hier im Gegensatz zum *mancipio dare*, durch welches irgendein Dritter die Auktoritätshaftung sich zuziehen könnte. Diese Stelle würde so zum neuen Beleg für den Rechtszustand, den MITTEIS<sup>1</sup> neuerdings erwiesen hat: der Sklave kann eben auch in Vertretung seines Herrn und mit dessen Vollmacht nicht manzipieren, nur eine promissio ist ihm möglich. Liest man dagegen mit den Palatini *promittet*, so besagt der fragliche Passus: niemand wird Auktoritätshaftung sei es durch Schuldversprechen sei es durch Vollzug der *mancipatio* übernehmen. In dieser Frage der Lesung steht dem Juristen kein abschließendes Urteil zu; daß ich zur ersteren der beiden Lösungen mehr neige, wurde schon gesagt (oben S. 150 A. 1). — Auch die sachliche Auffassung des fraglichen Satzes ist heut bei den Juristen wohl noch nicht geklärt. Mancher scheint geneigt, das *mancipio* als modalen Ablativ zu fassen und daher zu übersetzen: durch Manzipationsakt sollst du nicht (oder, wenn man *promittet* liest: wird niemand) promittieren<sup>2</sup>. Aber jedenfalls ist ein *promittere* doch nur im Verbalvertrag möglich und verspricht der Manzipant im Manzipationsformular gar nichts<sup>3</sup>. *mancipio* ist sicherlich dativus finalis, wie es ja für *mancipio dare* selbstverständlich ist<sup>4</sup> und für *mancipio promittere* bei den Philologen auch längst feststeht<sup>5</sup>. *mancipio promittere* bezöge sich danach auf ein Versprechen, das zum Zwecke der Manzipationswirkung, oder damit die Sache als manzipiert gelte, abgegeben werden konnte; danach wäre eine Form der *satisdatio secun-*

<sup>1</sup> Zeitschr. d. Savigny-Stiftung 21, 208f. 25, 381; Röm. Priv.-R. 1, 208f. Anm.

<sup>2</sup> So anscheinend COSTA, Diritto romano nelle commedie p. 361. 363.

<sup>3</sup> Gegen die von KARLOWA Rgesch. 2, 373f. wieder vertretene Meinung, nach welcher die actio auctoritatis auf einer nuncupatio bei dem Manzipationsakte beruhte, vgl. abschließend GIRARD, nouv. hist 1882 S. 207—208; PERNICE, Labeo, 3, 1, S. 115—30; RABEL, Haftung des Verkäufers I S. 2. 8, A. 1.

<sup>4</sup> Vgl. die Stellen zu *mancipio dare* bei PLAUTUS nach PEINE, De dativi usu apud priscos scriptores latinos, Straßb. Diss. 1878 p. 97 und noch Vat. fr. 264 sowie die übrigen dativischen Zweckbestimmungen im Vocab. iurisp. rom. II 315.

<sup>5</sup> Vgl. PEINE a. a. O. p. 98. Auf Anfrage stimmt mir LEO darin bei: *mancipio promittere* mit *mancipio* als Dativ sei gutes Latein und in diesem Satze, in dem es durch *neque quisquam dabit* (*mancipio*) gestützt sei, unanfechtbar. Die Frage ist bekanntlich für die Rechtssprache nicht ohne Bedeutung. Seit CUIACIUS betrachtet man *doti promittere* in den Digesten als sprachlich anstößig und als interpoliert für *doti dicere*, vgl. HEUMANN-SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts v. *promittere*; A. BERGER, Extrait du bulletin de l'Académie des Sciences de Cracovie 1909 S. 77f.

*dum mancipium* gemeint, jenes Schuldvertrags, der zumeist neben der *mancipatio* unter Stellung von *vades* nachweisbar ist, der aber auch durch bloßes *repromittere* mit gleichem Schuldinhalt geschlossen werden konnte<sup>1</sup>. Diese Kautio, von der wir nicht mehr als den Namen und die Tatsache ihrer Publikation im prätorischen Edikt kennen<sup>2</sup>, hätte danach wirklich, wie BECHMANN<sup>3</sup> schon vermutete, ohne Manzipation vorkommen können, mit der Wirkung, die Auktoritätshaftung auf den Verbalvertrag statt auf die *mancipatio* zu begründen, und die praktische Bedeutung einer solchen Kautio ohne *mancipatio* wird durch Fälle wie den unseren deutlich, da hier die *mancipatio* aus der Hand des Sklaven nicht möglich war.

Sehe ich recht, dann hat der römische Dichter mit reifer Überlegung die römischen Denkformen auf den griechischen Rechtsfall angewendet. Diese Feststellung sichert eine Beobachtung, die wir nun für eine wenig beachtete Form der Gewährschaftsgarantie machen können. Wie im altgriechischen Recht konnte wohl auch in Rom ein Nichteigentümer Garantie gegen die Entwerung der manzipierten Sache übernehmen, indem er selbst statt des Veräußerers oder zugleich mit ihm die Sache dem Erwerber manzipierte. Daß diese Möglichkeit der-einst in Rom bestand, wird recht wahrscheinlich, wenn wir hören, daß noch der klassische Eviktionsgarant, der durch Verbalvertrag sich neben dem Veräußerer verpflichtet, in der Tagessprache *secundus auctor* heißt<sup>4</sup>. Weist doch dieser technische Ausdruck deutlich genug in die Periode römischer Rechtsgeschichte, in welcher die *auctoritas* auf Grund der *mancipatio* noch eine im Rechtsleben sehr wichtige Gestaltung der Eviktionshaftung war<sup>5</sup>. Auch die griechischen Parallelen, welche römisch-griechische Glossen geben, deuten in derselben Richtung: *βεβαιωτήρ, προπράτωρ* = *secundus auctor*<sup>6</sup>. *βεβαιωτήρ*, das ist eben jener griechische Eviktionsgarant, der Mithaftung auf sich nimmt, indem er neben dem Veräußerer als Verkäufer von dessen Sache auftritt. Sehe ich recht, dann hätte also in Rom die Möglichkeit bestanden, daß ein Dritter, ähnlich wie hier von PLAUTUS vorausgesetzt wird, neben dem Veräußerer manzipierte, um auch gegen sich die *actio auctoritatis* zu begründen, obwohl bei der *mancipatio* er selbst und die Parteien wußten, daß er als *secundus auctor* nicht den Willen oder die Legitimation zur Rechtsübertragung hatte<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. die bätische Fiduziartafel, CIL II 700 u. 5042 l. 16 ss.

<sup>2</sup> Die Literatur zu dieser Kautio vgl. bei GIRARD nouv. rev. hist. 7 (1883) 547ff. LENEL, Edictum<sup>2</sup> S. 521f.

<sup>3</sup> BECHMANN, Der Kauf I, 467ff. <sup>4</sup> D. 21, 2, 4 pr.

<sup>5</sup> Zu dieser *actio auctoritatis* vgl. RABEL, Haftung des Verkäufers I, 5ff.

<sup>6</sup> Corp. gloss. lat. 2, 256, 53. 420, 10; 2, 181, 1. Vgl. *προπράτήρ* = *auctor*, Corp. gl. I. 2, 415, 5.

<sup>7</sup> RABEL, Haftung I, 13, 6 hatte es für unwahrscheinlich gehalten, daß der römische Bürge als Zweiter die *auctoritas* jemals übernommen habe. Den Schluß, den er dagegen aus Cod. 8, 44, 7 zog, lehnt er nach brieflicher Mitteilung heut selbst ab.

Vielleicht dürfen wir noch eine Tatsache fürs römische Recht aus unsern Plautusversen ablesen. Der Dichter konnte seine Anspielung auf römisches Manzipationsrecht doch wohl nur dann wagen, wenn die *mancipatio* im gleichen Fall in Rom üblich war. Dann wären also Manzipationen an neuimportierten Sklaven fremdländischer Eigentümer durch deren römische Geschäftsfreunde in Rom vollzogen worden, einzig mit dem Zwecke, dem Erwerber eine Eviktionsgarantie zu bieten, wenn schon ein ziviler Eigentumserwerbsakt aus solchen Manzipationen für den römischen Erwerber ausgeschlossen war, da ja die *mancipatio* ziviles Eigentum des Veräußerers voraussetzt, wenn sie Eigentumsübergang wirken soll. Diese Verwendung der *mancipatio* als ausschließlich schuldrechtliches Haftungsgeschäft kommt in den geläufigen Darstellungen des Manzipationsrechts gewöhnlich zu kurz. Aber nur durch diese Garantie-Manzipation gewinnen wir eine Anschauung von dem Wege, auf dem man vor der Entstehung der *fideiussio* eine Eviktionsgarantie neben dem Veräußerer selbst begründen konnte, ohne erst, wie für eine Sponsionsbürgschaft, einen Verbalvertrag des Veräußerers nötig zu haben<sup>1</sup>.

Die Literatur hat mehrfach den hier besprochenen Fall als Beleg für ein hohes Alter dieses Rechtszustands herangezogen, nach welchem die Eviktionshaftung auf dem Abschluß des konsensualen Kaufvertrags allein beruht hätte. Man zitierte die Stellen aus PLAUTUS *Persa* ganz ernsthaft für eine *actio empti* wegen *Eviction*<sup>2</sup>. Wie wenig Wert derartige Beweisführungen aus der römischen Komödie allein haben, ist schon oft genug dargelegt worden<sup>3</sup>. Da kein römischer technischer Ausdruck auf ein bewußtes Hineintragen römischer Rechtsgedanken deutet, bleibt am wahrscheinlichsten, daß der römische Dichter nur seine griechische Vorlage nachgebildet hat.

V. 738—752. Die Szene, in welcher Saturio als Vater des verkauften Mädchens dem Sklavenhändler entgegentritt, wird von den Philologen vielfach als Resultat von zahlreichen Streichungen betrachtet, welche der römische Dichter an der griechischen Vorlage vornahm. Die auffallende Kürze des Stückes, die knappe Ausführung der letzten Szene des 4. Aktes geben Verdachtsmomente, und man weist darauf hin, daß wir gar nicht ausführlich hören, wie Saturio dem Dordalus das Mädchen abgestritten hat und wie es eigentlich zugeht, daß der Parasit, der allein um des guten Essens willen sein Kind zu dem zweideutigen

<sup>1</sup> Bei den obigen Darlegungen fühle ich mich nicht im Gegensatz zu den Ausführungen von MITTEIS, *Röm. Priv.-R.* I, 208, über die Unmöglichkeit einer Stellvertretung bei der *Rechtsübertragung* durch *mancipatio*.

<sup>2</sup> So zuletzt noch BERCEANU a. a. O. p. 120f.

<sup>3</sup> DARESTE, *Journal des Savants* 1892 p. 149; GIRARD *nouv. rev. hist.* 17 (1893), 796.

Streich hergab, selbst gar nicht an dem Feste teilnimmt, mit dem Toxilus das Gelingen seines Streiches feiert<sup>1</sup>. Ganz gewißlich liegt es nahe, den wenig glücklichen Eingriff ins griechische Original dort zu suchen, wo die römische Zutat zweifellos ist: in der Szene zwischen Saturio und dem Sklavenhändler. Dort ist zweifellos die *in ius vocatio*, die Erwähnung des *antestari* durch Berühren des Ohrläppchens (v. 748) vom römischen Dichter beigetragen. Dieses römische Ladungsrecht mußte in den plautinischen Text hinein, weil die griechische Vorlage hier wahrscheinlich einen Vorgang wiedergab, der dem römischen Rechtsleben fremd ist. Mit Sicherheit können wir vermuten, daß zwischen dem Vater und dem Sklavenhändler eine jener Raubscenen stattfand, zu denen das attische Recht dadurch Gelegenheit bietet, daß der Freie, welcher den freien Stand eines in Sklaverei Gehaltenen verteidigt, seinen Schützling dem angeblichen Herrn entreißt. Was die attischen Quellen als *ἀφαιρείσθαι εἰς ἐλευθερίαν* kennen, was der Delphier als *σολᾶν* bezeichnet, das gewaltsame Entreißen des Mädchens aus der Hand des Sklavenhändlers, wird in der griechischen Vorlage des Persa auch nicht gefehlt haben. Noch v. 163 sq. scheint ganz deutlich auf dieses außergerichtliche Entreißen des Mädchens aus der Hand des Kupplers zu zielen; dort ist die Rede davon, daß der Vater unmittelbar nach dem Verkauf ein *manu adserere a lenone*, ein *abducere* vornehmen soll. Unter diesem *manu adserere*, das der Kuppler übrigens auch nach dem Kaufabschluß fürchtet (v. 717), verbirgt sich wohl eben der außergerichtliche sinnfällige Akt des *ἀφαιρείσθαι*, der als Bestreitung des Rechts des Besitzers nach griechischer Ordnung ebenso notwendig gewesen sein mag wie die Auflegung von Hand und Stab in der von den Parteien zu sprechenden Spruchformel des römischen Sakramentsprozesses. Gerade auch in Athen beginnt der Freiheitsprozeß damit, daß der adsertor seinen Schützling aus der Hand des Besitzers entreißt. Und wenn unsere Belege bei den attischen Rednern<sup>2</sup> wohl zufällig auch nur davon handeln, daß ein in Freiheit Lebender als Sklave in Anspruch genommen wird und sein Adsertor ihm die einstweilige Freiheit während des Prozesses wiederverschafft, so ist doch kaum ein Zweifel daran möglich, daß auch der Freiheitsprozeß für einen in Knechtschaft Gehaltenen durch die eigenmächtige Wegnahme eingeleitet wurde<sup>3</sup>. PLATO, Leg. XI p. 914 D. scheint ja das *ἀφαιρείσθαι*

<sup>1</sup> v. WILAMOWITZ a. O. 20 sq. M. MEYER p. 180.

<sup>2</sup> (DEMOSTH.) or. 58, 21. or. 49, 50. ÄSCHIN. or. 1, 65—67. LYS. or. 23, 9.

<sup>3</sup> Vgl. auch BEAUCHET, droit privé 2, 525. Vorsichtig zweifelnd die Herausgeber der Inscr. jur. gr. 1, 445. Aber die Wendung bei ISOKR. or. 12, 97: *παράπληστον ἐποίησαν τοῖς παρὰ μὲν τῶν ἄλλων τοὺς οἰκέτας εἰς ἐλευθερίαν ἀφαιρομένους*... wäre doch nicht recht möglich, wenn nicht das *ἀφαιρείσθαι* der notwendige Akt zur Geltendmachung der Freiheit eines Individuums war, das in Knechtschaft gehalten wird.

ganz im Sinne des römischen *vindicare* als übliche Einleitungsform jedes Eigentumsstreits um Mobilien zu kennen. Und die Spuren bei TERENZ Eun. 805—809, Ad. 40. 49 zeigen in Athen und in Stücken, die sich als Übersetzungen attischer Komödien darstellen, daß der Befreier außergerichtlich dem Besitzer Trotz bietet. Plautus wird im Persa das ἀφαιρείσθαι ausgemerzt haben, weil die außergerichtliche Gewalthandlung des adsertor nicht römischem Rechtsbrauch entsprach.

Wie die Handlung der Vorlage verlief, nachdem Saturio seine Tochter dem Kuppler entrissen hatte, ist kaum mehr zu erkennen. v. WILAMOWITZ<sup>1</sup> meinte, der Vater des Mädchens habe dem Kuppler mit der ἀπαγωγή vor die Elfmänner wegen Menschenraubes oder Handels mit freien Menschen (ἀνδραποδισμός) gedroht, und der Kuppler habe in Angst vor dem Todesurteil dieses summarisch verfahrenen Gerichtshofes ein Schweigegeld gezahlt; dieser Beute froh, sei Saturio mit seiner Tochter nach Hause geeilt, glücklich, daß er auch einmal daheim satt werden könne. So gut diese Ausmalung möglich ist und trotz v. 749, wo deutlich vom ἀνδραποδισμός die Rede ist, bleibt die Hypothese doch wohl bedenklich. Es ist nach dem Stück nicht deutlich, daß der Dichter dem Dordalus im Moment, wo er das Mädchen kauft, die Kenntnis des freien Standes des Mädchens zuschreibt, und wenn Dordalus mehr als den Kaufpreis von 60 Minen einbüßte, was nach v. 782 nicht der Fall zu sein scheint, ist nicht recht klar, warum der römische Dichter auf die Steigerung seines Effektes verzichtete, wenn er im griechischen Originale fand, daß der Sklavenhändler nicht nur um Geld und Ware, sondern auch um den Betrag des Schweigegeldes geprellt war.

Aber wenn auch hier ein Einblick in das Verhältnis von Vorlage und Nachdichtung unmöglich ist, haben die vorstehenden Ausführungen vielleicht gezeigt, wie mit rechtshistorisch geführter Kleinarbeit den Worten des römischen Dichters noch mancher juristisch interessante Aufschluß abzuringen sein wird. Nicht darum kann es sich handeln, die römische Komödie schlechthin für die römische Rechtsgeschichte als Quelle zu benutzen noch kurzweg die römischen Dichter als Übersetzer der Griechen aus dem Quellenmaterial des römischen Rechtes auszuschließen. Die Zukunft gehört hier der Einzelbetrachtung, die für jeden Vers der römischen Komödie sich die Frage stellt: was kann der griechische Dichter nach den Rechtsanschauungen seiner Welt in der griechischen Vorlage gesagt haben, und worin besteht das Minimum römischer Zutat, die PLAUTUS notwendig als seine eigene Arbeit beigefügt hat?<sup>2</sup>

<sup>1</sup> A. a. O. p. 21.

<sup>2</sup> Vgl. P. F. GIRARD nouv. rev. hist. 17 (1893) p. 796; F. LEO, Plautinische Forschungen S. 91f.

### 3. HERMANN LIPSIUS, Zum Recht von Gortyns.

(Abhandl. der kgl. sächs. Ges. d. Wiss., Phil.-hist. Kl. XXVII. Bd., Nr. 11)

[Deutsche Literatur-Zeitung 1910, 3002 — 4]

Der ausgezeichnete Lehrer altgriechischen Rechts veröffentlicht hier eine Reihe von Bemerkungen, welche für die Detailforschung der kretischen Inschriften, insbesondere von Gortyns von Interesse sind. Zu den kretischen Klaroten, die als Hörige, entsprechend den spartanischen Heloten, den Boden bestellten, zu den *ἀφέταιροι* und den *ἐταιρεῖαι* und zu dem Verhältnis der *φύλαι* und *σταστοί*, zum Fremdenprozeß und dem Schiedsverfahren auf Grund privaten Schiedsvertrages, zu den noch sehr obskuren *τιαί*, der Inschrift über die Niederlassung der Freigelassenen (Griech. Dial.-Inscr. Collitz-Blass, Nr. 4982) endlich zu den Begriffen *δρομεύς*, *ἀγέλα* sind zum Teil schon früher von LIPSIUS vertretene, teils neue Auffassungen vorgelegt.

Den Privatrechtler muß vor allem die zum Stadtrecht V, 21 gegebene Deutung beschäftigen. Sehr ansprechend ist vermutet, daß der Grundbesitz nicht von der Teilung unter die Erben des Bürgers ergriffen wird, da er als Familiengut in der männlichen Nachkommenschaft des ersten Eroberers weitererbt, der einst mitlosend seinen Kleros empfangt. Unter diesem Gesichtspunkt wird nun das Gesetz über die Erbfolge erklärt: In erster Linie erben die Kinder, Enkel, Urenkel, in zweiter die Brüder, deren Kinder und Enkel, in dritter die Schwestern, deren Kinder und Enkel, in vierter *οἷς κ' ἐπιβάλλῃ ὁπῶ κ' ἦ*, die weiteren Blutsverwandten. Nach dieser Ordnung schließt das Gesetz mit den Worten *αἱ δὲ μὴ εἶεν ἐπιβάλλοντες τὰς Φοικίαις, οἳ τινές κ' ἴωντι ὁ κλάρος, τούτους ἔχεν τὰ χορήματα*. LIPSIUS faßt diese Worte als Erstreckung der Erbberechtigung noch über den Kreis der Blutsverwandten hinaus auf die, welche wenigstens demselben *κλάρος* angehören. Aber damit trifft er auf den schon von THALHEIM erhobenen Einwand (Berl. phil. Wochenschrift 1910, Sp. 520), es sei nicht klar, wie durch unterlassene Teilung des Landloses der Kreis der demselben *κλάρος* Zugehörigen über die Blutsverwandten hinaus sich erweitern könne. Aber müssen denn die abgedruckten Schlußworte eine neue Erbklasse einführen? — Da das *κα* im *αἱ δὲ μὴ εἶεν . . .* fehlt, liegt gar keine Notwendigkeit vor, zu glauben, daß nunmehr das Fehlen der in der vierten Klasse genannten *ἐπιβάλλοντες* vorausgesetzt wird. Der Ref. denkt vielmehr daran, daß in den fraglichen Wörtern nur

eine Ausführung zu dem in Klasse vier erwähnten Begriffe *ἐπιβάλλοντες* gegeben sei: wenn niemand mehr aus dem *οἶκος*<sup>1</sup> des Erblassers vorhanden sei, nicht Kinder, Brüder, Schwestern oder Abkömmlinge von diesen, dann sollen die in der Wirtschaftsgemeinschaft des Bodenlosen Lebenden den Mobiliarnachlaß erhalten. Die Erbordnung von Gortyns würde damit auch nach der zweiten Parentel die Männer vor die Frauen stellen. Bemerkenswert wäre auch der Zug der Übereinstimmung mit dem römischen *ius civile*, das auch, wie die Alten sagen (Paul. s. r. 4, 8, 20 [22]), *Voconiana ratione* die agnatischen weiblichen Verwandten, ausgenommen die agnatische Schwester, von der Erbschaft ausschließt. Außerdem konnte die Gesetzesbestimmung entfernteren Verwandten den Nachweis ihrer Verwandtschaft zum Erbrecht ersparen, wenn sie in der Wirtschaftsgemeinschaft am *κλήρος* saßen.

Mit besonderer Freude wird der für die Einheit des griechischen Rechtsgedankens in den griechischen Landrechten Streitende (Litt. in meinem Griech. Bürgschaftsr. I, S. 5) die Überzeugung von der Einheitlichkeit des griechischen Rechts aus dem Munde des Altmeisters der attischen Rechtsgeschichte bekennen hören.

Göttingen.

---

<sup>1</sup> Zu *οἶκος* oder *Φοικία* vgl. RABEL, Elterl. Teilung. Festschrift d. 49. Philologenversammlung, Basel 1907 S. 530.

#### 4. FRIEDRICH PREISIGKE, *Girowesen im griechischen Ägypten, Straßburg i. Els. 1910.*

[Göttingische Gelehrte Anzeigen 1910, 725—59]<sup>1</sup>

Wer in dem letzten Jahrzehnt an der jungen Papyrusforschung mitgearbeitet hat, kennt den Anteil, den der Verfasser daran hat: mustergiltige Editionen mit grundlegenden Kommentaren, saubere Monographien zu wichtigen Fragen der römischen Verwaltung Ägyptens — so reiche Ergebnisse fleißigster Detailarbeit sind in den letzten Jahren aus seiner Feder geflossen, daß unter seinen Arbeitskameraden und Kritikern des Staunens über die wissenschaftliche Arbeitskraft dieses Mannes kein Ende war, der es verstanden hat, so nebenher, in den Mußestunden seines Amtes in der deutschen Postverwaltung, ein Gelehrter und ein durchaus selbständiger Forscher zu sein. Jetzt legt PREISIGKE der gelehrten Welt einen dicken Band von fast 600 Seiten vor, eine Darstellung des Girowesens und des Archivwesens des griechisch-römischen Ägyptens. Und wieder zeigt der Verfasser so eingehende Kenntnis des papyrologischen Materiales, wieder sind so viele Fragen in eigenartiger selbständiger Auffassung dargelegt, daß die Forschung diesem neuen Werke eingehende Würdigung schuldig ist. Es liegt im Wesen des fließenden, rasch an Umfang und Tiefe sich ändernden Materiales, daß jede Erörterung der neuen Arbeit PREISIGKES wesentlich kritisch sein muß. Das gilt um so mehr, als der moderne Verwaltungsbeamte und philologisch geschulte Historiker notwendig die Quellen vielfach von etwas anderem Gesichtspunkte aus betrachtet als der nur juristisch vorgebildete Rechtshistoriker, der an dieser Stelle das Wort hat. So möge der Leser dieser Anzeige kein absolute Geltung beanspruchendes Werturteil über diese große Leistung von Gelehrtenfleiß erwarten, sondern nur eine Diskussion über Fragen, in denen wir noch um sichere Erkenntnis ringen.

Nach einleitenden allgemeinen Bemerkungen über den Giro- und Scheckverkehr und die Geld- und Naturalwirtschaft tritt der Verfasser in seinen I. Teil, zunächst eine Lehre von den Staatskassen und Banken ein. Wie schon WILCKEN getan hatte, nimmt auch P. an, daß *τροπέζα*

---

<sup>1</sup> Das vorliegende Referat war schon im Besitze der Redaktion, als die Abhandlung von MITTEIS in den Berichten der kgl. sächs. Ges. d. Wissensch. phil.-hist. Kl. 62 (1910) S. 249ff. erschien. Diese Abhandlung ist also vom Ref. noch nicht berücksichtigt.

sowohl die Bank wie die Kasse bezeichne, Begriffe, die in den Urkunden scharf zu scheiden seien. Nur die Banken seien auf Grund eines von der ptolemäischen Regierung geschaffenen Monopols, das wir ja auch ähnlich im altgriechischen Byzantion finden (cfr. ARISTOT. Oeconom. II, 4 p. 1346b 24), von der ptolemäischen Staatsregierung verpachtet. Eine Verpachtung der Kassen sei *undenkbar*. Vielleicht wird man doch gut tun, diesen auf den ersten Blick einleuchtenden Gesichtspunkt weiterhin nachzuprüfen. Die römische Verwaltung hat ja unter der Republik wie noch unter dem Prinzipat es durchaus nicht verschmäht, die Verwaltungs- und Verwahrungsgefahr öffentlicher Kassen auf die Schultern von Privatleuten abzuwälzen, vgl. die *praedes* für die in der Provinz zurückgelassene Kasse bei CICERO, ad fam. II, 17, 4, meine Bemerkung zu der Rechnung von Tauromenium, Griech. Bürgerschaftsrecht 1, 306f., und die seltsamen Zwangsdarlehen bei PLIN. epist. ad Trai. 54, 2, wozu Z. Sav.-St. 29, 411, 1. Jedenfalls ist derzeit aber kein genügendes Material vorhanden, um die Frage gegen WILCKEN zu entscheiden. Nur muß es dem modernen Juristen auffallend erscheinen, daß die Benennung der ptolemäischen Regierungskasse so gut wie völlig mit der der Privatbank übereinstimmen soll: *τράπεζα ἐφ' ἧς ὁ δεῖνα* soll die Staatskasse bedeuten mit Nennung ihres Direktors — *ἡ τοῦ δεῖνος τράπεζα* ist die Privatbank des N. N., — und dabei kommt diese letztere Ausdrucksweise in den zahlreicheren römischen Papyri auch für „Kassen“ vor. Sollten uns etwa in kurzem die eben erst geschiedenen Begriffe „Staatsbank“ und „Staatskasse“ wieder zusammenfließen?

Verfasser legt WILCKENS Unterscheidung von Kasse und Bank zugrunde und beantwortet die drei Fragen: 1. Gab es in ptolemäischer Zeit außer der Staatskasse in der Gauhauptstadt auch noch Staatskassen in den Dörfern? — 2. Gab es in ptolemäischer Zeit Banken in den Hauptstädten und in den Dörfern? — 3. Welche Bewandnis hat es mit der Verpachtung der ptolemäischen *τράπεζαι*?

Die erste Frage ist mit Recht bejaht. Aus P. Petrie II 26 (p. 80f.) und — was übersehen ist — P. Petrie III 64b (p. 184) geht hervor, daß im 8. Jahre des 3. Ptolemäos<sup>1</sup> Python, augenscheinlich Chef der „Staatskasse“ im Vorort *Κροκοδείλων πόλις*, zugleich Vorgesetzter der Nebenstellen in den Dörfern Ptolemais und Arxinon des arsinoitischen Gaus ist. Auch die zweite Frage wird bejaht; für die Frage nach der Verpachtung der ptolemäischen *τράπεζαι* kommt nur die Stelle in Rev. Laws Kol. 73—78 in Betracht, deren Tragweite durch die analogen von den Papyrologen bisher nicht verwerteten Nachrichten aus altgriechischen Gemeindestaaten gesichert wird (cfr. ARISTOT. Oecon. II,

<sup>1</sup> Bei PREISIGKE S. 8 ist die Berichtigung P. PETRIE III nr. 64a p. 183 übersehen.

4 p. 1346b. 24. Inschrift von Olbia, Ditt. Syll. n. 546): Bankfreiheit oder Bankmonopol, das waren die beiden Formen des altgriechischen Rechtszustandes, zwischen denen die Ptolemäer zu wählen hatten.

Die Bankfreiheit scheint in Ägypten erst mit dem römischen Regiment einzuziehen. Aus dem umfangreichen Material arbeitet P. folgende Tatsachen heraus: die römischen Staatskassen befinden sich nur in den Gauvororten (Theben, Arsinoe, Oxyrhynchos, Hermupolis). In vielen Dörfern des Fayum wie in den Vororten gab es Privatbankiers. Daneben aber — und das ist ein von WILCKEN (Arch. 4, 462. 5, 212) schon angebahnter Gedanke — habe wahrscheinlich auch der römische Staat einzelne Banken verpachtet, die als Staatsbank mit der Regierung in besonderer Fühlung gestanden habe, wenn es sich darum handelte, Zahlungen von Privatleuten an den Staat oder Zahlungen des Staates an Privatleute in Girowege zu vermitteln. Dafür werden aus Oxyrhynchos und Arsinoe Belege für solche Geschäftstätigkeit einzelner *τράπεζαι* beigebracht, für Hermupolis die staatliche Verpachtung der sog. *Μισθωτῶν τράπεζα* wenigstens aus dem Namen geschlossen. Für Oxyrhynchos ist dabei das recht verwickelte Urkundenmaterial zur Serapeumsbank herangezogen. Den Pächter einer Bank zeigt fraglos P. Oxy. 513 l. 36ff.: *δημολογῶ [κ]ατὰ προσφώνησιν Ἐπιμάχου ἀσχολουμένου ὄνην τῆς [ἐ]πι τοῦ πρὸς Ὁξυρύγχων πόλει Σαραπείου τραπέζης*. Ebendahin wird mit WILCKEN auch P. Oxy. 91 l. 7ff. gezogen: *τῆς . . . Σαραπείου τραπέζης, ἧς ὑπόσχεσις ἐδόθη ὑπὸ Ἐπιμάχου*: die Bank, auf die ein Angebot durch Epimachos abgegeben worden ist. Auch der Ref. glaubt heute an die Richtigkeit dieser Übersetzung, so sehr ihm dereinst der von MITTEIS gemachte Vorschlag, in der *ὑπόσχεσις* hier ein sog. *receptum argentarii* zu sehen, eingeleuchtet hatte. So gut das Wort *ὑπόσχεσις* eine solche Zahlungsgarantie bedeuten könnte, liegt doch im Sprachgebrauch der Papyri die Bedeutung des „Staatspachtgebotes“ weit näher. Daß Epimachos dann a<sup>o</sup>. 189 in Oxy. 513 als *Pächter* der Serapeumsbank, a<sup>o</sup>. 187 als *Pachtanwärter* derselben Bank bezeichnet wird, kann keine Schwierigkeit machen, da die Pachtfrist eben vor Niederschrift von Oxy. 91 gerade abgelaufen sein kann.

Ähnlich wie für die *τράπεζα* untersucht Verfasser für die *Getreidespeicher* und ihre Vorstände (*σιτολόγοι*) die Organisation, die Verteilung auf das flache Land, wobei die einzelnen Gauen in interessanten Gegensatz treten: der Oxyrhynchites mit Speichern und Sitologen für jedes Dorf oder gemeinschaftlich für einige wenige Dörfer, der Gau *Περιθήβας* mit nur je *einem* Speicher für jede der beiden Toparchien. Der darin liegende Hinweis auf die Ertragsfähigkeit der Landwirtschaft in den einzelnen Gauen wird von P. richtig unterstrichen. Das Rechnungswesen, für welches die lokalen Banken und Speicher den

Gaubehörden und diese wieder dem alexandrinischen *διοικητής* untergeordnet sind, wird interessant mit der modernen deutschen Verwaltungsordnung verglichen.

Der II. und III. Teil der Darstellung handelt eingehend vom Korn- und Geldgiro. Hierauf liegt das Schwergewicht der Darstellung, und die Hauptbedeutung der neuen Forschung des Verfassers für die künftigen Bearbeiter des Quellenmaterials. Der Verfasser ist der erste, der nach MITTEIS' grundlegender Darstellung in den „Trapezitika“ diese wichtige Lehre des antiken Wirtschafts- und Rechtslebens selbständig durchdacht und neu vorgelegt hat. Und in der Gesamtauffassung wie für die Erklärung einzelner Urkunden ist hier von P. manches neue Arbeitsergebnis erzielt, das m. E. baldiger allgemeiner Aufnahme sicher sein kann.

Der *Giroverkehr für Getreide* ist eine der seltsamsten Erscheinungen, die das ägyptische Wirtschaftsleben in den Papyri uns dargeboten hat. Bisher hat die Geschichte der Volkswirtschaft den Überweisungsverkehr notwendig als eine Frucht des Kreditwesens betrachtet, das auf der Geldwirtschaft ruht. Nur das Geld schien zunächst diejenige Vertretbarkeit als Austauschgegenstand zu besitzen, welche den Aufrechnungs- und Überweisungsverkehr erst ermöglicht. Jetzt finden wir, daß das hellenistische Ägypten für Getreide eine der Bank parallele Organisation des Speichers geschaffen hat. Dieser staatliche Speicher erspart augenscheinlich den ägyptischen Bauern den eigenen Speicher- und die Verwahrungs- und Feuergefahr. Er ermöglicht den Kornzahlungsverkehr am Ort und in die Ferne, indem er mit der Organisation der Speicher an den verschiedenen Orten zusammenarbeitet. Und wir fragen nur, wie es möglich war, das Getreide ohne Einhaltung von Sortenunterschieden als Gegenstand dieses Giroverkehrs zu behandeln. Dafür hat auch der Verf. eine Antwort gesucht.

Verf. weist zunächst nach, daß die dem Aufrechnungs- und Überweisungsverkehr dienende Frucht ganz überwiegend der Weizen, seltener die Gerste ist, wobei aber heute nicht die Möglichkeit ausgeschlossen werden könnte, daß auch Speicherguthaben für Hülsenfrüchte bestanden. Das Getreide erscheint mit Angabe des Jahrganges in den Urkunden: *γέννημα*, das ist die Ernte eines Jahres, ist aber auch, wie P. richtig beobachtet, ein Begriff für das „Etatsjahr“, d. h. die im Jahresetat im voraus veranschlagte Ernte. Nach den Jahrgängen müssen die Speicherbestände getrennt gewesen sein, ohne daß eine Trennung der einzelnen Guthaben voneinander erfolgt wäre. Und weil nur der Jahrgang, nicht die Sorte des ägyptischen Getreides angegeben wird, kommt P. zum Schlusse, daß eben der Qualitätsunterschied zwischen den einzelnen Korneinlieferungen desselben Jahrganges gar keine Rolle spielte. Nur bei importiertem syrischem Weizen

finde sich der Unterschied von erster und zweiter Güte (P. Lond. II p. 99. nr. 256a. 10 und 13, p. 97. nr. 256b, 9 (WILCKEN: *πυροῦ Συριακοῦ πρώτου*. P. Lond. II p. 98. nr. 256d, 12f.: *πυροῦ Συριακοῦ δευτέρου*). Aber seit WILCKEN in P. Lips. I 112 (a<sup>o</sup>, 123 p. C.) in einer Giroverfügung die Worte *πρεΐμας ἀρτάβας* las und wohl zutreffend als Weizenartaben „erster Güte“ deutete, ist es durchaus unsicher, ob nicht doch wenigstens zwischen gewöhnlichem Weizen und Qualitätsweizen eine Unterscheidung gemacht wurde. Wichtig ist jedenfalls, daß die große Masse des ägyptischen Weizens ohne Sortenangabe in dem Giroverkehr behandelt wird. Das beruht auf einer bemerkenswerten Einförmigkeit des fruchttragenden Überschwemmungsbodens und der Niederschlagsverhältnisse<sup>1</sup>. Entsprechend wird man sich fragen können, ob nicht das antike Wirtschaftsleben aus ähnlichem Grunde solchen Überweisungs- und Aufrechnungsverkehr für andere Erzeugnisse in derselben Weise ausgebildet hat, bei denen eine weitgehende Vertretbarkeit der Ware im Handelsverkehr vorliegt. GAIUS weiß ja, daß für den Aufrechnungsverkehr des römischen Bankiers nicht nur Geld und Weizen<sup>2</sup>, sondern auch Wein in Betracht kommt (GAI. 4, 66). Auch beim Landwein der Mittelmeerländer hat ja heute noch die gesamte Weinernte eines Jahres und eines Wirtschaftsgebietes einen einheitlichen Marktpreis und dadurch die juristische Bedeutung einer Warengattung<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Auf deren Bedeutung werde ich im Gespräch mit meinem verehrten Kollegen, dem Professor der Landwirtschaftslehre v. SEELHORST aufmerksam, der mir auch mitteilt, daß der moderne Silo die Artenunterschiede des Getreides auch nicht voll berücksichtigt.

<sup>2</sup> Vgl. auch die von EISELE, die Kompensation (1876), S. 36 u. 39 herangezogene Erwähnung des horreus des argentarius in D. 2, 13, 6 pr.

<sup>3</sup> Im Zusammenhang mit den griechischen Papyri fällt jetzt ein neues Licht auf GAIUS 4, 66. Nach der von GAIUS noch als Grundlage vorgetragenen republikanischen Theorie soll immer *vinum cum vino, triticum cum tritico* kompensiert werden. Als eindringende Lehrmeinung Neuerer wird dabei erwähnt, daß *eadem natura qualitasque* bei dem Leistungsgegenstand vorliegen müsse, damit die gegenseitig bestehende Forderung nach dem Recht des argentarius aufrechenbar sei. Bisher erklärte mancher diese moderne Lehrmeinung als ein Ergebnis feinerer theoretischer Durchdenkung des Kompensationsrechtes und seines Erfordernisses der Gleichartigkeit der kompensierten Forderungen. Heute wird man geneigt sein, bei GAIUS die wirtschaftsgeschichtliche Entwicklung durchklingen zu hören: Wein wird gegen Wein, Korn gegen Korn aufgerechnet, so hatten die Juristen der Republik gelehrt, die es bei dem Silobetrieb nur mit italischer Wirtschaft zu tun hatten und daher von Wein und Korn kurzweg sprachen wie der ägyptische Sitologe nur Korn des Jahrgangs X im Silo behandelte. Noch der ältere PLINIUS (hist. nat. lib. XIV cap. 14sqq.) weiß ja von einer Zeit, die nur den italischen Landwein kannte, der jedenfalls für den Aufrechnungsverkehr lange allein eine Rolle gespielt hat. Damals hieß der Wein nur nach dem Jahreskonsulat. Erst das kaiserliche Rom mit seinem Import aus allen Teilen des Reiches hatte es nötig, die *eadem natura et qualitas* zu betonen. Die Tatsache, daß der grund-

Verfasser geht zunächst auf die Darstellung der *Guthaben* ein: Stammeinlagen, vom Guthabensinhaber selbst gemacht, Zahlung von Pachtzinsen in Weizen auf das Konto des Guthabensinhabers, Giroguthaben von Körperschaften, endlich Vorschußkonten der Steuererheber — das alles heißt *θέμα*, Einlage. Dabei ist im Pachtrecht die Haftung des Pächters für die Steuern (p. 78) vielleicht doch noch allzu vorbehaltlos angenommen. So gern der Ref. hier den Anschauungen des Verfassers folgte (Griech. Bürgerschafts. I, 72), wissen wir doch noch nichts von der Rechtsgrundlage dieser Haftung im ptolemäischen oder römischen Rechte Ägyptens<sup>1</sup>. Besonders interessant sind die Guthaben von Genossenschaften, denen der Verfasser juristische Persönlichkeit beilegen möchte, weil sie in dieser Beziehung als Träger selbständigen Vermögensrechtes erscheinen.

Der erste Abschnitt, in welchem der Verfasser die Verwendung der Speicherguthaben zum Überweisungsverkehr darstellt, beschäftigt sich mit der *Steuerzahlung im Girowege*: Neben einer von WILCKEN abweichenden Auffassung der Steuerquittungen, welche vom Speicher auf den Namen des Zahlers ausgestellt sind, werden die beiden für den Guthabensverkehr wichtigsten Termini für die Zahlung festgestellt: *μεμέτροηκεν εἰς τὸ δημόσιον ὁ δεῖνα ἀρτάβας X*, das ist der Buch- oder Quittungsvermerk für eine körperlich geleistete Getreidelieferung, die im Wege des Zumessens erfolgte. *μετροεῖν* ist hier, wie ich hinzufüge, nicht nur der ägyptischen Amtssprache eigen, sondern der allgemeine Ausdruck der griechischen und römischen Rechtssprache für die Übergabe einer Quantität vertretbarer nach Maß bestimmter Sachen<sup>2</sup>. Dagegen ist *διαστέλλειν* nach PREISIGKE der Ausdruck für eine Zahlung, die mit Wegschrift von einem Girokonto vor sich geht: *διεστάλησαν εἰς τὸ δημόσιον ἀπὸ θέματος Διονυσίου ἀρτάβαι X* wird heißen: Eingezahlt sind an die Staatsspeicher durch Wegschrift vom Girokonto des Dionysios X Artaben. Während diese Einzahlung von Steuern zum Guthaben des Erhebers noch nicht notwendig das Girowesen voraussetzt, ist dieses notwendig mit dem Fernverkehr der Steuererheber gegeben. Schätzungspflicht und Steuerpflicht sind am Heimatsorte zu erfüllen; der außerhalb Niedergelassene steht gleichwohl in der Hebeliste des Heimatsorts. Um den auswärts Niedergelassenen die Weiterungen der Reise in den Heimatsort zu ersparen, vereinnahmt der Erheber des

legende Satz bei GAIUS doch wahrscheinlich seiner republikanischen Vorlage angehört und also nicht für das 2. Jahrh. p. C. allzu ernst genommen werden darf, wird m. E. bei DERNBURG (Kompensation S. 31), EISELE S. 19f., APPLETON, Hist. de la comp. p. 96 verkannt.

<sup>1</sup> Vgl. auch die vorsichtige Fassung bei WENGER, Stellvertretung 94f.

<sup>2</sup> Vgl. einerseits das Pachtreglement von Arkesine IG. XII 7 n. 62 l. 21 = Ditt. Syll. 531; andererseits die bekannte römische Verwendung des admetiri der Juristensprache.

Niederlassungsortes die Steuerzahlungen, bezeichnet sie als solche, die er für einen andern Ort eingezogen hat, und nach dem Monatsbericht der Steuererheber beider Orte gleicht der gemeinsame Oberbeamte, in den Beispielen die Gaubehörde (*βασιλικὸς γραμματεὺς*), die Eingänge aus den verschiedenen Orten aus. Die Urkunden BGU. 1089. 1090 Oxy. III 517 finden dabei eingehende Erklärung. — Entsprechend wird der Fernverkehr der Privatleute, der unserem Postanweisungsverfahren ähnelt, vorgeführt: Amh. II 122 als Quittung des Empfangsverfäichers zu Händen des Einzahlers, die geschehenen Einzahlungen bestätigend — P. Fay. 16 ein Dienstscheck, mittels dessen der erste Staatsspeicher die Einzahlung an den Staatsspeicher des Zahlungsortes überweist — P. Lond. II p. 90 nr. 315 eine dienstliche Rückmeldung des Speichers am Zahlungsort an den Speicher des Aufgaborts über die Erledigung des Dienstschecks. In dieser letzten Urkunde wird zum ersten Mal der eigenartige Sprachgebrauch beobachtet, der den Einzahler im Genetiv mit *διὰ* einführt (*εἰς Ὀννώφρου[ν] [II] ἀνεφθέρμειως Βαζχ(ιάδος) δημ(οσίων) δι(ὰ) [γέ]ωργῶν Σοκνοπ(αίου) Νήσον*...: an Onnophris in Bakchias durch die Staatspächter von Soknopaiu Nesos). Drei solche Rückmeldungen über Zahlungen an denselben Empfänger sind in P. Grenf. II 47 vereint, obwohl sie 42 Tage auseinanderliegen. Als ähnliche Rückmeldungen werden BGU. 67, Lond. II p. 92 u. 346a—c betrachtet.

In einem Abschnitt 24 stellt P. die beiden Urkunden Oxy. III 517, Lips. I 112 als Belege für *beschränktes Verfügungsrecht von Guthabensinhabern* zusammen. — Lips. 112 enthält die Anweisung zur Zahlung von dem Guthaben eines Römers Claudius Munatianus. Die Anweisung ist hier von dem Vormund des Guthabensinhabers unterschrieben und wohl als einer der Fälle aufzufassen, in denen der Vormund den Mündel vertritt. In Oxy. III 517 handelt es sich um einen der Fälle, in denen die Zahler vom Guthaben eines anderen an einen Dritten überweisen. Daß hier nur die beiden auftretenden Zahlenden unterschreiben, deutet P. mit einem Verfügungsrecht, das sie am Guthaben des Dritten auf Grund Pfandrechts haben, was wenig wahrscheinlich ist, da ein solches Recht zur Verfügung über das fremde Guthaben dann wohl doch in der Urkunde angedeutet wäre.

Besonderes Interesse bieten dem Juristen die *Anweisungen*, welche die eine Zahlung bewirkende Partei an den Zahlungsempfänger oder an den Bezogenen sendet. Diese *διαστολικά* können Giroanweisungen oder Schecks sein, ohne daß die antike Terminologie oder das Urkundenwesen einen äußeren Unterschied zwischen beiden machte — wir selbst machen ihn ja auch nicht, sprechen vielmehr ganz ge läufig von den roten „Schecks“ der Reichsbank, obwohl sie Giroanweisungen sind. Der Verfasser erläutert zunächst die verschiedenen

Typen der „Giroanweisung“<sup>1</sup> an den Speicherbeamten und gibt dann eine genaue Exegese des wichtigen Privatbriefes Oxy. III 533. Dabei macht sich störend geltend, daß P. nicht WENGERs eingehende Behandlung der Urkunde in Stellvertretung S. 229ff. berücksichtigt. So ist die *δημοσίωσις*, durch welche die Anweisung auch nach dem Monatsanfang des Phaophi Wirksamkeit erlangen soll, von WENGER als öffentliche Eintragung der privaten schriftlichen Anweisung gefaßt, während P. darin eine schlichte Einreichung bei dem Staatsspeicher sieht. Auch bei der Erklärung der Rolle, die der Rechtsbeistand Panechotes in diesem Briefe spielt, vermißt man ein Eingehen auf WENGER, Stellvertretung S. 230, 4. Interessant, wenn auch für den Leser der Originale nicht neu, ist die Bemerkung über die regelmäßige Untersiegelung der Giroanweisung (S. 128). P. berichtet aus seiner Erfahrung mit der Urkundenedition, daß Reste von Siegelerde überaus häufig in den Falten der Urkunden geblieben sind und daher wohl anzunehmen ist, daß auch die Giroanweisungen regelmäßig gesiegelt waren, damit dadurch ihre Echtheit beglaubigt würde.

In Abschnitt 28 bespricht P. die überlieferten *Schecks* (Oxy. 516. 620) und deren eigenartige Präsentationsvermerke, in welchen der Zahlungsempfänger (ohne Datum) unterschreibt, daß er den Scheck „eingereicht habe“. Die Bedeutung dieses unterschriftlichen Vermerks wird darin gesehen, daß er die Umlaufzeit des Schecks beendige, eine zweite Vorlegung desselben Schecks zur Zahlung abschneide und gleichzeitig eine schriftliche Erklärung des Präsentanten darstelle, daß Präsentant sich als der im Scheck bezeichnete Zahlungsempfänger vorgestellt hat. Von diesen drei Zwecken ist der erste nicht unbedenklich. Wir wissen noch allzuwenig von der praktischen Verwendung dieser *διαστολικά*, um die Möglichkeit heute ausschließen zu können, daß der Präsentant des Schecks diesen oder eine von dem Speicher ihm darüber ausgefolgte Urkunde nach der Präsentation behalten konnte, um vielleicht seinerseits an einen Dritten über die ihm zustehende Zahlung aus dem Speicher zu verfügen. Der Präsentationsvermerk in Oxy. 613 enthält ja tatsächlich neben dem Präsentationsbekenntnis (*ἐπίπρωγα*) eine *besondere Überweisungsaufforderung* des Präsentanten: *ἐπίπρωγα καὶ διάστολόν μοι ...*

Einen *Inhaberscheck* nennt P. eben diese Urkunde Oxy. III 613. Das ist sie schwerlich. Denn zur Anweisung auf den Inhaber fehlt sowohl der Anweisungsbefehl wie die ausdrückliche Verweisung auf den Überbringer. Die Urkunde stellt vielmehr das *διαπέλλειν* als geschehen hin:

<sup>1</sup> Daß der Verf. auch eine an den Angewiesenen unmittelbar und nicht an einen Anweisungsempfänger begebene Urkunde als Anweisung bezeichnet, wird der juristische Leser bemerken.

Λιέστ(αλκεν, so P., GRENFELL-HUNT -άλλη) (πυροῦ) γενή(ματος) ιη (ἔτους) Ἀντωνίνου Καίσαρος τοῦ κυρίου δι(ὰ) σιτολ(όγων) Ἄνω τοπαρχ(ίας) Μονίμ(ου) τόπ(ων) Διογᾶς Ἀμοίτ(ος) λοιπὸν θέμ(α) (ἀστάβην oder GRENF.-HUNT ἀστάβη) α. (2. Hd.) Φιλόξενος ὁ καὶ Φιλίσκος Διονυσίου ἐπήνε[γ]κα καὶ διάστειλόν μοι τήν ἐπ' ὀνόματος Διογᾶτος Ἀμόκιστος.

Ein Scheck kann hier m. E. nicht vorliegen, da einmal die übliche Adressierung an die Sitologen fehlt, außerdem aber das *διαστέλλειν*, das in der Anweisung stets Handlung der Sitologen ist<sup>1</sup>, in diesem Falle schon in der Vergangenheit liegt. Unter allem Vorbehalt möchte ich diese Urkunde so deuten: Diogas hat an Philoxenos einen Scheck über sein restliches Guthaben gegeben. Philoxenos hat diesen zunächst präsentiert, und der Scheck selbst ist mit dem Vermerk *ἐπήνεγκα* des Philoxenos an den Speicher gegeben worden. Da aber Philoxenos selbst nicht sogleich Zahlung verlangt, gibt der Sitologe eine Bescheinigung über die Entgegennahme der Anweisung zum *διαστέλλειν*. Diese Bescheinigung legt Philiskos später vor und verlangt die Zahlung. Wäre diese Deutung richtig, dann hätten wir praktisch eine Akzepturkunde des Speichers, oder mindestens, wenn wir diesen als vorschnelle Modernisierung gefährlichen Begriff meiden, eine Urkunde, durch welche der Speicher bekundet, daß er von dem in ausreichender Höhe vorhandenen Guthaben die *διαστολή* zugunsten des Anweisungsempfängers vorgenommen habe und den Betrag zu seiner Verfügung halte<sup>2</sup>.

Den Anweisungen im privaten Guthabensverkehr stellt P. die *Kassenverfügungen* gegenüber, welche im Formular jenen vielfach ähnlich sind: Ein Beamter richtet hier einen Zahlungsantrag an einen Sitologen, ein zweiter Beamter, der als *ἐπακολοιθῶν* bezeichnet wird, nimmt seinerseits diesen Antrag auf, indem er mit dem Befehl *μέτροησον* seinerseits die Verfügung zur Auszahlung gibt. Diese Kassenverfügung heißt, wenn sie von Privaten, die Rechnungen präsentieren, nachgesucht wird, öfters *ἐπιστέλλειν*, *ἐπίσταλμα*.

Unter dem Ausdruck „*Speicherbescheinigungen*“ faßt P. kurze Bescheinigungen über Einzahlungen an den Speicher zusammen, die

<sup>1</sup> Oxy. 516, 616, 620, 973, Ostr. 1164, Lips. 114, 115, 116. Der Brief Oxy. 533 kommt nicht in Betracht, weil hier nicht der Geschäftsstil der Anweisung vorliegt.

<sup>2</sup> Es mag erlaubt sein, hier auf den in dem französischen Bankverkehr der einst ganz üblich gewesenen Visumvermerk der Bank (*bon à payer*) zu verweisen. Er wurde vom Angewiesenen auf den ihm vorgelegten Scheck gesetzt, nicht um eine Akzeptverpflichtung gegen den Angewiesenen zu begründen, sondern nur um das Vorhandensein von Deckung zu bescheinigen, um für einen späteren Umlauf des Schecks Vertrauen zu erwecken, vgl. LYON-CAEN, *Droit commercial* (1884) vol. I p. 740 nr. 1341. Seine einstige juristische Bedeutung hatte der Vermerk schon 1865 verloren, durch Abschaffung des *délai de vue*, d. h. der Kündigungsfrist.

entweder an den Einzahler als Quittung oder an den Guthabensinhaber als Avis über die vereinnahmte Zahlung zu denken seien. Hierher gehören einmal die kurzen Quittungen auf Ostraka, wie Ostr. Wilck. II 701, Arch. V 174 nr. 15—17, andererseits Urkunden über Zahlungen oder Anweisungen Privater.

Im folgenden beschäftigt sich der Verfasser mit der Exegese einzelner technischer Wendungen in den Urkunden, die zum Teil der ersten Auffassung Schwierigkeiten machen: die Zahlung *εἰς τὸν δεῖνα*, Zahlung *εἰς ὄνομα* oder *εἰς ὀνόματος*, Zahlung *διὰ τοῦ δεῖνα*, Zahlung *ὑπὲρ τοῦ δεῖνα*, vom Zahler gesagt, Zahlung *ὑπὲρ τοῦ δεῖνα*, vom Empfänger gesagt, Zahlung *ὑπὲρ τοῦ δεῖνα*, mit Bezug auf den Etatstitel für den geleistet ist, ferner die Zahlung *τοῦ δεῖνα* mit Nennung des Zahlers, Zahlung *τοῦ δεῖνα* mit Nennung des Empfängers im Genetiv, usw. Wer in der Durcharbeitung der Urkunden steht, wird dem Verfasser für die entsagungsvolle Kleinarbeit dieser Abschnitte besonderen Dank wissen, zumal überall neue und vielfach recht scharfsinnige Beobachtungen mitgeteilt werden.

Die Darstellung des Korngiro schließt mit einer Ausführung über die Buchführung des Staatsspeichers und die Nachprüfung dieser Buchführung durch die Aufsichtsbehörde. Eine besondere Erwähnung verdient Abschnitt 26 über die Lagergebühren.

Nach Auffassung des Ref. hat der Verfasser seine These zum Korngiro voll erwiesen. Wenn ein einziges grundsätzliches Bedenken nicht unterdrückt werden soll, so ist es nur dieses: der Verfasser ist durchweg geneigt, auf den Guthabensverkehr und das Girowesen den Ton zu legen; dabei kommt manchmal die Möglichkeit zu kurz, daß die Überweisung von einem Guthaben zum Zwecke der körperlichen Auszahlung erfolgte. Der Verfasser ist m. E. deswegen nicht zu klarer Auffassung eines interessanten Falles gekommen, der in den Urkunden mehrfach hervortritt: A. zahlt vom Guthaben des B. an C., oder die Urkunde sagt, daß durch A. vom Guthaben des B. an C. gezahlt wird (Oxy. III 517, PREISIGKE S. 111, Lips. 116, 1. Hand, Oxy. III 614, PREISIGKE S. 143). In allen diesen Fällen liegt m. E. die Deutung am nächsten, daß die Anweisung vom Guthaben des zahlenden B. an A. mit dem Gedanken gegeben wurde, daß A. die Zahlung abheben und nicht gutschreiben lassen würde. Wie schon oben zu P. Oxy. 613 ausgeführt wurde, präsentierte wohl A. den Scheck, ohne ihn sogleich abzuheben und wies dann seinerseits den C. auf die Zahlung oder zur Gutschrift auf das Konto des C. an. Daß Oxy. 613 vielleicht als eine an A. erteilte Bescheinigung des Speichers über die Abschreibung vom Konto des B. zu denken ist, wurde oben schon gesagt (S. 167).

Bevor der Verfasser in die Darstellung des Geldgiros eintritt, geht er erneut und in selbständiger Weise auf die verwickelten juristischen

und verwaltungsgeschichtlichen Fragen ein, welche die Bedeutung der Hauptressorts des ptolemäischen und römischen Finanzwesens in Ägypten betreffen: was ist *διοίκησις*, *βασιλικόν* und *ἴδιος λόγος*? Zu den in den letzten Jahren aufgestellten Theorien über die Rechtsnatur des *βασιλικόν* und des *ἴδιος λόγος* in ptolemäischer Zeit fügt Verfasser eine neue. *ἴδιος λόγος* sei zunächst das Sonderkonto des Königs bei der Staatskasse. Das *βασιλικόν* sei das königliche Hausgut, nicht das Staatsgut. *ὁ πρὸς τῷ ἰδίῳ λόγῳ* sei der Hausgutminister, *ὁ ἴδιος λόγος* die amtliche Bezeichnung für das Hausgut. Wie der Verfasser sich für diese rechtliche Auffassung des *βασιλικόν* auf MITTEIS als Meinungsgenossen berufen will, ist mir unverstänlich. Für MITTEIS ist der römische *ἴδιος λόγος* eine Unterabteilung des Staatsgutes, mit der römischen Eroberung sei der *ἴδιος λόγος* fortdauernd dem allgemeinen Begriff des Staatsgutes unterfallen (Priv.-R. I, 358, A. 24); offenbar ist für MITTEIS eben *βασιλικόν* das ptolemäische Staatsgut (vgl. 356, A. 70). Und nur diese Auffassung vermeidet die sachlichen Schwierigkeiten, die sich sofort einstellen, wenn man *τὸ βασιλικόν* mit dem Verfasser als ptolemäisches Hausgut versteht. Denn dann wären alle Konfiskationen zugunsten des *βασιλικόν* für das königliche Hausgut und nicht für den ptolemäischen Staat erfolgt, die Tempelgüter ständen nicht in Staatsregie, sondern in der des Hausgutes (z. B. Tebt. 5, 54), der Dioiketes in P. Tebt. 27, 25, 68 müßte sich statt mit einer allgemeinen Ordnung der Beitreibung von Staatseinnahmen nur mit dem Hausgut beschäftigen — der Verfasser hat es leider unterlassen, die Konsequenzen seiner Anschauung im Zusammenhang vorzulegen. GRENF. II 37 allein kann keinesfalls eine so wesentliche Änderung unserer gesamten Quellenauffassung begründen. Dort wird die Ernennung des neuen *οἰκονόμος* dem *ἐπιστάτης κόμης*, dem *βασιλικὸς γραμματεὺς* und *τοπογραμματεὺς*, dem *κωμογραμματεὺς*, dem *σιτολόγος* und *τραπεζίτης*, dem Ältesten der Königsbauern und „den andern mit dem Königsgut geschäftlich befaßten“ (*τοῖς ἄλλοις τοῖς τὰ βασιλικὰ πραγματευομένοις*) mitgeteilt. P. sagt: dieses *τὰ βασιλικὰ* bedeutet hier keineswegs „Staatsdienst“, denn daß der *βασιλικὸς γραμματεὺς* und die übrigen Beamten Staatsdienst verrichteten, sei selbstverständlich und keiner besonderen Erwähnung wert. Aber hier sollte die nebenamtliche Tätigkeit betont werden: diejenigen *ἄλλοι* sollen in Betracht kommen, welche wie die vorgenannten Beamten nebenher Geschäfte des Hausgutes zu besorgen haben. M. E. ist hier aus einer einfachen Wendung allzuviel herausgelesen: *πραγματεῦσθαι τὰ βασιλικὰ* heißt eben die geschäftliche Befassung mit staatlichen Finanzangelegenheiten.

Weil der Verfasser den *ἴδιος λόγος* oder das *βασιλικόν* als ptolemäisches Hausgut faßt, deswegen gelangt er dazu, den Beamten *ὁ πρὸς τῷ*

ἰδίῳ λόγῳ, als Hausgutminister, der selbständig neben dem Finanzminister (διοικητής) stehe, anzusprechen. Der Ref. kann dagegen nur darauf hinweisen, daß wir von einer selbständigen Verwaltung, einer selbständigen Kasse, wie vom Grundbesitz des ἴδιος λόγος nichts wissen. Nachweisbar ist nur, daß ein rechnerisches Sonderkonto des ἴδιος λόγος besteht. So weit, mit P. MEYER den ἴδιος λόγος geradezu als Ressortbeamten der διοικήσεις zu bezeichnen, brauchte man allerdings nicht zu gehen.

Für die *Bodenkategorien der römischen Zeit* will Pr. scheiden: βασιλική γῆ und οὐσιακὴ γῆ als Unterteile des Hausgutes (ἴδιος λόγος) die erstere, der Grundbesitz des alten Königshauses, die οὐσιακὴ γῆ als neuerworbene Güter, beide zusammen als kaiserliches Hausgut unter dem ἴδιος λόγος. Jedenfalls sei die δημοσία γῆ und die βασιλικὴ γῆ zu scheiden: außer auf die von WILCKEN, Archiv 5, 278 berufenen Stellen verweist der Verfasser auf Oxy. 899, 22 (200 p. C.), wo auch die βασιλικὴ und δημοσία γῆ voneinander deutlich getrennt werden. Diese Auffassung PR.s wird man gegenüber MITTEIS (Priv.-R. I 356, 20) bemerken. Auch der Ref. konnte sich nie des Gedankens erwehren, daß unter den verschiedenen Namen — man vergleiche schon die altbekannten Urkunden BGU. 285. 560 — sich verschiedene Dinge verbergen müssen.

Angesichts der noch dunklen Unterschiede, die zwischen den einzelnen Bodenkategorien und Ressorts bestehen, hat es nur beschränkten Wert, wenn der Vf. beobachtet, daß die Erbpachtangebote für βασιλικὴ γῆ in Oxy. 721. 835 descr. an den idiologus gerichtet sind. Ist es denn sicher, daß dieser den Zuschlag erteilen sollte, oder wäre es nicht möglich, daß er nur Zustimmung zu der Vererbpachtung geben sollte? Oxy. 721 ist ja gar nicht vollständig erhalten, und 835 descr. nur im Auszug publiziert. Die Schlußworte dieser Urkunde, die in not. ad l. 14—15 zu 721 abgedruckt sind, deuten jedenfalls mehr in dieser Richtung, auf ein bloßes ἐπακολοθεῖν des idiologus bei der Vererbpachtung, wie ein solches auch in BGU. 156 (a<sup>o</sup>. 201 p. C.) vorlag.

In der Darstellung des Geldgiroverkehrs ist wieder die Giroanweisung, der Scheck, die Girobescheinigung, die Quittung geschieden. Die Begriffe διεγβολή (bare Zahlung von der Bank), μεταβολή (Umbuchung) werden erklärt, der Fernverkehr der Steuererheber wie der Privatleute und Gemeinden wird an der Hand von P. Tebt. 391 und Fay. 87 dargestellt. Den größten Raum nimmt in diesem Teil natürlich die Lehre von der διαγραφή ein. Hier soll nur auf wenige Auslegungsfragen genauer eingegangen werden.

Anscheinend große Schwierigkeiten entstehen dem Verfasser aus den Urkunden Fay. 96, Tebt. 395. Beides sind διαγραφαί im bekannten Stil dieser Urkunden (Datum — διὰ τῆς τοῦ δεῖνα τραπεζῆς. ὁ δεῖνα

τῶι δεῖνι. ἀπέχειν der zweite vom ersten — Betrag — causa). In beiden Urkunden handelt es sich um *Leistung von Öl*. Der Verfasser deutet beide Urkunden sehr gezwungen, indem er aus der *τροπέζα* in Fay. 96 ein Rentamt eines Gutsherrn macht, während er in P. Tebt. 395 die bankmäßige Behandlung der Urkunden dadurch erklärt, daß ältere *διαγραφαί* durch die neue *διαγραφή* in ihrer Geltung beseitigt werden. Vorsichtiger wäre es, dahingestellt zu lassen, ob der Bankier nicht auch mit einem Aufrechnungs- und Überweisungsverkehr für Öl zu tun haben konnte. Wenn der römische *argentarius* nicht nur die Aufrechnung für Geld und Getreide, sondern auch für Wein durchführte (GAI. IV, 66), ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß auch das Öl eine ähnliche Rolle im ägyptischen Verkehre spielen konnte<sup>1</sup>. Daß der Trapezit dabei selbst „literweise bestimmte Mengen von verschiedenen Ölen“ verabfolgte, wäre damit noch nicht notwendig gesagt. Die stellvertretende Buchführung, die der Bankier für seine Kunden ja zweifellos mitbetrieb, kann hier dazu geführt haben, daß formell, im Stil der Geschäftsurkunden, auch Leistungen als durch die Bank bewirkt erscheinen, die zwischen den Parteien ohne Mitwirkung der Bank vollzogen und nur durch die Bank mitbeurkundet werden. Aber auch diese Erklärung darf heute kaum mit dem Anspruch auf ausschließliche Geltung auftreten. Der römische Bankier betreibt oft den Silo neben der Bank, vgl. oben S. 163 A. 2. Daß es in Ägypten anders gewesen sei, beweisen die Papyri noch nicht.

In der Darstellung der *διαγραφή* fordert manches Erwähnung. MITTEIS hatte zunächst die *Bedeutung der διαγραφή* (lat. perscriptio) als einer Zahlung erkannt und dabei schon die Frage gestellt, ob *διαγράφειν* nicht „auch die giromäßige Überschreibung von einem Konto auf das andere bedeute.“ Der Verfasser führt zunächst aus (S. 149, 181), daß der Zuwachs des Materiales diese Frage voll zu bejahen gestatte. Dann definiert er die *διαγραφή* geradezu als „Zuschreibung selber,“ sieht in ihr die „einfache Girozahlung“ oder die „selbständige Girobankbescheinigung“. Wenn wir dabei die ganz unklaren Paraphrasen der *διαγραφή* als „buchmäßige Besitzübertragung“ und die nicht notwendig hierher gehörenden Bedeutungen der *διαγραφή* als „Erbpachtübereignung“ und „Kassenanweisung von seiten des Steuereinnehmers“ beiseite lassen, kommen wir durch PREISIGKE zu einer erneuten Feststellung der Erklärung, welche schon MITTEIS nach dem Stil der *διαγραφαί*-Urkunden gegeben hatte: sie sind zunächst als Auszüge aus dem Geschäftsbuch zu erkennen, welches der Trapezit führt (Trapezitika 32, PREISIGKE S. 219, 314f.). Die Elemente

<sup>1</sup> Auch das Öl könnte ebenso hierher gehören wie der gewöhnliche Weizen und der Landwein, vgl. oben S. 163. Für das Öl ist der oben erläuterte Zusammenhang von juristischer Sachgattung und Wirtschaftsgebiet durch D. 33, 6, 4 belegt.

dieser Einträge in den Trapezitenbüchern finden sich m. E. tatsächlich schon in Athen im 4. Jh. v. Chr. Dort steht das Guthaben, von dem Zahlungen zu bewirken sind, neben dem im Nominativ gesetzten Namen des Inhabers: *Λύκων Ἡρακλεώτης χιλίας ἑξακοσίας τετταράκοντα* (Dem. or. 52, 6). Der Zahlungsempfänger steht im Dativ (Dem. or. 52, 4. 6. or. 49, 8), teils, wie es scheint, schon asyndetisch (Dem. or. 49, 9: *Τιμόθεος Ἀντιμάχῳ*, wenn ich das Referat richtig verstehe), teils noch in besonderem Satze (Dem. or. 52, 4. 6: *τῷ δεῖνι ἀποδοῦναι δεῖ*). Endlich zeigt auch schon der attische Eintrag im Buch des Bankiers den Vermerk, aus dem sich später die praktische Verwendung der *διαγραφή* als Geschäftsurkunde entwickelt: schon der attische Bankier vermerkt oft die causa der Zahlung (*τῆν χρεῖαν εἰς ἣν ἐλήφθη τὸ ἀργύριον*, Dem. or. 49, 30. — *οἱ γὰρ τραπέζῃται εἰώθασιν ἐπομνήματα γράφασθαι ὃν τε διδώσι χρημάτων, καὶ εἰς ὅ τι, καὶ ὃν ἂν τις τεθῆται, ἢ ᾗ αὐτοῖς γνώριμα τὰ τε ληφθέντα καὶ τὰ τεθέντα πρὸς τοὺς λογισμούς* (Dem. or. 49, 5).

Dabei heißt jeder dieser Eintragsposten, der Name des Guthabenserhebers wie der des Zahlungsempfängers wie der Eintrag über den Zweck der Erhebung ein *ἐπόμνημα* (Dem. or. 49, 5. 8. 30). Ganz entsprechend werden noch die *διαγραφαί* unserer Papyri aufzufassen sein. Also der Nominativ des Zahlers neben dem Dativ des Empfängers ist nicht eine verkürzte Briefadresse, sondern, wie der Verfasser mit Recht ausführt, ein wörtlicher Auszug aus den Kolonnen des Bankiersgeschäftsbuchs (215ff. 314. 318). Wer auf sinngemäße Interpunktion hält, müßte daher schreiben, z. B. in P. Lond. II nr. 317 (a<sup>o</sup>. 156 p. C.): *Διὰ τῆς... τραπέζης. Ἄνουβίων Ἄνουβίονος Μεμφεΐτης ἀπὸ γυμνασίου(ν) υἱὸς ἀποίκου Ἥλιου πόλιν (l. πόλεως). Λαβόιτι Ἄνουβίονος μητρὸς Τνεφερωῶ(τος). Μεμφεΐτη τακτωτο(ῶ). Λοιπὸν τιμῆς οὗ ἔωνηται usw.* Der Verfasser trennt in der Regel nur die Angabe über die Zahlung und ihren Zweck von den Namen der beiden bei der Zahlung beteiligten Parteien (*διὰ τῆς τραπέζης. Ἄνουβίων... Λαβόιτι, λοιπὸν τιμῆς...*). Aber vereinzelt setzt er korrekt den Punkt zwischen Nominativ und Dativ, vgl. S. 313.

Wie diese Bank-*διαγραφή* mit den Kasseneinnahmeverfügungen zusammenhängt, welche im ptolemäischen Staatserbverpachtungsverfahren und auch bei der Steuererhebung vorkommen, ist heute noch eine ganz dunkle Frage. Der Verfasser hat sich damit begnügt, neben die Bankurkunde die eigenartigen *διαγραφαί* zu stellen, in denen eine Behörde oder ein Steuerpächter einen Trapeziten anweist, einen Betrag entgegenzunehmen. Bei dem Erbpachtabschlusse sieht der Verfasser in der *διαγραφή* eine „Erbpachtübergangsurkunde“ und zugleich eine „Kassenverfügung“, die vom Erbpächter bei der Kasse zu präsentieren ist. Jedenfalls könnte eine Brücke zur Bank-*διαγραφή* nur dann ge-

schlagen werden, wenn wir irgend etwas Sicheres darüber wüßten, ob die Bank-*διαγραφαί* praktisch den Zwecken einer Anweisung dienen konnten. Wohl zu beachten ist auch, daß das Wort *διαγραφή* schon bei dem attischen Staatspachtvertrage über Bergwerke in der Bedeutung einer Übersicht über Staatspächter vorkommt, Harpokr. v. *διαγραφή*. — Übrigens übersetzt der Verfasser bei der Wiedergabe von BGU. 992 die *den Zuschlag beurkundende Klausel* ἐφ' ᾧ κυριεύσει τῆς διασταλείσης γῆς καθ' ἃ καὶ οἱ ἀρχαῖοι κύριοι ἐκέκτηντο in der üblichen Weise, als wenn damit auf das Recht des Vorbesitzers, also des Enteigneten, Bezug genommen wäre<sup>1</sup>. Aber P. Elephantine 14, l. 23 spricht klar von οἱ πρότοι κύριοι, und in den κύριοι ἀρχαῖοι liegt auch mehr als nur „der Vorbesitzer“. Der Erwerber soll Eigentum (nur belastet durch den Erbpachtzins) haben, „wie der erste Eigentümer“. Er soll also *originär* Eigentum am Grundstück erwerben, sicherlich in dem Sinne, daß jedes bessere Recht eines Dritten durch den Zuschlag untergeht. So ist es schon altgriechisches Recht bei den *δημιόπρατα*, d. h. den vom Staat verkauften konfiszierten Gütern<sup>2</sup>. Möglicherweise muß der Erwerber in BGU. 156 — gerade weil er unter dem Schutze dieses privilegierten öffentlichen Erwerbes steht — ein besonderes Gewährschaftsgeld (*βεβαιωτικόν*)<sup>3</sup> zahlen, das nach Lage der Sache doch wohl keine besondere Abgabe für die übliche Grwährschaftspflicht sein kann, die *jeder* Verkäufer übernimmt, sondern nur eine Abgabe für die besondere Sicherheit, die der Erwerber bei dem öffentlichen Verkauf aus der Hand des Staates oder des kaiserlichen Hausgutes genießt. Sehe ich recht, dann hat in Ägypten von jeher der Satz des altgriechischen Rechtes gegolten, den die Byzantiner<sup>4</sup> ins römische Reichsrecht rezipierten, nachdem er durch die kurzen Verjährungsfristen des edictum divi Marci (Inst. 2, 6, 14. Cod. Iust. 2, 36 (37), 3, vgl. auch Cod. 2, 50 (51), 5) auch im römischen Fiskalrecht angebahnt worden war.

Die Kassenverfügungen (*διαγραφαί*) des ptolemäischen Steuer-

<sup>1</sup> Vgl. auch P. Paris. 62 col. 8 l. 19f.: οἷ τε βουλόμεναι κτήσασθαι τι τῶν δικαίως [πωλουμένω]ν οὐ στερηθήσονται τοῦ τοιούτου „δικαίως πωλεῖσθαι“ bedeutet hier die Veräußerung mit selbständig rechtsbegründender Wirkung, vgl. Griech. Bürgschaftsrecht I, 343 A. von S. 342; RABEL, Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders 21. Ob die Bestimmung im Amnestiegesetz EUPERGETES II (a<sup>o</sup>. 118, Tebt. 5 col. IV, l. 99ff.) nur den Rechtssatz einschränkt oder ihn ausdehnt, ist nicht ersichtlich, da wir nicht wissen, ob nur der öffentliche, mit *προκήρυξις* erfolgte Erwerb die Wirkung hatte, selbständiges Herrschaftsrecht entstehen zu lassen.

<sup>2</sup> Vgl. dazu THALHEIM art. *δημιόπρατα* in PAULY-WISSOWA. Derselbe Rechtssatz muß vorausgesetzt werden, wenn Notare in Jasos das *συμβεβαιοῦν* bei dem öffentlichen Verkauf konfiszierter Güter übernehmen, Ditt. Syll.<sup>2</sup> 11 = Griech. Dial.-Inscr. 5515 l. 32ff., dazu Bürgschaftsrr. I, 358, 1.

<sup>3</sup> Dazu und zur bisherigen Literatur der Frage PREISIGKE S. 202, 3.

<sup>4</sup> Cod. 7, 37, 2 pr. (ZENO), c. 3 eod. Inst. 2, 6 ult.

pächters und des römischen Steuererhebers und Pächters führen den Verfasser zu einer interessanten Darstellung des Giroverkehrs der Erheberkonten, auf deren verwaltungsrechtliche Einzelheiten einzugehen hier zu weit führen würde.

Der vierte, umfangreichste, Teil des Buches handelt vom Girobanknotariat. Der Verfasser tritt hier auf ein Gebiet, auf welchem durch treffliche juristische Monographien der jüngsten Zeit ein gut Stück Arbeit geleistet war: nicht nur die grundlegenden Arbeiten von MITTEIS, WILCKEN und GRADENWITZ, sondern auch die eingehenden Darstellungen von GERHARD, P. MEYER (über das Urkundenwesen), KOSCHAKER (Der ἀρχιδικαστής, Z. Sav.-St. 28. 29), LEWALD, EGER (über das Grundbuchwesen) hatten hier die Materialzusammenstellung wie die Durchdenkung der rechtlichen Fragen so weit gefördert, daß ein hochgespanntes Maß von Anforderungen sich gegenüber jeder neuen Arbeit ergibt, welche einen bedeutenden Fortschritt unserer Kenntnis darstellen will. Der Verfasser kennt auch hier die einschlagenden Quellen musterhaft. Aber in der Verarbeitung macht sich doch oft störend geltend, daß er die bedeutende Kleinarbeit seiner Vorgänger nicht immer so vollständig heranzieht, wie es im Interesse der scharfen Durchdenkung jeder Frage wünschenswert wäre. Manche Auseinandersetzung, die jetzt notwendig wird, hätte dadurch erspart werden können, und die Darstellung des Verfassers selbst hätte dadurch vor allem an Kürze und Schärfe gewonnen. Auch eine nähere Bekanntschaft mit modernem Privatrecht wäre für eine Darstellung wertvoll gewesen, die so, wie sie vorliegt, einige Zumutungen an die Geduld des deutschen — und wieviel mehr eines ausländischen! — juristischen Lesers stellt.

Der Verfasser hat in diesem Teile seiner Darstellung eine Reihe neuer Behauptungen aufgestellt, die hier ohne Rücksicht auf die Gedankenfolge der Darstellung herausgehoben sein mögen.

Zunächst über das Verhältnis von Notariat und Archiv. Bisher war herrschende Meinung, daß die Agoranomen der ptolemäischen wie der römischen Zeit nicht nur Notare, sondern auch Verwahrer der von ihnen aufgenommenen Urkunden sind. So sprach noch KOSCHAKER von den „Archiven“ der Agoranomen. P. nimmt nun die Feststellung von GERHARD auf, daß für eine Verwahrung der Urkunden bei dem ptolemäischen Notariate die Anhaltspunkte fehlen, und behauptet: in ptolemäischer Zeit sind ausschließlich zwei Arten der Urkundenverwahrung bezeugt: die Verwahrung im Tempelarchiv, bisher nur für demotische Verträge bezeugt — und die Verwahrung bei dem *συγγραφοφύλαξ*, die altgriechische Form der Urkundenverwahrung bei dem privaten Hüter oder Urkundentreuhänder. Daneben läßt PR. nach dem Beispiel der altgriechischen Stadtarchive auch die Möglichkeit

zu, saß irgend eine öffentliche Verwahrungsstelle auch für griechische Urkunden bestand, sei es eben auch Tempelarchive, sei es etwa bestehende — durch P. Grenf. II 19, 12 jedenfalls nicht bezeugte — Notariatsarchive. Jedenfalls will der Verfasser eine Trennung von Archiv und Notariat vermuten. Für die römische Zeit meint PREISIGKE diese Trennung sogar strikt erweisen zu können: die *ἀγορανόμοι* wie die mit ihnen verschmolzenen *μνήμονες*, sowie die Girobank hätten die Urkunden, die sie notariell aufnahmen, ans „Gaubesitzamt“ einreichen müssen, an die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων*; die vom tabellio (*νομικός*) errichteten römischen Verträge dagegen seien an das Landesarchiv zu Alexandria, und zwar an die *Ἀδριανὴ βιβλιοθήκη*, einzusenden gewesen. — Auf sofortige Annahme darf diese Darlegung schwerlich rechnen. Allerdings scheinen derzeit die Quellen noch nicht so vollständig zu sein, daß man den Verfasser widerlegen könnte, und auch EGER (Grundbuchwesen 27) denkt ja daran, daß die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* als Archiv für Kontraksrollen und Kontraksregister diene, die ihr von den Urkundenbehörden mitgeteilt wurden. Aber daß damit der Notar für den Aufbewahrungsdienst ganz ausgeschaltet war, wäre doch noch zu erweisen. Wo bliebe da die Funktion der *μνήμονες* oder des *μνημονεῖον* als einer Institution, welche dem Namen nach rechtsgeschäftliche Willenserklärungen zu ewigem Gedächtnis festhält? — Jedenfalls kommt auch der Verfasser in einer m. E. wertvollen Beobachtung auf die Annahme eines Notariatsjournals, einer Vertragsurschriftenrolle, die der Notar aus den aufgenommenen Urkunden bildet und als Amtsjournal zurückbehält: P. Lond. III p. 156ff. nr. 1164 (212 p. C.) scheint eine solche zu sein. Der Verfasser will diese wichtige Urkunde allerdings nur als Dienstpapier, das nur den Wert eines Beleges für den inneren Dienst des Notariates habe, ansprechen.

Die eben betrachtete These des Verfassers hängt eng mit seinen Anschauungen über die Bedeutung der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* zusammen. Bisher waren wir gewohnt, vom ägyptischen Grundbuch zu sprechen und m. W. haben sich alle Juristen, die an der Erläuterung der Papyri mitarbeiteten (jüngst noch WENGER, Münch. krit. Vierteljahrsschr. 1910, 484ff. und der Ref., Heymanns Jurist. Lit.-Blatt 1910 nr. 212. 15. II. 1910. n. 31) in diesem Sinne geäußert. Dabei wurde PER. 144, der nach WESSELY (Karanis und Soknopaiu Nesos S. 31) eine Meldung an die Besitzamtsbehörde über den Verkauf einer Sklavin enthalten sollte, bewußt außer Ansatz gelassen (vgl. z. B. EGER, S. 7 A. 2 S. 28). Und selbst wenn man wie EGER vorsichtig die Möglichkeit offen ließ, daß die Sklaven in dieses Grundbuch mit aufgenommen wurden, war doch die allgemeine Anschauung, daß schon der Name *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* auf ein öffentliches Buch zur Beurkundung der Rechtsverhältnisse an Grund und Boden deute. Der Verfasser will nun mit der

Vorstellung des Grundbuches grundsätzlich brechen. Die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* weise nicht die Merkmale auf, die man für ein Grundbuch fordern müsse: sie verwahre nicht Besitzurkunden über Grund und Boden, sondern solche über Mobilien und Rechte aller Art; sie lege keinen Wert darauf, ein vollständiges Bild von den Rechtsverhältnissen an Grund und Boden zu geben, sondern verwahre nur die überbrachten, d. h. freiwillig eingereichten Besitzurkunden; endlich sei die Hinterlegung der Urkunde und die Verbuchung im Register nicht Rechts-erfordernis für den Erwerb eines Rechtes an Grundstücken. PREISIGKE überschreitet wohl die Grenzen des Gebietes, das er sicher beherrscht, wenn er der Entwicklung seiner Anschauung zu dieser Frage des Grundbuches eine Belehrung über das Wesen des Grundbuches an die Adresse einiger Juristen — im Grunde auch für nicht ausdrücklich genannte Männer wie MITTEIS, WENGER, RABEL, vorausschickt. Es bedarf zunächst einer klärenden Bemerkung für den mit dem Rechtsgebilde des Grundbuches nicht tiefer vertrauten philologischen Leser. Auch in dem modernen Grundbuchsystem, wie es z. B. die deutsche Reichsgrundbuchordnung und das Bürgerliche Gesetzbuch kennen, gilt die Eintragung nicht so unbeschränkt als Erfordernis für den Rechts-erwerb, wie es der Verfasser hinstellt. Nur für den Erwerb aus Rechts-geschäft findet das sog. Eintragungsprinzip Anwendung. Wer dagegen zum Beispiel als Erbe ins Recht des eingetragenen Eigentümers nach- folgt, wer auf Grund ehelicher Gütergemeinschaft Mitbeteiligung am Recht des Eingetragenen etwa als Ehegatte erlangt, erwirbt ohne Ein- tragung, außerhalb des Buches, sein Recht am Grundstück. Und gehen wir in eine nahe Vergangenheit, in die älteren Entwicklungsformen unseres modernen Grundbuchwesens zurück, dann finden sich Grund- bücher, bei denen die Eintragung keineswegs erforderlich auch nur zur rechtsgeschäftlichen Begründung eines Sachenrechts am Grundstück ist. Vgl. den Rechtszustand auf Grund der preußischen Hypotheken- ordnung von 1783 nach der Kabinettsordre vom 31. X. 1831, bei Dern- burg, Preuß. Privatr. I § 199, auch den französischen sowohl vor wie nach dem Gesetz vom 23. III. 1855. So ist es mißverständlich, wenn der Verfasser die juristische Deutung der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* als eines Grundbuchamtes deswegen ablehnt, weil für sie wahrscheinlich nicht das strenge Eintragungsprinzip gilt, sondern Grundstücksrecht auch wohl sogar durch privaten Handschein (*χειρόγραφον*) erworben werden kann.

Mit dieser Möglichkeit hatte schon MITTEIS (Archiv I 187) ge- rechnet, EGER (Grundbuchwesen 109f. III. 117) stellte sie erneut zur Erwägung. Der Verfasser möchte nach CPR. 9 annehmen, daß hier ein nicht bei dem Besitzamt angemeldeter Eigentümer durch Hand- schein ohne Mitwirkung des Besitzamtes sein Grundstück wirksam ver-

äußerte. Vollbewiesen ist diese Möglichkeit privaten Rechtserwerbes außerhalb des Buches heute noch nicht. PR. hat die tiefdringenden Erwägungen EGERs S. 109ff., der auch CPR. 9 sehr wohl beachtet hat (S. 107: vgl. nr. 70 der Liste von S. 96), gar nicht gewürdigt.

Daß damit, auch wenn etwa der private Handschein wirksam Recht übertragen konnte, grundsätzlich auf vollständige Verzeichnung aller Grundstücke im Besitzamt verzichtet war (PR. 288), ist eine sehr weitgehende Folgerung. Lange ehe das Eintragungsprinzip zur Herrschaft gelangt war, hat das preußische Recht nach der Vollständigkeit der Verbuchung gestrebt und sie mit Strafen durchzusetzen versucht. Für das römische Ägypten haben wir das Präfektenedikt des Mettius Rufus (Oxy. 237 col. VIII 27ff.), das alle *κτῆτορες* zur Anmeldung ihrer *κτῆσις* auffordert. Der Verfasser interpretiert in diese so klaren Worte willkürlich die Beschränkung: „alle diejenigen Besitzer sollen die Pflicht-*ἀπογραφή* an das Besitzamt einreichen, *deren Besitz im Besitzamt verbucht steht*“ (S. 376). Mit dieser schlimmen Willkür hat der Verfasser seine These schwer kompromittiert. Wo bliebe da der Vertrauensschutz für den rechtsgeschäftlichen Verkehr, den die Schlußworte dieses Edikts formulieren: „die Vertragsschließenden sollen nicht aus Unkenntnis (der dinglichen Rechtslage) Schaden erleiden“? Der Verfasser hat die Instanzen gar nicht erwogen, die sich gegen seine Auffassung aus den zahlreichen Besitzerklärungen (General-*ἀπογραφαί*) ergeben, in denen die Eigentümer dem Befehl des Präfekten zur Einbekennung gehorchen. Weil die Verwaltung möglichst Veräußerung außerhalb des Buches *verhindern* will, deswegen erklären doch wohl die Deklaranten in Fay. 32 und 216, BGU. 420, Gen. 27, daß sie künftig bei Verfügungen vorherige Anzeige ans Besitzamt richten würden (EGER 173f.). Und Oxy. 637 ist doch sehr viel wahrscheinlicher mit EGER 177 als pflichtmäßige, der Verordnung entsprechende *ἀπογραφή* eines bisher nicht angemeldeten Grundstücks zu deuten als mit dem Verfasser, auf dessen Deutung (S. 388) noch eingegangen werden soll.

So wenig diese beiden kritischen Gesichtspunkte des Verfassers gegen die bisherige Auffassung der *βιβλιοθήκη ἐγκλήσεων* als eines Grundbuchamtes durchschlagen, so ernst ist der dritte Punkt zu nehmen, auf den sich der Verfasser stützt, um das ägyptische Grundbuch zu bestreiten: er will fünf Stellen anführen, in denen Mobilien als Gegenstand des Urkundenverkehrs im Besitzamt erscheinen: PER. 144, dessen von WESSELY referierter Inhalt noch durch eine erneute — von EGER vergeblich nachgesuchte — Bestätigung WESSELYS bekräftigt wird. — P. Lond. II p. 151 nr. 299, wo PR. jetzt mit KENYONS Zustimmung lesen möchte: I. 15ff.: *ὃν ἀπεγραψάμεθα δι' ὕμ[ων] τῆι ἐνεστώσει ἡμέρα δ[οῦ]λ(ον) [ἄορον]α, βουλόμεθα ἐλ[ενθερῶ]σαι<sup>1</sup>. Διὸ*

<sup>1</sup> Vorschlag von B. KEIL.

*ἐπιδίδου[εν], ὅπως ἐπισ[ταλῆι τ]ῷ μνήμονι, ὡς καθήκει* (PR. 285f. 305). Da KENYON GRENFELL-HUNTS Vorschlag *ἀ[μπελῶ]να* für ausgeschlossen erklärt, muß heute diese Lesung maßgebend sein. Diese beiden Belege, die schon EGER (S. 28f.) erwogen hat, sind aber die einzigen, mit denen heute operiert werden kann: P. Oxy. 336. 349 werden vom Verfasser hierher auch gestellt, weil sie vom Besitzamt ausgehen sollen als Weisungen (*ἐπιστάλματα*) an die Notare zur Urkundenaufnahme über Sklavenkäufe. Daß sie dies wirklich sind, ist ganz ungewiß, und der These des Verfassers steht hier eine andere Deutung EGERs (82, A. 6), die nicht erwogen ist, gegenüber. Als fünfter Beleg für das Vorkommen von Mobilien im Besitzamt wird seltsamerweise BGU. 1073 aufgeführt, die Anmeldung der *ἀτέλεια* eines Athleten. Aber daß hier ein selbständiges Vermögensrecht (nur an solches könnte ja gedacht werden) vorliegt, das begrifflich und in der Behandlung bei dem Besitzamt dem Eigentum und der Hypothek gleichgestellt wäre, ist eine gewagte durch nichts begründete Annahme.

Jedenfalls ist der erneute Hinweis des Verfassers auf die Möglichkeit von Mobilienrechten als Gegenstand der Behandlung im Besitzamt wichtig. Wie diese Erscheinung zu deuten ist, steht noch ganz dahin. Die *βιβλιοθήκη* kurzweg nur als Publizitätsamt und Archiv für alle Vermögensrechte anzusprechen, ist gewagt. Dafür müßte doch viel klarer erwiesen werden, daß der ganze Mechanismus, den wir bisher kurzweg als Grundbuchwesen bezeichneten (*προσαγγελία ἐπίσταλμα ἀπογραφή*), schlechthin auf alle Mobilien Anwendung fand. Vor allem sucht man bei dem Verfasser vergebens nach einer Darlegung, welche die tief eingewurzelte Meinung widerlegen könnte, daß im Worte *ἔγκτησις* die Beziehung auf den Grundbesitz liege.

Der Verfasser hat vom Gesichtspunkte des Banknotariates eine umfassende Darstellung des ganzen Getriebes gegeben, das wir bisher als Grundbuchwesen bezeichneten. Er verfolgt den Werdegang einer buchmäßigen rechtsgeschäftlichen Verfügung, indem er sechs Stufen unterscheidet: 1. das *ἐπίσταλμα* oder die Ermächtigung des Notariates zur Beurkundung; 2. die notarielle Errichtung des Vertrages; 3. die *ἀπογραφή* oder Anmeldung des Erwerbers; 4. die Verbuchung in die *διαστώματα* des Besitzamtes; 5. die *ἀναγραφή* oder dienstmäßige Anmeldung desselben Vertrages an das Besitzamt von Seiten des Notars auf Grund einer Vertragsmelderolle; 6. die *καταγραφή* oder Besitzabmeldung des Veräußerers.

An dieser Stelle braucht auf die 1. Stufe nicht weiter eingegangen zu werden.

Die Darstellung, welche die Mitwirkung der Bank bei den notariellen Urkunden schildert, ist als übersichtliche Zusammenstellung und scharfe Analyse der Urkundentypen sehr wertvoll. Die Bank

kann zunächst als Geldinstitut für die Bewirkung oder Überschreibung einer Zahlung tätig werden, während neben ihr der Staatsnotar das Rechtsgeschäft beurkundet. Ein solcher notarieller Vertrag ist BGU. 445, eine solche „unselbständige Girobankbescheinigung“ ist Teb. 389. Dieses Nebeneinander von notarieller und Bankurkunde kann zu einer interessanten urkundlichen Behandlung des Empfangsbekennnisses über die Zahlung führen. In der notariellen Urkunde wird bekundet, daß die Darlehensauszahlung erfolgt oder daß der Kaufpreis gezahlt sei. So will es der feste Stil der griechischen Notariatsurkunde des Darlehens- und des Kaufvertrages. Der Empfänger der Zahlung quittiert auch über diese am Ende der Urkunde. Dieses fiktive Empfangsbekennnis wird gegeben, weil in beiden Fällen der Empfang des Geldes zu den juristischen Elementen des Geschäftes gehört. Aber in Wirklichkeit wird die Zahlung erst später durch die Bank bewirkt, und die Quittung für den realen Zahlungsempfang steht daher unter der Bank-*διαγραφή* (P. Fior. I, 1, vgl. P. Straßb. 52). Auf diese Quittung unter der Bankurkunde bezieht PREISIGKE die Worte *θεμ[εν . . . συμ]βολαιων* in CPR. I n. 1 l. 14, indem er *θεμ[ένης συμ]βόλαιον* ergänzt und emendiert. Das ist m. E. durch den Text der *ὑπογραφή* l. 30 ausgeschlossen; *θεμένοϛ [συμβόλ]αιον*, nach dem MITTEIS (z. Sav.-St. 1898 p. 247) sehr einleuchtend in beiden Stellen emendiert: *θεμένοϛ συμβόλαιον*; der Käufer hat an die Bank des Isidor eine Anweisung ausgestellt, während der Bankakt bei der Bank des Heraklid in einer *διαγραφή*, die neben einem *χειρόγραφον* vollzogen wurde, bestand.

Nach eingehender Analyse noch recht dunkler Zwischenformen stellt der Verfasser den selbständigen Girobankvertrag dar. Hier wird die Bank zum Notariat mit all den Pflichten eines solchen gegenüber dem staatlichen Besitzamt; die *διαγραφή* verliert ihre prägnante Form, indem der Betrag der Zahlung in die rechtsgeschäftliche Willenserklärung einbezogen wird und in der Bankurkunde z. B. die Gewährschaftsklauseln über die verkaufte Sache mit stehen. Neben der *διαγραφή* steht in Hermupolis zunächst eine Bescheinigung ihres Inhalts durch den Bankhalter, dann eine *ὑπογραφή* der Parteien, in welcher die einzelnen Vertragsbestimmungen in derselben Ausführlichkeit wie sonst in den Notariatsverträgen aufgenommen sind. Typisch für diese *ὑπογραφή* ist die Erklärung des Zahlungsempfängers: *ἐπιμολούθηκα τῆδε τῇ ὑπογραφῇ*, während der Zahlende erklärt: ich habe angewiesen, *ἐξωδιάσα*. In Antinoupolis und im Fayum ist dieser Urkundentyp bisher nur in verschliffenen Formen nachweisbar, welche die *ὑπογραφή* stark abkürzen. Den Gipfel der Entwicklung zur reinen Notariatsurkunde stellen Fälle dar, in denen gar nicht mehr ein Zahlen in Betracht kommt, sondern wo in loser Anlehnung an den Stil der *διαγραφή* rechtsgeschäftliche Erklärungen beurkundet werden: so

Tebt. 398, ein Erlaßvertrag. Den Übergang zu diesem Falle macht Lond. III p. 148 n. 932 (211 p. C) deutlich: dort ist augenscheinlich angestrebt, die bankmäßige Zahlung oder Überschreibung, welche ja die Grundlage des Banknotariates ist, durch einen Betrag von acht Drachmen<sup>1</sup> darzustellen, der von den Parteien wohl nicht anders aufgefaßt wurde als der Pfennigpreis im römischen Manzipationsformular.

Diese Zusammenstellung der Girobankurkunden im Betriebe des Banknotariates wird den Juristen wie den anderen papyrologisch arbeitenden Forschern von hohem Werte sein: auch dort wo sie sachlich nicht über die bisherige Forschung hinausführt, erleichtert sie durch übersichtliche Gliederung der Urkundentypen, durch Beobachtung jeder Eigenart des einzelnen Typs die Beherrschung des unübersichtlichen Stoffes in glücklichster Weise.

So stark die Darstellung der „pflichtmäßigen ἀπογραφαί“ unter dem m. E. verfehlten Gesichtspunkt, der oben abgelehnt wurde, (S. 175 ff.) steht, verdienen doch die Bemerkungen besprochen zu werden, welche Pr. zu dem Texte des Edikts des Mettius Rufus (P. Oxy. 237 VIII 27 ff.) macht. Pr. hat eine wenig günstige Meinung von der Genauigkeit, mit der das berühmte Präfektenedikt uns überliefert ist. S. 283 A. 1 vermutet er, daß die Erwähnung der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων in den Wortlaut des alten Ediktes statt der angeblich vor 131 p. C. allein existierenden βιβλιοφύλακες eingesetzt sei. S. 378 wird der Befehl an die Frauen zur Anmeldung ihrer Dotalhaftungsrechte in eine entsprechende Dienstanweisung an die Besizamtsbeamten verbessert. M. E. haben wir keinen hinreichenden Grund, solche Abänderungen im Texte dieses Ediktes anzunehmen. Ein Hinweis auf die leichten Textdifferenzen von BGU. 267 und P. Straßb. 22, die übrigens ein Reskript, kein Kaiseredikt (so Pr. 283, 1) betreffen, beweist nichts für die Möglichkeit solcher sachlicher Änderungen. Zudem beruhen die beiden Vorschläge, die der Verfasser macht, auf recht gewagten Annahmen. PREISIGKE hat in P. Straßb. I 125f. beobachtet, daß vor 129 p. C. alle ἀπογραφαί in Oxyrhynchos nicht an die βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων gerichtet sind, sondern an die βιβλιοφύλακες schlecht hin, und schließt daraus, daß damals noch kein besonderes „Besizamt“ bestand. Aber selbst wenn diese Annahme richtig ist, war es denn unmöglich, daß die offizielle Bezeichnung der Behörde damals „βιβλιοφύλακες“ war, man dabei aber ganz gut verstand, daß diese βιβλιοφύλακες die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων verwalteten? — Der andere Eingriff in den Text ist m. E. ohne jeden Anhalt. Der Präfekt hat sich vorher an „alle κτήτορες“ gewendet und ihnen befohlen, die Meldungen einzureichen, ferner an die Gläubiger und an den Drittbe-

<sup>1</sup> Vgl. die Vermächtnisse über acht Drachmen BGU. 183, 23, Tebt. 381, 15.

rechtigten. Ganz ebenso spricht er nachher von der Pflicht der Frau zur Anmeldung ihrer Haftungsrechte fürs Heiratsgut wie endlich von den Kindern. Der Gegensatz, den PR. in die Worte *ἀπογράφασθαι*, *ἀπογραφὴν ποιείσθωσαν* einerseits und *παραιθέτωσαν* andererseits hineinlegt, ist mir unverständlich.

Dagegen könnte eine Bemerkung das Richtige treffen, welche PR. über die ursprüngliche Geltung des Präfektenedikts des Mettius Rufus macht. Man hat bisher wohl allgemein geglaubt, daß dieses Edikt für ganz Ägypten die General-*ἀπογραφαί* anordnete. Im Text steht nichts von solcher allgemeinen Geltung, und der Mißstand in Oxyrhynchos wird als Gegenstand eines besonderen Rappports der dortigen Strategen erwähnt; so wäre es möglich, daß die Verordnung nur in Oxyrhynchos publiziert war und nur für die dortigen Verhältnisse Abhilfe schaffen wollte.

In der Darstellung der *ἀπογραφαί*, welche ans Besizamt zur Anmeldung von erfolgten Rechtsänderungen eingereicht werden — PR. nennt sie „freiwillige *ἀπογραφαί*“ —, muß die neue Deutung besprochen werden, welche PR. mehrfach dem Wort *ἀπογράφεσθαι*, bezogen auf eine Person, beilegt. In Oxy. 506 (143 p. C.) verpflichten sich die Schuldnerinnen unter anderem: *οὐδὲ ἀπογράφεσθαι τινα ἐπὶ τῶν ἀγρῶν* . . ., in der *ἀπογραφὴ* BGU. 919 (2. Jhd. p. C.) wird mit Bezug auf die Erblasser gesagt: *ἀπὸ κληρο[νομί]ας τῶν ὁμοπα[τρ]ο[τέ]λων καὶ [ὁμομη-τρο]τε[λων] μου ἀδελφῶν Τ[ε]λέφανου καὶ Ἀλεροῦτος ἀ[μ]φοτέρων ἀφηλ[ί]κων τετελευτηκότων ἐπ' ἐμοὶ μόνη κληρονόμω, ἀπογεγραμ[έ]νων διὰ τῶν πρὸ ἑμῶν βιβλίου(φυλάκων)*, ebenso Oxy. 637 (109 p. C.) *τὸ κατηρηγὸς εἷς με εἷς ὀνόματος τοῦ πατρὸς . . . μὴ ἀπογεγραμμένον* . . . In allen diesen Fällen bezieht der Verfasser die *ἀπογραφὴ* auf eine Hinterlegung einer letztwilligen Verfügung bei dem Besizamte: dadurch sei der Name des Erben bei den im Fachwerk des Erblassers lagernden Rechtsbelegen vermerkt worden, ja bei Forderungen des Erblassers habe sogar bei dem Namen des Schuldners eine solche *παράθεσις* stattgefunden (wird m. E. zu Unrecht aus Lips. 9 a. E. geschlossen). Die innere Unwahrscheinlichkeit dieses Verfahrens entscheidet gegen diese Anschauung noch mehr als der Mangel eines strikten Quellenbeweises. Der Erbe erwirbt doch durch das Testament, so wie es im hellenistischen Ägypten entwickelt ist, keinerlei festes Recht an den Gegenständen des künftigen Nachlasses. Warum sollte man ihn da auf dem Besizamt vermerken? — Der Mangel eines Akkusativobjekts bei dem *ἀπογράφεσθαι* spricht in BGU. 919, Oxy. 637 gegen den Verfasser. „Der Erblasser hat die *ἀπογραφὴ* vorgenommen (oder nicht vorgenommen)“: das bezieht sich doch wahrscheinlich darauf, daß eine Erwerbsanmeldung seitens des Erblassers stattgefunden (oder nicht stattgefunden) hat. — In Oxy. 506 ist das *ἀπογράφεσθαι τινα* allerdings nicht ohne

weiteres klar: die Verpfänder verpflichten sich dazu, nicht zu verkaufen, nicht zu verpfänden, nicht anders zu verfügen, noch auch jemand „auf den Hufen zu deklarieren“. LEWALD dachte an Meldung zum Zwecke der Eintragung des Erwerbers. Aber die geht, wie P. richtig einwendet, nicht vom Veräußerer aus, ihr Verbot wäre auch nach dem *καταχρηματίζειν* eigentlich überflüssig. An Ausschluß einer Verfügung von Todeswegen (so P.) kann nicht gut gedacht werden; denn welches Interesse hat der Gläubiger daran, dem Schuldner die letztwillige Verfügung zugunsten eines Erben zu verwehren, besonders wenn etwa die Schulden auch gegen den Vermächtnisnehmer oder Beschenkten verfolgbar waren? — Ich denke daran, daß mit dem *ἀπογράφειν* das Anmelden eines Treuhänders zur Eintragung gemeint ist, auf dessen Namen das Grundstück *κατὰ πίστω* (nach Treuhandabrede) zu stehen käme. Dieses Geschäft könnte sehr wohl noch *neben* dem *καταχρηματίζειν* verboten sein. Wir wissen, daß die Treuhandabrede aus dem öffentlichen Buche hervorgehen konnte, vgl. BGU. 1047, 5 (GRADENWITZ, Berl. phil. Wochenschrift 1906, 1356, RABEL, Z. Sav.-St. 28, 361, 2). Allerdings ist noch unbezeugt, daß dabei die Anmeldung ans Besitzamt vom Treuhandgeber geschah. EGER (S. 119, 2), den der Verfasser auch hier nicht berücksichtigt, denkt augenscheinlich an eine ähnliche Erklärung der Urkunde.

Neben der *προσαγγελία* (d. h. der Meldung der beabsichtigten Verfügung), dem *ἐπίσταλμα* (Weisung an die Notare zur Mitwirkung), der *ἀπογραφή* (Anmeldung des Erwerbs durch den Erwerber), spricht P. von der *ἀναγραφή* als einem notwendigen Element jeder buchmäßigen Veränderung des Besitzstandes im Besitzamt. Sie sei die Eintragung auf der Vertragsmelderolle des Notars, der Auszug aus dem notariellen Vertrag, der dem Besitzamt eingereicht wird. Solche Auszüge enthalten aus römischer Zeit P. Fior. 24. 25, und P. stellt noch hierher die von VITELLI in der Ausonia 1907 als nr. 3 veröffentlichte Urkunde sowie — in problematischer Deutung — CPR. I 27. Die *ἀναγραφή* der römischen Urkunden könnte in der Tat mit dieser Vertragsmelderolle zusammenhängen, wenn bewiesen würde, daß diese den Zweck hatte, dauernd die notariellen Urkunden für die spätere Benutzung im Rechtsverkehr aufzubewahren und so eine authentische Festhaltung des wesentlichen Inhaltes der Urkunde sicherzustellen. Was P. für ein Zurückreichen dieser spezifischen Bedeutung der *ἀναγραφή* bis in die Ptolemäerzeit anführt, beweist allerdings m. E. nichts.

*ἀναγράφειν* ist der technische Ausdruck der griechischen Rechtsprache für eine Niederschrift zum Zwecke der Publikation<sup>1</sup>. Wie oft es in altgriechischen und hellenistischen Inschriften als Ausdruck

<sup>1</sup> Vgl. bezeichnend die Stelle bei Xen. de vectig. 3, 11, ΒΕΚΚ. Anecd. 390, 1. *ἀνάγραπτον τὸ ἀναγεγραμμένον ἢ τὸ πᾶσιν ἐγνοσμένον.*

für die „Aufzeichnung“ eines Volksbeschlusses auf der Steintafel steht, bedarf keiner Belege. Oft erscheint es als Wort für die Publikation von Namen, die zur allgemeinen Kenntnis gebracht werden sollen: *πρόξενοι* des Staates<sup>1</sup>, Priester einer Gemeinde<sup>2</sup>, Verbannte<sup>3</sup> werden so durch „Aufzeichnung“ zur öffentlichen Kenntnis gebracht. Bei THEOPHRAST ist *ἀναγραφή* das Wort für die öffentliche Beurkundung der Verträge und der Grundbuchrechte (Stob. Floril. XLIV, 22, 2. 4) in den öffentlichen Registern. Die Register der Käufe von Tenos, der Mitgiftbestellungen von Mykonos sind sicherlich *ἀναγραφαί* im Sinne dieses Sprachgebrauches<sup>4</sup>. Zweifellos kam das Wort in dieser Bedeutung der „Aufzeichnung zum Beurkundungs- und Publizitätszweck“ in die ptolemäische Rechtssprache. Der *ἀναγραφή*-Vermerk unter dem griechischen P. Leid. O (l. 36), wie unter den demotischen Verträgen aus dem Dorfe Tenis (P. dem. Reinach 5. 6) sind wahrscheinlich noch so zu erklären: der Notar trägt den Auszug des ptolemäischen Vertrages in sein Register ein, setzt andererseits den Vermerk über die Eintragung unter die Urkunde, wie es P. Par. 65 (a<sup>o</sup> 146/5 od. 135/4) sagt und wie es vielleicht schon in P. dem. Elephantine 6, den PR. nicht erwähnt, geschah (a. 225/4 a. C.), wo der Notar sogar die juristische Bedeutung der rechtsgeschäftlichen Erklärung als *ἐγγύη* nach WILCKENS neuer Lesung festgestellt hat, ganz wie er es nach der Dienstvorschrift, die P. Par. 65 kennt, allerdings nur in dem Amtsjournal (*χορηματισμός*), zu tun hat. Sehr seltsam deutet PREISIGKE die *ἀναγραφή*-Vermerke als Bemerkungen über geschehene Verweisung der Urkunde in einen anderen Geschäftsbereich: das *ἀναγέγραπται* in P. Leid. O soll beurkunden, daß der Privatnotar den Vertrag in irgend eine Übersicht eingetragen hat, die dazu dient, die Verträge aus dem Geschäftskreise des Notars in den Geschäftskreis des Hüters überzuführen. Aber was ist der „Geschäftskreis des Hüters“, wenn der *συνγγραφοφύλαξ*, d. h. der Urkundenverwahrer, bei dem die Sechszugenerkunde niedergelegt wird, ein Privatmann war? — Unter den Tenispapyri soll der *ἀναγραφή*-Vermerk dazu dienen, die demotischen Verträge ins Tempelarchiv überzuführen. Auch dafür fehlt jeder Quellenanhalt. Daß im Wort *ἀναγράφειν* ein „Aufzeichnen zur Beurkundung und authentischen Bewahrung“ liegt, kommt dabei zu kurz. Statt einer öffentlichen Beurkundung wird die *ἀναγραφή* dem Verfasser zur Akten-

<sup>1</sup> Inschr. v. Astypalaea bei Ditt. Syll.<sup>2</sup> 493.

<sup>2</sup> Inschr. v. Rhodos Ditt. Syll. 610, 7.

<sup>3</sup> Inschr. v. Amphipolis (4. Jahrh. a. C.) Ditt. Syll. 113, 17.

<sup>4</sup> In Delphi ist der im Heiligtum aufgezeichnete Hierodulenkaufervertrag zwischen dem Freilasser und dem Gott eine *ἀναγραφή και ὄνά*, vgl. Griech. Dial.-Inschr. 1743, 10ff., 1762, 5, 1763, 4, 1764, 10, 1815, 10 (alle aus dem 2. Viertel des 2. Jahrh. a. C.).

verfügung. Der Ref. vermag nicht dem Verfasser auf diesen Weg zu folgen. Für ihn ist die *ἀναγραφή* der ptolemäischen Quellen gerade wie in den altgriechischen Quellen die öffentliche Beurkundung einer Geschäftsurkunde vor dem griechischen Notar, in P. Leid. O und den Tenispapyri wohl vermittels des in P. Par. 65 genannten *χορηματισμός*. Sie hat mit der Verwahrung der griechischen Originalurkunde bei dem *συγγραφοφύλαξ*, zunächst Hüterurkunde, so wenig wie mit der Verwahrung der demotischen im Tempelarchiv zu tun. Soweit wir heute sehen können, beschäftigt sich der ptolemäische Staat ebensowenig mit der Verwahrung der griechischen Hüterurkunde wie mit dem Tempelarchiv. Es wird nur die Gelegenheit der *ἀναγραφή* geschaffen, für die demotischen Urkunden, um sie vor dem griechischen Gericht produzierbar zu machen<sup>1</sup>, für die griechischen Sechszeygenurkunden aus irgend einem unbekanntem Grunde, vielleicht um sie den Zufällen und Gefahren der privaten Verwahrung zu entrücken. Wie die Publizität der Geschäftsurkunden, die jedenfalls mit der *ἀναγραφή* zusammenhing, dabei hergestellt wurde, ist heute noch unbekannt.

Daß für die römische Zeit die Anschauung des Verfassers mehr zutreffen *könnte*, wurde oben schon bemerkt. Wenn wirklich, wie P. annimmt, das Besitztamt als Verwahrungsstelle der öffentlichen Urkunde galt, wenn also dort der Rechtsverkehr stets den authentischen Text der Vertragsurkunde suchte, könnte die *ἀναγραφή* des Notars sehr wohl ein Eintrag auf einem Register sein, das zur Überweisung ins Besitztamt bestimmt war. Aber dieser Zustand des ägyptischen Archivwesens ist jedenfalls noch nicht zu erweisen (oben S. 175). Und die Deutung, welche der Verfasser dem Begriffe *ἀναγραφή* in den römischen Urkunden gibt, ist auch so wenig feststehend, daß die These des Verfassers auf diese nicht gestützt werden kann. Von Lips. I 123 ausgehend, wo *ἀναγραφή* eine Aufzeichnung von übersandten Akten, ein Versandnachweis ist, erklärt der Verfasser die Urkunden P. GRENF. II 41, P. Ausonia 1907 S. 139 nr. 3: hier werden deutlich die Akten bezeichnet, welche im *γραφείον* aus der Aufnahme notarieller Verträge entstehen. Dabei handelt es sich nach der Auffassung P.s um *χορηματισμοί*, d. h. die aufgenommenen Vertragsurkunden, um das *εἰρόμενον* und die *ἀναγραφή*. In P. Ausonia soll (nach P.) nur *eine* Urkunde im ganzen Monat Mesore aufgenommen sein. Aber hier ist schlechterdings *alles* unsicher: ist in dem jammervollen Geschreibsel in GRENF. II 41 der Plural *χορηματισμούς* wirklich korrekt, oder war, wie in P. Ausonia, nicht

<sup>1</sup> Pr. spricht davon, daß nur die *ἀναγραφή* den demotischen Verträgen den Weg ins Tempelarchiv geöffnet hätte. Wo steht etwas davon? — P. Tor. I IV, 14 kann doch nur bedeuten, daß die nicht eingetragene ägyptische Vertragsurkunde vor *griechischen Gerichten* kraftlos sei.

nur von *einem* *χορηματισμός* die Rede, den man nicht als „notarielle Urkunde“, sondern als „Notariatsregister“ deuten müßte, wie schon den *χορηματισμός* in P. Par. 65? — Ferner was heißt *εἰρόμενον*? — WILCKEN deutete es als „die aus Einzelurkunden zusammengereichte Rolle“. Der Verfasser findet dabei wohl mit Recht eine sachliche Schwierigkeit, da schon der *τόμος συγκολλήσιμος*, in dem der oder die *χορηματισμοί* enthalten sein sollen, eine solche Rolle sei. — Aber was Verfasser an die Stelle setzt, ist ebenso unbefriedigend: wenn *τὸ εἰρόμενον* eine Begleitübersicht oder ein Inhaltsverzeichnis mit regestenmäßiger Wiedergabe von Auszügen der Urkunden wäre, wozu dann noch eine *ἀναγραφή*? PREISIGKE meint: als Versandnachweis oder Überweisungspapier, laut welchem die Rollen nach Gattung oder Stückzahl aus der Hand des Notariatsbureaustehers an die zuständige Behörde überwiesen werden. Aber wo bleibt dann die Beziehung der *ἀναγραφή* auf die notarielle Beurkundung und authentische Bewahrung der *einzelnen* Geschäftsurkunde?! — Der Ref. unterdrückt hier seine eigene Hypothese über die Erklärung der Urkunden, weil er nur zu gut weiß, daß in diesem Punkte heute die *ars nesciendi* das einzig Ratsame ist.

Für die Erklärung des Rechtsbegriffes *καταγραφή* hat der Verfasser eine neue Darstellung gegeben, welche die Lehre in gewissem Sinne fördert, aber juristisch wenigstens in dieser Form noch abzulehnen ist. Gegenüber der heut wohl vorherrschenden Anschauung, welche im *καταγράφειν* ein „Registrieren“ in ein öffentliches Buch, eine Umschreibung oder ein Beurkunden sah (vgl. die Äußerungen von GRADENWITZ, WENGER, RABEL, KOSCHAKER bei EGER, Grundbuchwesen 110, 1), hat P. m. E. sehr glücklich den Ton auf die juristische Bedeutung gelegt, welche das *καταγράφειν* im Gegensatze zum Kaufvertrage als dingliches Vollzugsgeschäft gehabt habe: die *καταγραφή* stehe zur *πρᾶσις* wie die demotische Traditionsurkunde (*ἀποστασίον συγγραφή*) zur Kaufurkunde (*πρᾶσις*). Ganz deutlich sei diese Tragweite der *καταγραφή* dort, wo der Kaufpreis in Teilzahlungen entrichtet und die Rechtsübertragung durch *καταγραφή* erst dann erfolgen soll, wenn die letzte Rate gezahlt ist (P. Lond. II p. 211 nr. 334, a<sup>o</sup> 166; BGU. 446, 14ff., a<sup>o</sup> 159 p. C.). Diese *καταγραφή* erfolge bald durch selbständige Urkunden, bald durch eine Bewilligung des Veräußerers unter der Erwerbsanmeldung des neuen Berechtigten zum Besitztum, oft vielleicht im Kaufvertrage selbst durch eine Klausel, welche dem Erwerber ein *κρατεῖν καὶ κυριεῖν* zuspricht. Auch die doppelte Erklärung in spätrömischen Urkunden, daß der Verkäufer eine Verkaufserklärung und eine Erklärung über *καταγεγραφήκεναι* abgibt, ist mit Grund hervorgehoben, P. Oxy. 472 wird noch etwas schärfer als bisher übersetzt. Insoweit wird der Verfasser nach meinem Ermessen auf Zustimmung rechnen dürfen; der Ref. weiß

sich in dieser Frage mit seinen beiden verehrten Lehrern Ludwig MITTEIS<sup>1</sup> und PAUL JÖRS<sup>2</sup>, wie mit einer früher von GRADENWITZ vertretenen Auffassung (Einführung 54. 104ff. 163) einig.

Aber der Verfasser hat nun für dieses Vollzugsgeschäft der Über-eignung an eine juristische Gestaltung gedacht, die nach den Quellen abzulehnen ist. Anstatt zu fragen: wer erklärt *καταγράφειν*, wer nimmt das *καταγράφειν* vor? — verquickt P. die *καταγραφή* mit der alten Vorstellung eines Vorganges, der sich in Beziehung aufs Besitzamt abspielt: die *καταγραφή* sei die Abmeldung des alten Eigentümers gegenüber dem Besitzamt. Durch die *καταγραφή* entlasse der Ver-äußerer die Verwahrstelle, das Besitzamt, aus ihren bisherigen Ver-pflichtungen ihm gegenüber. Das ist offenbar unrichtig.

Zunächst gibt es m. W. keine Urkunden, die *καταγραφή* hießen, oder in denen ein *καταγράφειν* erklärt würde, und in denen sich der Ver-äußerer ans Besitzamt wendete. Ebenso wenig wird jemals ausdrück-lich das Besitzamt aus Verpflichtungen entlassen noch etwa der Er-werber vom Veräußerer dem Besitzamt vorgestellt. Nach dem von P. vorgelegten Material vollzieht sich dieses *καταγράφειν* regelmäßig „vermittels der Agoranomen“, weil der Notar die Erklärung aufsetzt. Und daher könnte man leicht erklären, warum vom Notar selbst ge-sagt wird, er nehme die *καταγραφή* vor, — vgl. die Anweisungen zum *καταγράφειν* in P. Oxy. 170. 327. 328, die nach dem Verfasser vom Besitzamt ausgingen (?) —. Der Zusammenhang, in dem Besitzamt und *καταγραφή* in BGU. 50 (a<sup>o</sup> 115 p. C.) stehen (dazu P. S. 442ff.), ist wohl nur derjenige, der heut zwischen der Bereinigung des Grund-buchs von Rechten Dritter und der Auflassung vorliegt: bevor der Veräußerer die Auflassungserklärung abgibt, muß er das Grundbuch frei von etwa bestehenden Hypotheken und sonstigen dinglichen Be-lastungen machen, unter denen in Ägypten die Beschlagsrechte der all-gemeinen Staatsverwaltung für Liturgien und etwaige Rechte des kaiser-lichen Hausgutes eine besondere Rolle spielen.

Ein Blick über den doch engen Kreis des papyrologischen Mate-riales hinaus festigt diese Auffassung der *καταγραφή* als einer Auf-lassungserklärung. Daß *καταγραφή* ein Rechtsgeschäft zwischen Ver-äußerer und Erwerber ist, geht zunächst aus einer hellenistischen Inschrift hervor: bei dem Hierodulenverkauf an den Gott heißt es im allgemeinen: ἀπέδοτο ὁ δεῖνα τῶ θεῶ. Auf einer Inschrift von Badinlar in Phrygien von a<sup>o</sup> 209 p. C. (Journal of hellenic Studies 1887, p. 377 n. 1. 2—7) ed. HOGARTH., vgl. auch CALDERINI, manomissione 440, 1) erklärt der Freilasser: Ἀπόλλωνι κατα[αρχά]φω τὴν δούλην τὴν θρε[πτήν]

<sup>1</sup> Vgl. schon Reichsr. 508; wie oben Z. Sav. St. 27, 345.

<sup>2</sup> Nach persönlicher Aussprache im Sommer 1909.

μου κατὰ τὴν ἐπιταγὴν θεοῦ. Vgl. auch PLUT. Mor. p. 482 c. Als Übertragung des Eigentums durch Auflassungserklärung, nicht auf „Einregistrierung“ deutete ich schon die bekannte Stelle im Erbpachtvertrag von Mylasa (4. Jhd. a.C.): ἐφ' ᾧ καταγράφει τούτων τὴν ὥνῃν βεβαιωτὰς διδοῦς (Inscr. jur. Gr. I, XIII quater, p. 244ff.). καταγράφει heißt hier nicht: den nunmehr zwischen Thraseas und der Phyle der Otokonden geschehenden Kauf einregistrieren, sondern: das von Thraseas aus Kauf (vgl. B I. 1ff.) erworbene Recht auflassen. Die ὥνῃ steht hier wie sonst für „das aus Kauf erworbene Recht“, vgl. die Zusammenstellung Griech. Bürgschaftsr. I, 363. Dieser Erklärung der καταγραφή als einer Eigentums-Aufgabe-Erklärung kommt endlich noch ihre Verknüpfung mit der römischen Begriffswelt zu statten. Als ein Grieche das sog. fragm. Pseudo-Dositheanum über das römische Freilassungsrecht ins Griechische übertrug, schrieb er καταγραφή statt *mancipatio* (Corp. gloss. lat. Hermen. Leyd. III 50, 53. III 104, 213) und καταγράφει = *mancipat* kommt auch sonst in Glossaren vor (glossae graeco-lat. corp. gl. lat. II 126, 49)<sup>1</sup>. Wer einmal beobachtet hat, wie sorglich der Urkundenstil des 4. Jahrhunderts im römischen Ägypten die termini technici der römischen Rechtssprache griechisch nachzubilden strebt, kann sich nicht über die Urkunden wundern, in denen der Veräußerer erklärt *ὁμολογῶ πεπρακέναι καὶ καταγεγραφεμέναι*: dem ersten Redaktor dieses Formulars klang eben noch die doppelgliedrige Klausel der römischen Urkunde in den Ohren: *emit mancipioque accepit*. Diese Übersetzung von *mancipare* durch καταγράφει ist m. E. der feste Punkt, an dem die Interpretation der griechischen Urkunden eingreifen kann. Auch die Verknüpfung der juristischen Bedeutung mit dem Wortbild ist damit gegeben. καταγράφει ist ein „verschreiben“<sup>2</sup>, im Sinne der Rechtsentäußerung durch Verfügung, vgl. κατατιθέναι (in Dialekten als „verpfänden, versetzen“), κατεγγυῶν (verloben, verpfänden, in Haftung geben), καταχρηματίζειν (allgemein für verfügen).

Führt diese Festlegung des Begriffes καταγραφή vielleicht noch weiter in den wichtigsten Forschungsproblemen des römisch-ägyptischen Eigentumsrechtes? — Wer die eigenartigen auf Schutz des dinglichen Erwerbs durch Publizität gehenden Wendungen der Urkunden vergleicht (P. Tebt. 318, 19; P. Lond. III, n. 1157 verso p. 111 Col. 3b l. 6ff.; P. Oxy. 1027, 10ff.), könnte daran denken, daß auch das Eigentum durch καταγραφή ohne Rücksicht auf die Verbuchung zwischen den Parteien übergang, daß aber diese Wirkung gutgläubigen Dritten gegenüber nur dann durchschlug, wenn die Verfügung im Besitzamt registriert und verbucht war. Vorsichtiger wird es sein, den

<sup>1</sup> Auf diese Stellen der Glossen hat schon GRADENWITZ, Einführung S. 104 hingewiesen.

<sup>2</sup> So richtig schon GRADENWITZ, Einführung S. 105.

künftigen Urkundenpublikationen die Antwort auf diesen Punkt zu überlassen. Überhaupt sind, wenn wirklich die *καταγραφή* eine Auflassungserklärung ist, die eigentlich juristischen Fragen damit erst richtig gestellt, aber noch nicht gelöst: war die *καταγραφή* stets neben dem Kausalgeschäft nötig? — Verbanden sich mit ihr Handlungen und Vorstellungen, wie wir sie bei der spätrömischen *traditio per cartam* wiederfinden? — Endlich: ist die *καταγραφή* ein allgemeines, bei den verschiedenen Rechten an der Sache in Betracht kommandes Institut des dinglichen Vertrages, das etwa auch bei der Verpfändung seine Rolle spielt (P. Fior. I, 56 l. 6. II)? —

Zu Untersuchungen, in denen die Monographien von LEWALD und EGER gut vorgearbeitet haben, gelangt der Verfasser bei seiner Darstellung der Behandlung der Geschäftsurkunden im Besizamt.

Der moderne Jurist betrachtet als maßgebliche Grundlage für die Rechtsverhältnisse am Boden das grundbuchmäßige Register, das Grundbuch, wie es auf einem „Blatte“ für ein Grundstück oder eine Person den Überblick über die gesamte Rechtslage gibt. Noch LEWALD und EGER hatten die Eintragung auf dem Grundbuchblatt (*διάστρομα*) als Zweck der Meldungen an die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* betrachtet, *παράθεσις*, *παρατιθέναι* als Eintragung gedeutet, das *διάστρομα* mit dem Grundbuchblatt verglichen, *καταχωρίζειν* als „registrieren“, *ἐντάττειν* als „Eintrag“, „Verbuchung“ gedeutet. Daß neben dem Grundbuchblatt auch die „Grundakten“ der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* nicht fehlten, war dabei sehr wohl angemerkt worden: die eingelangten Eingaben, die eingereichten Vertragsabschriften, die Berichte der Notare waren nachweislich im Besizamt verwahrt.

Der Verfasser, dem das moderne Grundbuchwesen ferner liegt, hat in diesem Punkte wohl genauer beobachtet als die juristischen Interpreten der Texte, den Ref. einbegriffen. Nach dem heut vorliegenden Materiale ist es wirklich wahrscheinlicher, daß die *παράθεσις* zunächst nicht an das öffentliche Buch angeknüpft hat, sondern vielmehr an die Aktenfächer, in denen die Grundakten bei den Namen der einzelnen Grundeigentümer ruhten. *παρατιθέναι* ist „beilegen“, *ἐντιθέναι* „hineinlegen“, *ἐντάττειν* „einordnen“, *καταχωρίζειν* „ins Fach einverleiben“; der Grundbucheintrag tritt in der Terminologie zurück hinter der Einordnung ins Aktenfach. Aber wird dadurch irgend etwas für die juristische Auffassung der ganzen auf Vertrauensschutz berechneten Institution der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* anders? — Soweit ich sehe, nicht. Das praktisch wichtige Mittel zur Ermöglichung eines Überblicks bildeten doch immer die Übersichtsblätter, *διαστώματα*. Auch für unsere Vorstellung des Betriebes im Besizamt tritt kaum eine Verschiebung ein. Bei der Darstellung, die Verfasser hierzu gibt, fällt auf, daß er den Widerspruch von EGER und LEWALD gegen die Schei-

ding von Ortschaftsgruppen, *Sachengruppen*, Namensgruppen nur anmerkt und nicht in sachlicher Begründung ablehnt (454 ff. 488 ff.): tatsächlich müßte doch ein Hinweis auf die „Sachgruppe“ (Angabe ob Grundstück oder Mobilie), wenn sie überhaupt vorhanden war, am Kopf von BGU. 959 stehen.

Die Behandlung der Gesuche um *παράθεσις* fordert vielfach Widerspruch heraus. In die Erläuterung von BGU. 1034. Lips. 9 spielt wieder der schon oben (S. 181 f.) abgelehnte Gedanke hinein, daß der Erbe eines Gläubigers schon zu Lebzeiten des Erblassers als Berechtigter angemeldet werde und „auf dem Namen der Schuldner zu liegen“ käme. Die sachlich viel einleuchtenderen Erklärungen von EGER 126, 3. 153 sind auch dabei wieder nicht besprochen worden. Auch Oxy. 713 ist ohne Eingehen auf die Literatur (Arangio RUIZ, succ. testamentaria, mein Referat Z. Sav. St. 28, 450) m. E. bedenklich interpretiert: es handelt sich nicht um eine Benachteiligung, welche der dritte Sohn fürchtet. Die 3 Kinder sind kraft *συνγγραφή γαμικῆ* der Eltern an deren Vermögen Gesamtberechtigte; die Mutter hat bei der Ehe, welche die beiden andern Geschwister miteinander eingehen, in deren Ehevertrag (l. 32) jedem der beiden sich verheiratenden Geschwisterteile 4 Aruren zugeteilt. Der Eingabeverfasser ist dieser Vereinbarung beigetreten und meldet nun seine *κατοχή* für die übrigen 4 Aruren an.

Unter den Gesuchen um *παράθεσις* spielt die Anmeldung der *κατοχαί* eine besondere, noch vielfach dunkle Rolle. Was P. jetzt über die juristische Bedeutung der *κατοχή* vorträgt, muß als abwegig bezeichnet werden: die *κατοχή* sei die vom Besitztum verhängte Sperre des Besitzes. Sie entziehe dem Besitzer das Recht über die Sache zu verfügen. Solange die *κατοχή* bestehe, ruhe die *κτορεία*, d. h. das Eigentum (Verfasser will sagen: die Veräußerungsbefugnis, p. 469. 472. 463. 473). Auch hier verrät Verfasser keine Kenntnis von der Arbeit, welche zur Klärung der Rechtsbegriffe schon geleistet worden ist. *κατέχειν*, *κατοχή* hat mit der Einrichtung der *βιβλιοθήκη* an sich nichts zu tun. Die *κατοχή* ist ein Begriff des materiellen bürgerlichen Rechtes der hellenistischen Kultur. Im Worte liegt zunächst das körperliche Festhalten, der tatsächliche Besitz, die Beschlagnahme<sup>1</sup>. Daneben tritt es oft auf als „Recht zur Beschlagnahme“, „Bindung einer Sache oder einer Person zu gunsten einer Person, die eventuell Beschlagrecht hat“<sup>2</sup>. In diesem Sinne ist es häufig das Wort für *Haftung*, d. h. für das Zugriffsrecht eines Gläubigers, dem eine Sache oder eine Person verfällt, wenn eine Schuld nicht erfüllt wird<sup>3</sup>. Die *κατοχή παντός τοῦ*

<sup>1</sup> Vgl. dazu die Verweisungen in meiner „Schriftformel im röm. Provinzialprozeß“, S. 22, 1.

<sup>2</sup> Vgl. ebendort S. 22, 2, auch GRADENWITZ, Archiv f. Pap.-Forschung I, 334.

<sup>3</sup> Dazu vgl. RABEL, Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders p. 59, 2.

*πόρον* in CPR. 228 könnte sehr wohl nichts anderes sein als die Haftung mit Exekutivklausel (*προᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης*). Aus diesem Begriff des Anwartschaftsrechts ergibt sich die Möglichkeit, in Oxy. 713 mit *κατοχή* das Verfangenschaftsrecht der Kinder zu bezeichnen, das auch als Eigentum der Kinder an den Gegenständen des elterlichen Vermögens mit Vorbehalt des Nießbrauchs für die Eltern konstruiert wird (P. Oxy. 237 VIII, P. Straßburg Archiv IV, 132f. u. WILCKEN S. 139f.); diese *κατοχή* der Kinder am Elternvermögen wurzelt in dem Ehevertrag der Eltern (*συγγραφή γαμικῆ*)<sup>1</sup>, nicht in einer „Sperre“, die im Besitztum vorgenommen wurde. Daß im Büreaubetriebe der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* die *κατοχή* als Sperrvermerk erscheint, gibt zu P.s Auffassung ebensowenig Grund wie wir heute hätten, die Hypothek unseres bürgerlichen Rechts als einen „Vermerk in Spalte III des Grundbuchs“ zu definieren statt als dasjenige dingliche Recht, kraft dessen aus dem Grundstücke an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung zu zahlen ist.

Weil P. annimmt, daß nicht alle Grundstücke privater Besitzer verbucht waren, kommt er notwendig zu dem seltsamen Begriff der „blinden Sperre“ für den Fall der Haftung der Liturgen gegenüber dem Staate: wenn die neuen Liturgen für die Staatsfrohnden ernannt sind, gibt der Stratege des Gaus an die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* die Weisung, daß die Sicherung des Fiskus zu bewirken sei. Zweifellos ist damit ein Vermerk bei den Akten des einzelnen Liturgen im Besitztum gemeint. Da P. nun bestreitet, daß notwendig alle Liturgen im Buche standen, muß er eine die Person und nicht die verbuchten Vermögensgegenstände treffende Sperre annehmen, und bezieht nunmehr auf eine solche die noch rätselhafte Wendung *κατέχειν τὸ ὄνομα* im Edikt des Tib. Alexander (CIGr. III Add. p. 1236, l. 21ff.). Aber mit viel größerer Wahrscheinlichkeit hat schon MITTEIS diese Stelle des berühmten Präfektenediktes auf die Eintragung in ein fiskalisches Schuldnerregister gedeutet. Und darauf paßt der Ausdruck *κατέχειν τὸ ὄνομα*, „den Namen als Haftungsgegenstand“ behandeln, in der Tat trefflich. Daß wir bisher noch kein solches öffentliches Schuldnerregister fürs ptolemäische Ägypten nachweisen können, beruht sicherlich nur auf einem Zufall. Es handelt sich dabei ja um eine Einrichtung, die in der griechischen Kultur wohl allgemein verbreitet war: wir finden sie in Athen, in Delos<sup>2</sup> und nach MITTEIS' einleuchtender Annahme auch im römischen Fiskalrecht (sicher in D. 49, 14, 6 pr.).

<sup>1</sup> Oxy. 713, l. 15: *κατέσχον*.

<sup>2</sup> Das wird meist noch nicht beachtet, vgl. bull. de corr. hellen. 6, 28 (a<sup>o</sup> 185/186 a. C.), 33 (1909), 149 B. l. 12ff. (a<sup>o</sup> 177/176). Das ist dem Inhalt nach die Stele der *ὑπερήμεροι*, welche das Fragment der *ἑρὰ συγγραφή* in Inscr. jur.

Bevor Verfasser die Darstellung des amtlichen Betriebes im Besitzamt verläßt, geht er noch auf zwei Fragen ein: auf die Bedeutung der *ἐγδόσιμα* und auf die „Bestandsliste des Besitzamts“, die *διαστροφώματα*. — *ἐγδόσιμον* ist nach P. eine *Ausgabeverfügung*: „Urkunden von begrenzter Lebensdauer“ wie Schuldverträge, Testamente seien, nachdem ihr Zweck durch die Schuldtilgung oder Nachlaßauseinsetzung erfüllt war, aus dem Besitzamt auf Antrag ausgefolgt worden, und die entsprechende „Verabfolgungsverfügung“ sei das *ἐγδόσιμον*. Was der Verfasser dafür vorbringt, muß seine These in den Augen des Lesers geradezu widerlegen: P. Tebt. 556 ist ein Darlehensvertrag vom 28. VIII. 33 p. C. mit dem Kanzleivermerk über Erteilung eines *ἐγδόσιμον* von demselben Datum. Hier ist das *ἐγδόσιμον* also sicherlich nicht eine Verfügung über Ausfolgung der Darlehensurkunde. Das Testament ist, was P. verkennt, für den Testamentserben nicht weniger von dauernder Bedeutung als ein Kaufvertrag für den Erwerber aus Kauf. Und wenn der Testator in Oxy. 494 sich vorbehält, ergänzende Nachzettel zu seinem Testamente auf das *ἐγδόσιμον* zu setzen, ist es doch überaus künstlich anzunehmen, daß der Testator später „sein notatrielles Testament, das jenen Satz enthält, gegebenenfalls aus dem Besitzamt zurückfordern“ wolle, „um Zusätze oder Abänderungen vorzunehmen“, und daß er in diesem Falle Zusätze oder Abänderungen unter die Ausgabeverfügung des Besitzamts schreiben wolle, damit er das versiegelte Testament nicht zu öffnen brauche (so Verf. S. 485f.). Da auch die Auslegung von P. Lond. III p. 160 Nr. 1164e (212 p. C.) l. 19 m. E. die vom Verfasser vorgeschlagene Deutung des *ἐγδόσιμον* nicht erfordert, bleibt eigentlich nur der Anhalt, den der Verfasser

---

Gr. I, 504 erwähnt. Rechtsgeschichtlich verdiente diese öffentliche Aufzeichnung der säumigen Schuldner bessere Würdigung als ihr bisher zuteil geworden ist. Es handelt sich hier um eine Form der Vollstreckung gegen die Person, die immer wieder im Haftungsrecht wichtig wird (vgl. KOHLER, Shakespeare 62 ff.; GIERKE, Schuld und Haftung 256). Allerdings können wir bisher wohl noch keinen Fall nachweisen, in welchem der Schuldner im privatrechtlichen Schuldvertrage seine Ehre zum Pfande setzt, wie dies im deutschen Mittelalter vorkommt. Aber bekannt war auch die Ehrenschelte gegen den haftenden Schuldner in gewissen griechischen Haftungsrechten (vgl. die schon von THALHEIM, Rechtsaltertümer S. 135, 5 herangezogene Stelle aus Nik. Damasc. bei Stob. Serm. XLIV 41, p. 187 MEINEKE). Ebenso wie hier der gescholtene Schuldner *ἄτιμος* wird, ist die Atimie die Folge der Einschreibung in die öffentliche Liste der Säumigen in Attika und Delos. Das Staatsrecht hielt in Athen die Haftung des Schuldners mit seiner Ehre fest, während sonst diese Exekutionsform wegen Schuld in der attischen Rechtsordnung nicht mehr nachzuweisen ist. Wie diese Atimie des Staatsschuldners zur Friedlosigkeit sich verhält, steht noch dahin, vgl. einerseits — und in der Hauptsache wohl zutreffend — SWOBODA in Archäologisch-epigr. Mitteil. aus Österreich-Ungarn XVI (1893), p. 60; Zeitschr. d. Savigny-Stiftung 26, 154 ff., andererseits THALHEIM, Berl. phil. Wochenschr. 1904, 598 ff.

im Wortbild *ἐγδόσιμον* sucht. Und der ist schwach genug<sup>1</sup>. Die meisten Komposita mit *-δόσιμος* sind transitiv gedacht: so *ἀποδόσιμος*, *ἐπιδόσιμος*, *παραδόσιμος*. Nur *ἐνδοσιμος* ist intransitiv. Dieser Tatbestand ergibt, worauf mich WACKERNAGEL aufmerksam macht, ein Indiz für die transitive Bedeutung von *ἐγδόσιμος*. Das führte also auf „ein aus dem Archiv herausgegebenes“, d. h. eine Ausfertigung, die vom Archiv ausgefolgt wurde, während das Original dort blieb.

Die Darlegung zur Bestandsliste enthält manchen neuen interessanten Gesichtspunkt zur Anlage und Instandhaltung der Übersichtsblätter, in denen bisher nur Grundstücke verbucht erscheinen. So führt der Verfasser zu Oxy. 274 aus, daß diese Urkunde vielleicht ein durch Übertrag auf ein neues Blatt *erledigtes* Fragment einer Bestandsliste ist, nicht ein Blatt, an dessen Kopf durch den Vermerk *μετηνέχθη* auf ein älteres Blatt verwiesen war. Bedenklich ist, daß P. die Urkunde Oxy. 808 kurzweg als Beleg für die gruppenweise Zusammenfassung mehrerer Dörfer in einem *διάστωμα* zu verwerten sucht, da diese Urkunde sichtlich doch gar keine Übersicht über besitzamtliche Einträge über Grundstücke gibt, vgl. auch EGER, Grundbuchwesen 156, 6.

Der Darstellung über das Besitztamt folgen noch zwei kleinere Abschnitte: eine Zusammenstellung der noch sehr lückenhaften Nachrichten über die Güterrolle der Katökenlehen, in welcher P. ein echtes Grundbuch sieht, und eine Besprechung der *περίλνσις* der Schuldurkunde. Hier hat der Verfasser ein sehr dankbares Thema angeschnitten, das eine tiefere Durchdenkung verlohnte: allerdings wird den Papyri hier wirklich bedeutende rechtsgeschichtliche Kenntnis nur dann abgerungen werden, wenn man die altgriechischen und hellenistischen Anschauungen über das Sonderleben der beurkundeten Obligation neben dem Schuldverhältnisse aus Valutaempfang eingehend würdigt. Die Erklärungen zu der schwierigen Urkunde BGU. 997 wie zu P. Fior 48 sind m. E. anfechtbar: die *περίλνσις διαγραφῆς*, die nach der subscriptio in P. Fior. cit. vorliegt, kann wohl nur die Erklärung über Unwirksamkeit der Darlehens-Hingabe-*διαγραφῆ* sein; der Gläubiger empfängt 1200 *ὑπὲρ λύσεως* und verspricht, nicht „nachträglich“ auf *περίλνσις* vorzugehen (*μετελθεῖν*), weil er nicht voll bezahlt ist, sondern einen Teil schenkungsweise erlassen hat. Der Kommentar, den der Verfasser zu P. Lond. III p. 158 Nr. 1184d gibt, geht auf die Äußerungen von MITTEIS — (Z. Sav. St. 28, 383. 495) — nicht ein und kommt dadurch zu dem seltsamen Begriffe einer zwangsweisen Totmachung der Schuldurkunde. In Wirklichkeit handelt es sich darum, daß die

<sup>1</sup> Bei der Erwägung über die Wortbedeutung von *ἐγδόσιμος* war mir auch der philologische Rat meines verehrten Kollegen Professor WENDLAND wertvoll.

600 Drachmen zur Zahlung der Schuld von 330 Dr. nebst Zinsen, Kosten und Gebühren vergleichsweise (ἐπὶ διαλύσει) nach dem für einen Vergleich gemachten Angebot (κατὰ παράκλησιν ὑπὲρ διαλύσεως) des Schuldners von diesen gezahlt sind. διάλυσις ist das gemeingriechische Wort für die friedliche, außergerichtliche Erledigung einer Forderung, sei es im Wege des Schiedsvertrages und Schiedsspruches, sei es im Wege des Vergleichs.

Die vorstehende Besprechung hat in ihrem letzten Teile sich mehrfach ablehnend gegenüber der Darstellung des Verfassers verhalten müssen. Deshalb ist es dem Ref. eine Pflicht, ausdrücklich zu bekennen, wie reiche Anregung ihm aus dem durchaus selbständig gedachten Buche PREISIGKES erwachsen ist. Die große Erklärungsarbeit, welche PREISIGKE für Hunderte von Texten in eigenen Gedankenbahnen geleistet hat, die vorbildliche Gründlichkeit der Textbehandlung wie die Übersichtlichkeit der Darstellung werden dieses Buch für die nächsten Jahre zum unentbehrlichen Arbeitskameraden jedes Gelehrten machen, der das Wirtschafts- und das Rechtsleben des römischen Ägyptens durchforscht.

Göttingen.

## 5. Neue Urkunden zum justinianischen Reskriptenprozesse.

[Nachrichten der K. Ges. d. Wiss. zu Göttingen,  
Phil.-hist. Kl. 1911, 201—253]

Der Boden Ägyptens hat uns wieder einmal eine eigenartige Gabe beschert. Unter den byzantinischen Papyri von Aphrodito hat JEAN MASPERO<sup>1</sup> eine Reihe Urkunden publiziert, welche zur Geschäftskorrespondenz eines Dorfältesten Dioskoros, Sohn des Apollos, gehörten. Neben Akten der Gemeindeverwaltung, die schon zu höchst interessanten Darlegungen über die Entwicklung der byzantinischen Lokalverfassung Anlaß geboten haben, kommen Urkunden zum Reskriptenprozesse Justinians zutage. Wenn wir bisher von ähnlichen Originalurkunden der späten Zeit nur die Fetzen der Kaiserreskripte kannten, die MOMMSEN im Jahre 1863 besprochen hat, erfährt jetzt unser Quellenstand mit einem Schlage eine erhebliche Bereicherung: Kaiserreskripte Justinians, die mit den Angelegenheiten jenes Dorfältesten zusammenhängen, treten ans Tageslicht, und mit ihnen eine Fülle neuer bemerkenswerter Tatsachen zum Reskriptenprozesse der justinianischen Zeit. Wo wir bisher mühsam aus den Rechtsbüchern die Belege für die Darstellung des justinianischen Prozesses zusammensuchten, packen wir heute pulsierendes Leben der byzantinischen Praxis. Es ist an der Zeit, dieses Material einmal im Lichte der Rechtsquellen näher anzusehen. Um völlige Ausschöpfung kann es sich dabei noch nicht handeln, da der Textrestitution noch reiche Arbeitserfolge an diesen Quellen vorbehalten bleiben. Aber die Schwierigkeiten, die hier zu überwinden sind, locken zu einem ersten Anfang der Arbeit.

Im folgenden sollen die einzelnen Urkunden vorgelegt und besprochen werden. Dabei mag der Versuch einer Zusammenfassung des Neuen erlaubt sein, das wir durch die Texte lernen.

---

Es handelt sich zunächst um vier Reskripte, von denen MASPERO, der Herausgeber, allerdings zwei als fausses lettres sacrées de Justinien

---

<sup>1</sup> Bull. de l'inst. franç. d'arch. orient. du Caire (1909), vol. VI, p. 97; vol. VII, p. 138ff. Catalogue général des antiquités égyptiennes du Musée du Caire, Le Caire 1910.

anspricht. Von zwei dieser Reskripte sind mehrere Texte gefunden worden. Ich lege zunächst P. Cairo No. 67024 vor. Hier sind drei Texte derselben Urkunden mit seltsamen kleinen Abweichungen erhalten.

I. P. 67024. 67025.

Hier gebe ich wie der Herausgeber einen Text (A) als Grundtext ausführlich und stelle daneben die Verschiedenheiten, welche die beiden anderen Texte B und C aufweisen. Dabei ist zu bemerken, daß nur A und C selbständige Texte sind, B befindet sich auf dem verso von A, unter einem Gebet, das in Unzialschrift über dem Blatteile steht, den die feinen Kursive des Reskriptstextes einnehmen. Dieses Fragment B ist auch nur Reproduktion eines kleinen Teiles von A, Z. 30—Z. 52. Für den Apparat zur Urkunde danke ich PAUL WENDLAND wertvolle Nachrichten. Sie können zeigen, wie nötig es ist, daß der Jurist selbst für diese Zeit, in welcher die Rechtsquellen reichlich sind, auch andere Quellen verwertet.

A.	C.
<p>[Προ]σελθὼν ἡμῶν ἐδίδα[ξεν] ἡμῶν ὀρμᾶσθαι μὲν ἐκ τῆσδε                        [τῆ]ς κώμης τῆς Θηβαίων χώ-                      ρα[ς], διδάσκων τὸν πατέρα δ[έ]                        [τὸ]ν οἰκ[εῖον τὸ]ν ἐν αὐτῇ κε[κ-                      τημ]ένον πρῶτον γενόμεν[ο]ν,                        [καὶ τὰς ὑπὲρ τοῦ παντός χω-                      ρίου συντελείας ἀναλεγόμενον,                        5 [ἐπὶ τ[ὸ]ς τῆς ἐπιχωρίου τά-                      ξεως ταύτας κατατιθέναι· ἐπει-                      δὴ δὲ   παρὰ τῶν κατὰ καιρὸν                      ἀρχόντων οὐ τὰς τυχοῦσας ἀδι-                      κίας   ὑπέμεινον, τῷ θείῳ ἡμῶν                      οἴκῳ σφᾶς αὐτοὺς ἐπιδοῦναι                      καὶ ὑπὸ τὴν προστασίαν αὐτοῦ                      γενέσθαι τὴν αὐτοῦ, Θεοδοσίον                      δὲ τὸν μεγαλοπρε[πέστατον], τῆς                      ἀπουσίας   δραξάμενον τοῦ πα-                      τρὸς τοῦ δεομένου, τοὺς μὲν τῆς                      10 κώμης   ἀναλέξασθαι φόρους,                      οὐδὲν δὲ καταθεῖναι παντελῶς                        [ἐπ]ὶ τὸν δημόσιον λόγον, ὥστε</p>	<p>Προσηλθεν [ ]                      τῶν ἐν αὐτῇ κεκτημένων</p>

1 wohl δ[ή], WENDLAND.

2 1. τῶ]ν ἐν αὐτῇ κε[κ]τημ[έ]νων.

- τοὺς τῆς ἐπιχωρίου τάξεως |  
 πάλιν ἐκ δευτέρου τοὺς ἰκέτας  
 τὰς ἐπικειμένας αὐτοῖς | συντε-  
 λείας εἰσπράξει· περί τε τούτου  
 θείας ἡμῶν ἤδη | πορίσασθαι  
 συλλαβὰς πρὸς τὴν σὴν ἐνδο-  
 15 ξότ(ητα) γεγραμμένας, | ἀλλὰ τὴν  
 ἐκείνου περιδρομὴν πλέον τῶν  
 ἡμετέρων | ἰσχῦσαι κελεύσεων,  
 ὥστε τῷ δεομένῳ δευτέρας ἀφορ-  
 μῆς | ὁδοῦ καὶ μείζονος κατα-  
 στήσαι τὸ πρᾶγμα τριβῆς. Θε-  
 σπίζομεν | τοῖνυν τὴν ἐνδοξ(ό-  
 τητα) τὴν σὴν νῦν γοῦν ταῖς  
 δεδομέναις | περι τούτου τῷ  
 ἰκέτῃ θεαίαις συλλαβαῖς πέρας  
 20 ἐπιθεῖναι τὸ | προσήκον, καὶ μὴ  
 χρόνους ἐκ χρόνων αὐτὸν ἦτοι  
 τὴν | κατ' αὐτὸν κόμην τῶν  
 ἐποφειλομένων αὐτοῖς ἀποστε-  
 ρεῖσθαι, ὡς μὴ κατὰ τὴν πρό-  
 φασιν ταύτην ἀτονίαν | αὐτοῖς  
 ὀλίγον ἕστερον περὶ τὴν τῶν  
 δημοσίων φόρων | γενέσθαι κα-  
 ταβολήν. Ἐπειδὴ δέ φησὶν τι-  
 25 νας τῶν κατὰ ταύτην | [κεκτη]-  
 μένων πράγματα τοῦ δεομένου  
 καὶ τῶν | ἀδελφῶν τῶν αὐτοῦ  
 παρὰ τὸν τοῦ [δικαίου] λόγον  
 ἀφελέσθ[αι] | [ἀφορμῇ τῆς τοῦ  
 εἰρημέ(νου) δημοσίου δευτέρας]  
 εἰσπράξεως, θεσπίζομεν τὴν ἐν-  
 δοξ(ότητα) τὴν σὴν | [καὶ τὰ περὶ]  
 τούτου[ς] σκοποῦσαν, εἰ οὕτως  
 ἔχοντα εὔροις, | τὸ ἰκανὸν τῷ  
 τε δεομένῳ καὶ τοῖς ἀδελφοῖς  
 30 τοῖς αὐτοῦ [κατὰ τὸν] | νόμον

πρὸς τὴν σὴν Lücke γεγραμμένας

τὴν Lücke

τὴν σὴν

καὶ μὴ συγχωρηῆσαι χρόνους ἐκ  
χρόνων

κεκτη[μένους] μένων  
πρᾶγμα

τὸν τοῦ δικαίου λόγον  
ἀφελέσθαι, θεσπίζομεν

καὶ τὰ περὶ τούτου σκοποῦσαν

22 ἀτονία und seine Sippe ist damals durchaus gebräuchlich: Acta Anastasiae ed. USENER 25 a 22, DEUBNERS Kosmas und Damian, S. 205, 18 (WENDLAND).

27 [ἀφορμῇ~δευτέρας] von der Urkunde selbst gestrichen; εἰσπράξεως ist danach auch zu streichen.

A.

C.

B.

<p>γενέσθαι παρασκευάσαι. Πρὸς τοῦτοις ἐδίδαξαν ἡμᾶς   Ἰουλιανόν, παγάρχη<sup>ν</sup> τῆς Ἀνταιοπολιτῶν, βουληθῆναι τὴν κατ' αὐτοὺς   κώμην ὑπὸ τὴν οἰκείαν παραρχίαν ποιήσασθαι, καὶ ταῦτα μηδέποτε τελεσάντων ὑπὸ παραρχίαν αὐτῶν, ἀλλὰ κατὰ τὸ τῶν   αὐτοπρακτῶν σχῆμα δι' εαυτῶν τοὺς δημοσίους φόρους ἐπὶ</p> <p>35 [τοὺς]   τὴν ἐπιχώριον τάξιν κατατιθέντων. Ἐπειδὴ δὲ οὐκ ἠνέσχον   το τοῦτου τοῦ μέρους ἐπελθεῖν αὐτοῖς, καὶ πραγμάτων ἀρπαγῆν   ἀμαρτῆσαι<sup>α</sup>. καὶ τοσαύτην ἀπλῶς τὴν ἀτοπίαν γενέσθαι τὴν   αὐτοῦ αὐτοῖς τε καὶ τῇ αὐ[τῶν κώμῃ], ὥστε καὶ ὑπὸ τὴν παραρχίαν ποιήσασθαι, πρᾶγμα πάσης   ἀτοπίας ἐπέκεινα<sup>α</sup>. θεσπίζομεν τοίνυν τῇ ἐνδοξίᾳ (ὅτι)</p> <p>40 τα) τὴν σὴν   ἐξετάσαι τὰ περὶ τοῦτου<sup>α</sup>, μεθ' ὅσης νόμος ἀκριβείας</p>	<p>ἐδίδαξεν ἡμᾶς Ἰουλιανόν τὸν ἐπίκλην Ἀρσινοῖτην, παγάρχη<sup>ν</sup> τῆς Ἀνταιοπολιτῶν βουληθῆναι τὴν κατ' αὐτοὺς κώμην ὑπὸ τὴν οἰκείαν παραρχίαν . . .</p> <p>πρὸς τὴν ἐπιχώριον τάξιν</p> <p>ὑπὸ τὴν οἰκείαν παραρχίαν αὐτοὺς ποιήσασθαι, πρᾶγμα πάσης παρανομίας ἐπέκεινα. θεσπίζομεν τοίνυν τῇ σὴν Lücke ἐξετάσαι ταῦτα, καὶ εἰ</p>	<p>ἐδίδαξαν ἡμᾶς Ἰουλιανόν τὸν ἐπίκλην Ἀρσινοῖτην, καὶ παγάρχη<sup>ν</sup> τῆς Ἀνταιοπολιτῶν . . .</p> <p>πρὸς τὴν ἐπιχώριον τάξιν</p> <p>ὑπὸ τὴν οἰκείαν παραρχίαν αὐτοὺς ποιήσασθαι, πρᾶγμα πάσης παρανομίας ἐπέκεινα</p>
---	---	---

34 [τοὺς] im Papyrus gestrichen. 35 ursprünglich τῆς ἐπιχωρίου τάξεως. 39—43 erscheinen die zwischen den Zeilen stehenden  $\bar{\alpha}$  als eine Art Interpunktionszeichen. Wenn man nun die mit  $\bar{\alpha}$  versehenen Schlüsse von Satzteilen untersucht, ergibt sich überall der akzentuierende Rhythmus  $\acute{\alpha} \vee \vee \acute{\alpha} \vee$  ἀρπαγῆν ἀμαρτῆσαι, τὰ περὶ τοῦτου, τελέσαντας εὐροῖς, αὐτοῦς μετουσίαις (dieselbe Klausel ohne das  $\bar{\alpha}$  öfter, z. B. 40 ἀκριβείας προστάττει), und 41 ist derselbe Rhythmus in ταῖς ἀληθείαις mit  $\bar{\alpha}$  bezeichnet, obgleich er mitten im Satze steht. 39 ist ἀτο-

προσπάττει, | καί, εἰ  
 ταῖς  $\bar{\alpha}$  ἀληθείαις μη-  
 δέποτε τοὺς τὴν αὐτὴν  
 κόμην οἰκοῦντ[ας] |  
 ὑπὸ παραρχίαν τελέ-  
 σαντας εὐροις  $\bar{\alpha}$ , ἀπο-  
 στήσαι μὲν τὸν προει-  
 ρημ[(ένον)] | Lücke im  
 Text τῆς πρὸς αὐτοὺς  
 μετουσίας  $\bar{\alpha}$ , θεραπεῦ-  
 σαι δὲ παρα|σκευάσαι  
 τοῖς δεομένοις τὰς  
 ἀπηνηγεμένας (sic!)  
 45 παρ' αὐτ[οῦ] | βλάβας  
 αὐτοῖς καθὰ τοῖς περὶ  
 τούτου νόμοις δοκεῖ.  
 Ἄξει[δὲ] | καὶ τοὺς ἄλ-  
 λους ἢ σὴ ἐνδοξ(ότης)  
 ὅσοι τῆς τε σῆς τάξεως  
 καὶ παρακῶν τοῖς δεο-  
 μένοις ἐπὶ τ[ε] | χρή-  
 μασιν καὶ ἐγκλήμασιν  
 ὑπεύθυνοι φανεῖν |  
 τυγχάνειν· καὶ τὰ τ' ἐς  
 χρήματα βλέποντα θε-  
 ραπεῦσαι τοῖς | δεομέ-  
 νοις κατὰ τὸν νόμον,  
 ὑπὲρ τε τῶν ἐγκλη-  
 50 μάτων | νομίμοις ποι-  
 ναῖς ὑποθεῖναι φρον-  
 τιεῖν τοὺς μὲν ταῦτα |  
 ἡμαρτηκότας, ὥστε τὸ  
 ἱκανὸν ἐφ' ἑκατέρω  
 τοῖς τε δεομένοις | καὶ  
 τῷ νόμῳ γενέσθαι·

προειρημένον Lücke  
 τῆς

τοῖς δεομένοις τὰς  
 ἐπινευομένας βλά-  
 βας αὐτοῖς καθὰ τοῖς  
 περὶ το[ύτου] νόμοις  
 δοκεῖ. Ἄξεις δὲ καὶ  
 τοὺς ἄλλους ὅσοι ὑπό-  
 τε τὴν τῆς σῆς Lücke  
 τάξιν τελοῦσιν, ἐν τε  
 ιδιώταις, καὶ ὑπευ-  
 θύνους τοῖς ἰκέταις  
 ἐπὶ τε χρήμασιν ἐπὶ  
 τε ἐκκλήμασιν δεικ-  
 νυμένους αὐτοὺς θε-  
 ραπεῦσαι μὲν παρα-  
 σκευάσεις τὰ εἰς χρή-  
 ματα βλέποντα, ὑπὲρ  
 δέ γε τῶν ἐγκλημά-  
 των νομίμοις τοὺς  
 ἡμαρτηκότας ὑποθή-  
 σεις ποινᾶς, ὥστε τὸ  
 ἱκανὸν ἐφ' ἑκατέρω  
 τῷ τε δεομένῳ καὶ  
 τῷ νόμῳ γενέσθαι  
 τῶν ἐκ συναρπαγῆς

προειρημένον Ἰουλι-  
 νὸν τῆς

τοῖς δεομένοις τὰς  
 ἀπηνηγεμένας βλά-  
 βας αὐτοῖς καθὰ τοῖς  
 περὶ τούτου νόμοις  
 δοκεῖ. Ἄξεις δὲ καὶ  
 τοὺς ἄλλους ὅσοι ὑπό-  
 τὴν τῆς σῆς ἐνδοξότ-  
 (ητος) τυγχάνοντες τά-  
 ξιν ἐν τε ιδιωτῆς (sic!)  
 τελοῦσιν, καὶ ὑπευθύ-  
 νους ἐπὶ τε χρήμασιν  
 ἐπὶ τε ἐκκλήμασιν δεικ-  
 νυμένους αὐτοὺς τοῖς  
 ἰκέταις θεραπεῦσαι  
 μὲν παρασκευάσαι τὰ  
 εἰς χρήματα βλέποντα  
 ὑπὲρ δέ γε τῶν ἐγκλη-  
 μάτων νομίμοις τοὺς  
 ἡμαρτηκότας ὑποθή-  
 σεις ποινᾶς, [ὥστε τῷ]  
 τε δεομένῳ καὶ τῷ νό-  
 μῳ [τὸ ἱκανὸν] γενέσ-  
 θαι.

πίας ἐπέκεινα mit  $\bar{\alpha}$  bezeichnet; auch das stimmt, wie WENDLAND bemerkt, zum Gesetze W. MEYERS, zu dessen Hauptformen Adonius und Doppeldaktylus gehören. Über handschriftliche Interpunktion nach Klauseln vgl. NORDEN, Kunstprosa, S. 452, Nachträge. — Die auch sonst wahrnehmbare Beobachtung des rhythmischen Schlusses, die 39—43 streng durchgeführt ist, bedarf noch genauere Untersuchung (WENDL.).

44 Gemeint haben vielleicht alle ἐπηνηγεμένας, aber die Form nicht getroffen (vgl. P. 67029, 14 ἀνηγεμένα) (WENDLAND).

Chrisma. τῶν κατὰ καὶ παρὰ τὸν νόμον  
 συναρπαγὴν ὄϊον εἰκόσ ὡς εἰκόσ ποριζομένον  
 συλλαβῶν | ποριζομέ- τισιν, ὑπενάντιον τῶν  
 νων παρὰ τὰ παρ' ἡμῶν νῦν παρ' ἡμῶν θε-  
 ἡμῶν νῦν θεσπισθέν- σπισθέντων, οὐδεμί-  
 τα, | θεσπίζομεν οὐδε- αν ἐχόντων ἰσχύν,  
 μίαν δυναμένων ἔχειν παραφρασεύσεως  
 ἰσχύν, τα[ῦ]τα . . . ταῦτα τῆς τε σῆς Lücke  
 καὶ τοῦ κατὰ καιρὸν  
 τὴν αὐτὴν παραληψο-  
 μένου καὶ τῆς πειθο-  
 μένης ὑμῖν τάξεως  
 ποιῆς τριῶν χρυσίου  
 λίτρων ἐπικειμένης  
 κατὰ τῶν ταῦτα πα-  
 ραβαίνειν τολμῶντων  
 ἢ παραβαίνεσθαι συγ-  
 χωροούντων Chrisma.

JEAN MASPERO<sup>1</sup> hat richtig erkannt, daß es sich um Worte eines kaiserlichen Reskriptes handelt, das den Statthalter der Thebaïs, den dux et Augustalis Thebaïdis, anwies, seine Tätigkeit als Jurisdiktionsmagistrat in gewissen Prozessen zu entfalten, für welche das kaiserliche Reskript erbeten war. Auch daß dieser Fall mit anderen Vorgängen zusammenhängt, die wir aus Aphrodito durch den Fund justinianischer Papyri kennen, war schon von MASPERO betont. Er gab auch eine Erklärung<sup>2</sup> für das Nebeneinander der drei Texte, die sachlich parallel laufen und doch in der Wortfassung erhebliche grammatische Verschiedenheiten aufweisen: die drei Texte seien drei „Brouillons“ für ein kaiserliches Reskript. Der Advokat in der Thebaïs entwarf sie, um zu einem Text zu gelangen, den er dem Kaiser zur Genehmigung vorlegen konnte. Denn nach MASPERO soll die Hypothese erlaubt sein, daß diese Reskripte des Kaisers ganz von den Interessenten redigiert und nur dem Kaiser zur Unterzeichnung vorgelegt wurden. Von der gleichen Hand sind auch noch andere solche anscheinende Reskripttexte in Aphrodito erhalten, die MASPERO als lettres fictives, fingierte Reskripte, anspricht. Von diesen soll unten die Rede sein. Hier mag nur die Frage gestellt sein: Wie verhält sich diese Hypothese zu dem, was die Rechtsquellen besagen? Ich meine, sie ist schlechthin ausgeschlossen. Wie solche sacrae jussiones, d. h. solche Handschreiben des Kaisers, welche

<sup>1</sup> Bull. de l'institut fr. d'archéologie orientale. Le Caire, vol. VI, p. 99f.

<sup>2</sup> Ibid., vol. VII, p. 152.

ohne formale Anlehnung an die Bittschrift in einer Rechtsfrage eine Anweisung erteilen<sup>1</sup>, zustande kamen, wissen wir sehr genau aus dem Codex Justinianus, der allgemeine Vorschriften über die Reskripte enthält. Der quaestor sacri palatii oder ein magister scriniorum diktieren die kaiserliche Antwort<sup>2</sup>, dieser Text wird in der stilisierten Purpurschrift der kaiserlichen Kanzlei dem Kaiser zur Unterzeichnung vorgelegt und nach Nov. 114 c. 1 vom quaestor sacri palatii gegengezeichnet. Daß dabei die Privaten das Recht gehabt haben sollten, diesen vom quaestor palatii diktierten Text bis ins einzelne redaktionell vorzubereiten, ist sachlich ganz unglaublich. Die kaiserliche Gesetzgebung gegen die Erschleichung von Reskripten würde dann sicherlich die Erschleichung dieser Unterschrift erwähnen. Man wird ruhig nähere Beweise für eine Hypothese abwarten dürfen, die doch anscheinend eine selbständige Entscheidungstätigkeit des Kaisers, soweit sie nicht im Annehmen oder Ablehnen des vorgelegten Textes besteht, schlechthin verneint.

Um die drei nebeneinander überlieferten Texte erklären zu können, ist zunächst von ihrem gegenseitigen Verhältnis auszugehen. Da stellt sich nun bei näherer Prüfung als sicher heraus, daß A der älteste Text ist, B nur eine verbesserte Redaktion von A geben will und C eine spätere noch vielfach fortgeschrittene Version des Textes darstellt.

Daß B nach A geschrieben ist, ist schon nach dem äußeren Befund wahrscheinlich: es findet sich auf der Rückseite von A und ist wohl nur als Verbesserung einiger Unebenheiten gedacht, welche sich in A finden. Daher hat es manche Einzelheiten mit A gemein, welche in C verbessert sind<sup>3</sup>, andererseits steht es zwischen A und C an den Hauptstellen, an denen Veränderungen angebracht sind. Deutlich ist dies einmal in Z. 30f. Dort ist gegenüber dem Text von A der Beiname des Pagarchen Julianus als „genannt von Arsinoë“ in B und C eingefügt. B behandelt die Einfügung als eine Bezeichnung, die dem Titel *παράρχης* gleichgeordnet und daher mit *καί* vor diesen Titel gesetzt wird. C dagegen behandelt die neue Einfügung richtiger als Beifügung zum Namen und stellt daneben den Titel asyndetisch. In Z. 45ff., wo die größte Verschiedenheit zwischen den Texten vorliegt, ist diese Zwischenstellung von B zwischen A und C besonders auffallend. Was in A noch über der Zeile stand, also später in den Text eingefügt war, ist in B und C in den Text verarbeitet. Statt wie A in der dritten Person (*ἄξει . . . ἢ σὴ ἐνδοξότης*) beginnt B und C in der zweiten Person einfacher mit

<sup>1</sup> Vgl. die Aufzählung der Arten von Reskriptentscheidungen in Nov. 113 c. 1.

<sup>2</sup> Cod. Just. I, 23, 7, 1.

<sup>3</sup> So Z. 30 A und B *ἐδίδαξαν*, C *ἐδίδαξεν* in Übereinstimmung mit Z. 1 — so Z. 44 A und B *ἀπηνηνευμένως*, C *ἐπινευομένως*, was wohl für *ἐπηνηνευμένως* steht, vgl. WENDLAND oben S. 198 Anm. 44.

ἄξεις. Auch das folgende Satzgefüge von A ist in B zunächst in der Form verändert, wie wir es in C wiederfinden. Statt *παγανῶν* steht in B und C *ἐν τε ιδιώταις*. Statt *τοῖς δεομένοις* Z. 46 steht in B und C *τοῖς ἰκέταις*. Auch die Konstruktion *ὅσοι φανεῖεν* in Z. 44—47 ist in B und C gleicherweise durch die partizipiale Wendung *ὑπενθύνους ~ δεικνυμένους* ersetzt. Z. 50 ist *φροντιέη* in B und C durch eine neue Konstruktion mit *παρασκευασαί* resp. *παρασκευάσεις* ersetzt. Aber B lehnt sich doch wohl auch hier noch mehr als C an den Text von A an: das *τῷ γγάνειν* (Z. 48) ist noch in demselben Satze verwertet, in C ganz herausgestrichen. In Z. 51f. korrigiert allerdings C die Wendung (*τὸ ἱκανὸν ἐφ' ἑκατέρῳ*) wieder nach A. Jedenfalls ist auch in Z. 45ff. deutlich, daß C einen stilistischen Fortschritt über B hinaus anstrebt und also notwendig später als B ist: in B steht statt *φροντιέη*<sup>1</sup>, wie A hat, *παρασκευασαί*<sup>2</sup>, das allerdings nicht mehr sowohl zu *θεραπεῦσαι* wie zu *ὑποθεῖναι* gehört, sondern nur zu *θεραπεῦσαι*. In C dagegen ist hier (*παρασκευάσεις*) wie sonst die Korrektur ins attische Futurum durchgeführt, welche dem *ἄξεις* in Z. 45 entspricht. Da C ferner gerade in stilistischer Hinsicht eine allgemeine Überlegenheit gegenüber A an den Tag legt<sup>3</sup>, können wir sicher sein, daß A der Grundtext ist, B eine stilistische Umschreibung einer besonders unschönen Stelle von A, während C eine spätere Abschrift des ganzen Textes ist, die ihre spätere Entstehung durch kleine Vervollkommnungen des Grundtextes beweist. Daß C daneben kleine eigene Schreibfehler aufweist<sup>4</sup>, kann diese Feststellung natürlich nicht ausschließen.

Diese Feststellung wäre zwingend, wenn nicht C einen Satz mehr als A enthielte. A bricht nach einem unvermittelten zusammenhangslosen *ταῦτα* plötzlich ab, während auf der Urkunde noch so viel unbeschriebener Raum bleibt, daß sicher die Lücke im Text nicht auf der Zerstörung der Urkunde beruht<sup>5</sup>. Wie ist diese Tatsache mit den bisher getroffenen Feststellungen zu vereinbaren? Ich glaube, daß die

<sup>1</sup> Seltsame Mißbildungen futurischer Optative und sogar Konjunktive sind in späterer Zeit häufig. Besonders groß ist die Verwirrung auf dem Gebiete der zum Teil mißverstandenen attischen Futura. *ἀγωνισθῆμαι* steht oft als Präsens, vgl. DEUBNERS Kosmas und Damian, S. 205, 25 *δεῖται γνωριεῖν* (WENDLAND).

<sup>2</sup> Man könnte an zweite Person imp. aor. med. *παρασκευάσαι* denken. Dagegen spricht der abhängige Akkusativ. In dieser Zeit, wo fut. und aor. stark vermischt wurden (KRUMBACHER, Sitzg. d. bayr. Akademie, 1892, II, S. 284; USENER, Der hl. Tychon, S. 56; RADERMACHER, Neutest. Gramm., S. 76<sup>1</sup> kann mit *παρασκευασαί* eine Futurform gemeint, aber nicht getroffen sein. Weniger wahrscheinlich scheint eine Erklärung nach Analogie von ganz vulgärem Imp. Aor. *δράσε γέμισε* (WENDLAND).

<sup>3</sup> Ich verweise nur auf die Zeilen von A in den obigen synoptischen Darstellungen der Texte: I. I. 3. 20. 28. 30. 45. 48. 50. 52. 54.

<sup>4</sup> Z. 25 *πράγμα* statt *πράγματα*. — Z. 32 *οἰκίαν* statt *οἰκίαν*.

<sup>5</sup> S. die Note des Herausgebers.

Erklärung, die ja nur hypothetisch sein kann, sicher ist: den drei erhaltenen Texten liegt ein Urtext zugrunde, der ebenso wie C noch einen Satz über die Sanktion bei Ungehorsamkeit des *dux et Augustalis* gegen den kaiserlichen Befehl enthielt. Denn schon das Ende von A enthält dasselbe *τα[ὐ]τα*, welches in C gleich nachher auftritt: *παραπλαττούσης ταῦτα*.

Was war aber dieser Urtext der Texte A, B, C? — Hierfür weiß ich nur *eine* Antwort, die sich mir zwingend aufdrängte, als ich den Text A zum ersten Male mit Aufmerksamkeit las. Ich denke, jener Urtext ist der *lateinische Originaltext des Reskriptes*, der aus der kaiserlichen Kanzlei hervorging.

A dürfte die erste holprige Übersetzung dieses lateinischen Reskriptes sein, die noch zahlreiche Härten der sprachlichen Wiedergabe zeigte. Dann schrieb B diese Übersetzung etwas gefälliger in der Hauptstelle um. C ist eine noch spätere glattere Abschrift dieser Wiedergabe.

Die Beweise dafür dürften zunächst in einigen Latinismen liegen, welche die justinianische Kanzleisprache sonst im Griechischen sehr wohl zu vermeiden weiß. So Z. 26 *παρὰ τὸν τοῦ δίκαιον λόγον* statt *contra iuris rationem*<sup>1</sup>, was in den lateinischen juristischen Quellen ja überaus häufig ist, aber in den griechischen Novellen, soweit ich sah, überhaupt nicht vorzukommen scheint<sup>2</sup>. — Wahrscheinlich dem lateinischen *finem imponere* ist nachgebildet das *πέρας ἐπιθεῖναι* in Z. 19<sup>3</sup>; als Latinismus sprach WENDLAND gleich bei unserer ersten gemeinsamen Lektüre *τὰ εἰς χρήματα βλέποντα* Z. 48 statt *quae ad pecuniam spectant*, Umschreibung für *res pecuniariae*, an. Auch die Verbindungen von Verben des Sorgens mit dem bloßen Infinitiv klingen wohl an das *curare* mit bloßem Infinitiv an<sup>4</sup>. WENDLAND warf außerdem die Frage auf,

<sup>1</sup> *δίκαιον* statt *ius* Theophil ad Inst. 1, 1, 1; Nov. 8 *jusus*. a. E.; Nov. 17 c. 3; Nov. 22 c. 48 *epil.*; Nov. 78 c. 1. 2; Nov. 158 c. 1. Im allgemeinen scheint es Justinians Kanzleigriechisch zu vermeiden, *τὸ δίκαιον* für *ius* zu setzen. Vgl. dafür den Sprachgebrauch bei Theophil ad Inst. 1, 1. Gewöhnlich ist die Übersetzung in den Basiliken und dadurch auch im Neugriechischen, *iuris ratio* ist ein bekannter Begriff des klassischen Juristenlateins. Denselben Latinismus hob schon HEIKEL, Eusebius' Werke, I (1902), p. LXXVII in *Vita Constantini* 4, 9 hervor. WENDLAND machte mich auf die Bedeutung der Eusebius-Texte in dieser Frage der Latinismen aufmerksam.

<sup>2</sup> In den lateinischen Konstitutionen Justinians vgl. Cod. Cod. 8, 58, 2: *ratio iustitiae* — Cod. 4, 21, 19 a. E.: *ratio aequitatis*.

<sup>3</sup> Vgl. Cod. Just. 3, 1, 17 im Latein Justinians. Auch diese Wendung weist HEIKEL (p. LXXVII) schon unter den Latinismen des Eusebius (*vita Const.* 4, 42) nach.

<sup>4</sup> Z. 30 *γενέσθαι παρασκεύασαι* — Z. 44f. *θεραπεύσαι παρασκεύασαι* — Z. 50 *ὑποθεῖναι φροντιεῖη* klingen wohl an die Konstruktion von *curare* mit dem bloßen Infinitiv an, für welche ich auf Cod. Just. 4, 35, 23, 1 — Cod. 6, 25, 10 pr. — Cod. 1, 17, 2, 22 hinweise. Allerdings kommen ähnliche Latinismen auch im Novellengriechisch vor: cf. 30, 8.

ob nicht in Z. 35f.: *ἐπειδὴ δὲ οὐκ ἠνέσχοντο τούτου τοῦ μέρους αὐτοῖς ἐπελθεῖν* ein lateinisches falsch übersetztes *pati* oder *concedere* stecke<sup>1</sup>. — Jedenfalls ist es auffällig, wie oft in dem Texte A gerade solche Worte über der Zeile nachgetragen sind, welche in einem lateinischen Texte überhaupt fehlen konnten: so ist Z. 1 das *ἡμῶν* über der Zeile wohl als Wiederholung des eben gesetzten *ἡμῶν*, das zu *προσελθῶν* gehört, zu erklären: im Lateinischen konnte hier *docere* ohne Objekt stehen<sup>2</sup>, während *διδάσκειν* im justinianischen Kuralstil regelmäßig mit einem Objekt wie *ἡμᾶς* oder *τὸ ἡμῶν κοράτος* oder dgl. verbunden ist<sup>3</sup>. Daher holte sich der Übersetzer ein Objekt für *ἐδίδαξαν* aus dem vorhergehenden *ἡμῶν*. — In Z. 7 steht *τῷ θεῷ ἡμῶν οἴκῳ* wie lateinisch oft *sacra domus* ohne das Possessivpronomen. Z. 7, 8 ist der Artikel hinzugesetzt, der bei einer Übersetzung aus dem Lateinischen oft verfehlt werden konnte, ebenso in Z. 24.

Vor allem aber scheint mir die Übersetzung aus dem Lateinischen durch einen Übersetzungsfehler erwiesen zu sein, der sich in Z. 52ff. findet. Dort heißt es:

*τῶν κατὰ συναγωγῆν οἷον εἰκόσς συλλαβῶν ποριζομένων παρὰ τὰ παρ' ἡμῶν νῦν θεσπισθέντα, θεσπιζόμεν οὐδεμίαν δυναμίων ἔχειν ἰσχύν.*

Wer den Stil der justinianischen Kanzlei kennt, wird vermuten, daß hier einer der üblichen *abl. absol.* zugrunde lag. Der Übersetzer fügte das *θεσπιζόμεν* ein, da er vorher (Z. 52) eine starke Interpunktion gemacht hatte und ein neues Verbum brauchte<sup>4</sup>. Die späteren Abschriften stellen die absolute Partizipialkonstruktion hier wieder her.

Die Klausel bezog sich deutlich auf kaiserliche „Briefe“<sup>5</sup> oder „Reskripte“, die durch falsche Tatbestandsangaben (*per subreptionem*) erlangt werden — und entgegen der jetzt getroffenen Reskriptentscheidung *impetriert* werden könnten: vgl. *κατὰ συναγωγῆν* in Bas. 2, 6, 7 mit *Cod. Just. I, 14, 2*, auch *Cod. Just. 12, 60, 7 pr.*, *Cod. Just. I, 4, 26, 4*. Für *πορίζεσθαι* gleich *impetrare* vgl. Bas. 2, 5, 18.

Aber wie ist das *οἷον εἰκόσς* vor *συλλαβῶν* zu deuten? — Soll es heißen, daß der Kaiser sich als auf etwas Wahrscheinliches gefaßt macht (*ὡς εἰκόσς*)<sup>6</sup>, daß er sich ein Gegenreskript ablocken lassen werde? — Das wäre doch eine allzu krasse Bankerrotterklärung der kaiserlichen

<sup>1</sup> Über Unsicherheit im Gebrauch von *ἀνέχεσθαι* vgl. DEUBNER, a. a. O., S. 219, 1 *οὐκ ἐπιτέλλομαι ὑμῶν οὕτως βλασφημεῖσθαι τοὺς θεοὺς* (WENDLAND).

<sup>2</sup> *Cod. Just. I, 1, 8, 19*.

<sup>3</sup> *ἐδίδαξαν* absolut kommt einmal in *Ed. Just. 9 praef. vor*, wo aber schon ein Satz mit Erwähnung der *Petition* beim Kaiser vorausgeht.

<sup>4</sup> Auf diese Erklärung des *θεσπιζόμεν* in A machte mich WENDLAND aufmerksam, als wir den Text das erste Mal zusammen lasen.

<sup>5</sup> *συλλαβαί litterae Nov. 151 pr.*

<sup>6</sup> Vgl. *Nov. 139* und sonst oft *ὡς εἰκόσς* im Sinne von *forte*.

Kanzlei! Selbst wenn man diese seltsame Äußerung dem kaiserlichen Kurialstil zutrauen wollte, bleibt doch unerklärt, daß hier statt *ὡς εἰκός* ein *οἶον εἰκός* stehen sollte, ferner aber vor allem, daß dieses *οἶον εἰκός* in eine adjektivische Beziehung zu *συλλαβῶν* gesetzt ist. Wenn man ein *ὡς εἰκός* annähme, müßte dieses doch nicht zum Hauptwort *συλλαβῶν*, sondern zu dem Verbum *ποριζομένων* gezogen sein. Und das ist ja auch wirklich in dem verbesserten Texte in B und C geschehen. Warum bezog der Übersetzer aber das *οἶον εἰκός* auf das Wort *συλλαβῶν*? — Die Lösung des Rätsels ist wohl gefunden, wenn wir die Konstitutionen noch einmal lesen, welche im 4. und 5. Jahrhundert gegen die Erschleichung von Reskripten (*rescripta per subreptionem elicita*) ankämpfen:

Cod. Just. I, I, 2 pr.:

sciunt omnes etiamsi quid speciali quolibet *rescripto* per fraudem *elicit* ab huius modi hominum genere impetratum sit, non valere (a<sup>o</sup> 381).

Cod. Just. I, 14, 2:

notam infamiae subituro eo qui vel astute ea interpretari voluerit vel *impetrato* impugnare *rescripto* nec habituro fructum *per subreptionem eliciti* (a<sup>o</sup> 426).

Cod. Just. IO, 16, 7:

In fraudem annonariae rei ac devotionis publicae *elicitum* damnabili subreptione *rescriptum* manifestum est vires non posse sortiri . . . (a<sup>o</sup> 385).

Vgl. auch Cod. Theod. I, 2, 3. 14, 3, 20.

Also lautete der lateinische Urtext unserer Stelle wohl:

*rescriptis per subreptionem elicitis adversus nunc statuta impetratis nullam vim habentibus*

oder, wenn man mit B und C die Erwähnung der dem allgemeinen Recht widersprechenden Reskripte auch in unserem Passus erwarten will:

*rescriptis per subreptionem elicitis vel contra leges impetratis nullas adversus nunc statuta vires habentibus.*

Jedenfalls scheint nach den lateinischen Wendungen klar, wie der Übersetzer auf sein *οἶον εἰκός συλλαβῶν* kam: er las *rescriptis . . . elicitis*, weil er das Verbum *elicio* nicht verstand, und da er *εἰκός ἐστι* in der Bedeutung *licet* kannte, bezog er seine Übersetzung *εἰκός* zum Wort *συλλαβῶν*, wörtlich genau entsprechend, sachlich aber ganz ohne Sinn. Der Übersetzungsfehler reiht sich ähnlichen, die in der kirchlichen Übersetzungsliteratur schon bemerkt sind, würdig an.

Danach ist gewiß, daß A aus dem Lateinischen übersetzt ist und B und C nur stilistisch verbesserte Texte enthalten. Das ist für die rechtliche Würdigung der Urkunden erheblich. Denn war A nur eine Übersetzung, die in der Thebaïs nach dem lateinischen Originale des Reskriptes angefertigt wurde, so liegt folgendes auf der Hand: eine

Übersetzung, die nicht als selbständig beachtlicher Text der öffentlichen Urkunde neben dem Original behandelt werden sollte, kann sich Formalien ersparen, die im Original oder in einer Ausfertigung des Originals niemals fehlen können, so hier der Eingang, die Nennung des Petenten, endlich die Unterschrift von Kaiser und quaestor sacri palatii, endlich das Datum. Ferner kann die private Übersetzung zu dem Zwecke gemacht sein, nur das wiederzugeben, was für die Partei oder für denjenigen, der die Übersetzung neben dem Original als Schlüssel zu dessen Verständnis gebrauchen soll, wesentlich war. So stört es gar nicht, wenn A die ausführliche Klausel nicht bringt, welche dem ungehorsamen Beamten Strafe androht. Die mannigfachsten Fälle sind dabei denkbar, in denen die Abschrift dieser Klausel für den Besitzer der Urkunde gar kein sachliches Interesse hat. So wenn A in der Hand des Klägers oder seines Sachwalters zurückbleiben sollte oder wenn der Text zugleich mit der Ausfertigung des lateinischen Reskriptes<sup>1</sup> einem Beklagten durch den executor des Klägers zugestellt werden sollte. Ähnliche Erwägungen dürften in Betracht kommen, um eine Eigentümlichkeit zu erklären, die im Text C hervortritt. Dort ist immer die Nennung der *ἐνδοξότιης*, also des *vir illustris*, ausgelassen, und die Lücke für die Einfügung eines anderen Adressaten ist offen geblieben. Es ist, als sollte ein anderer Beamter als der *dux et Augustalis Thebaïdis* über die Beschwerden des Petenten entscheiden und dabei die kaiserliche Instruktion auf sich beziehen. Wer dieses Jurisdiktionsorgan war, ist nicht erkennbar. Aber es könnte doch z. B. ein *judex pedaneus* sein, für dessen Orientierung diese Abschrift C bestimmt war, also ein Richter, der vom *judex ordinarius*, dem Statthalter selbst, zur Erledigung der Prozesse des Petenten bestimmt wurde. Daß bei der Streichung des *dux et Augustalis* etwas schematisch verfahren und der Statthalter auch aus nur berichtenden Wendungen des Reskriptes herausgestrichen wurde, kann auf gedankenloser Herstellung der Abschrift C beruhen.

Vor allem brauchen wir uns, wenn es sich um Abschriften einer privaten Übersetzung handelt, nicht zu fragen, wie es möglich war, daß man diese im Wortlaut verschiedenen Texte zusammen aufhob, da ja doch nur *ein* Text als authentischer in Betracht kommen konnte. Dieser Gesichtspunkt verschwindet eben, wenn es sich nicht um authentische Übersetzungen des Reskriptes, sondern um private Übersetzungen handelt, welche der Kläger vom kaiserlichen Reskript zu größerer Bequemlichkeit bei der gerichtlichen Verwendung in einer Praxis machen ließ, die von der lateinischen Amtssprache wenig mehr verstand<sup>2</sup>. Recht-

<sup>1</sup> Cod. Just. 3, 2, 4 pr., vgl. auch Cod. Just. 1, 23, 3, wo allerdings von der *insinuatio* beim *judex ordinarius* die Rede ist.

<sup>2</sup> Darüber vgl. die Beobachtungen zu P. Cairo 67031 in meiner Besprechung GGA 1911, die gleichzeitig erscheint [unten S. 255].

lich, für den Prozeß blieb das lateinische Reskript immer die authentische Grundlage aller Verfahren, welche an das Reskript anknüpfen.

Was ergibt sich aus dem Reskript für das justinianische Rechtsleben? — Es genügt hier eine Wiedergabe der tatsächlichen Behauptungen des Petenten und der kaiserlichen Entscheidungen. Die Kläger haben sich mit einer Bittschrift (*δέησις καὶ ἰκετία*, preces, supplicatio) an den Kaiser gewandt, indem sie selbst in Byzanz auftraten<sup>1</sup> oder dort wenigstens durch den persönlich Auftretenden, einen Petenten, vertreten wurden. In der Bittschrift und folgeweise im Reskript handelt es sich um drei Punkte.

I. um eine fiskalische Beschwerde gegen einen gewissen Theodosios. Der eine Kläger, der die andern vertritt, führt aus: er stamme<sup>2</sup> aus der Thebaïs, wo sein Vater in dem Heimatsdorfe Dorfältester (*πρωτοκωμητής*) der Grundbesitzer (possessores) gewesen sei. In dieser Eigenschaft habe dieser die Steuern des Dorfbezirkes einzusammeln und sie bei den Beamten der *ἐπιχώριος τάξις*, d. h. den Offizialen des *ἀρχων ἐπιχώριος*, also bei der Statthalterei des dux et Augustalis Thebaïdis<sup>3</sup> einzuzahlen gehabt. Als das Dorf von den damaligen Beamten ganz ungewöhnlichen Plackereien ausgesetzt war, hätten sie sich (heißt das die Bittsteller? wahrscheinlich wohl die Dorfgenossen) unter das kaiserliche Hausgut (*sacra domus*) gestellt und seien so unter das *patrocinium* des kaiserlichen Hausgutes getreten<sup>4</sup>. Als bei dieser Gelegenheit ihr

<sup>1</sup> *προσελθὼν*, adiit in Z. 1.

<sup>2</sup> *ὀρμᾶσθαι ἐξ*, oriri ab, ist die übliche Wendung in Urkunden der Zeit, Z. 1. Aus der Literatur erinnert WENDLAND an Acta S. Marinae ed. Usener p. 18, 37 *σὺ ποιοῦν γένους ὀρμᾶσαι*; Acta S. Anastasiae ed. USENER 15a, 16, DEUBNER, a. a. O., 128, II. 144, IO. 205, I.

<sup>3</sup> So schon GELZER, Studien zur byzantinischen Verwaltung Ägyptens, p. 94. MASPERO, Ausgabe zu der Stelle.

<sup>4</sup> M. GELZER, Studien zur Gesch. d. byz. Verwaltung Ägyptens (Leipz. hist. Abh. III), p. 94 hat, soviel er sonst zum Verständnis auch dieser Urkunde durch seine schönen Untersuchungen beigetragen hat, diese Urkunde, die er schon aus der vorläufigen Publikation MASPEROS kannte, an dieser Stelle m. E. mißverstanden. Er denkt, Z. 5f. spreche nur von einer Beschwerde der Gemeinde bei dem Kaiser, etwa von einem Prozesse, den der Vater der Kläger für seine Gemeinde in Konstantinopel geführt hatte. Aber in der Urkunde heißt es nur: sie überantworteten sich der *sacra domus* und traten unter dessen *προστασία*, d. h. *patrocinium*. Deshalb wird das Dorf Aphrodito wohl auch in P. 67002 l. 2 als unter der *sacra domus* befindlich bezeichnet; vgl. *sub patrocinio possidere* als Bezeichnung des Patronatsverhältnisses in Cod. Theod. II, 24, 6 pr. Dieses *patrocinium* ist wohl auch nur eines der bekannten Klientelverhältnisse, welche in spätrömischer Zeit Reichsuntertanen mit einem potentior eingehen (vgl. LIBANIOS or. *περὶ προστασιῶν*. Nov. Just. 17 c. 13. Dazu GOTHOFREDUS ad Cod. Theod. XI, 24. DE ZULUETA, de *patrocinii vicorum* in VINOGRADOFFS Oxford Studies in legal and social history I pt. II, p. 6ff. (1908). M. GELZER, a. a. O., p. 72ff.). Daß auch die kaiserliche

Vater vom Dorfe fern gewesen sei, habe ein Vornehmer, Theodosios<sup>1</sup>, die Abwesenheit des Dorfältesten benutzt<sup>2</sup>; er trieb die Steuern ein, zahlte nichts davon in die Staatskasse, so daß die Offizialen der Statthalterei nochmals von den Dorfleuten die diesen zur Last fallenden Steuern eintrieben<sup>3</sup>. So ist es jedenfalls zu verstehen, wenn in Z. 21 von der Schädigung des ganzen Dorfes gesprochen wird. Jedenfalls aber muß das Dorf nun seinerseits wieder den Schaden dieser zweiten Beitreibung gegen den Steuererheber, bezüglich seine Erben geltend gemacht haben; denn nur so ist es zu verstehen, daß diese, resp. einer von ihnen, selbst als Kläger auftreten. Das Dorf selbst und andererseits der Steuerheber resp. dessen Erben haben nunmehr irgendein Verfahren gegen Theodosios angestrengt. Es war wohl kein Zivilprozeß, sondern eine Beschwerde bei der Verwaltungsbehörde. Allerdings könnten auch Zivilprozesse in Verbindung damit gestanden haben (in 14f. wird ja von *mehreren θεῖαι συλλαβαί* gesprochen). Kaiserliche Reskripte an den vir illustris, also den Statthalter, sind in der Sache ergangen, aber die Beschwerdeführer haben vor dem vir illustris, d. h. von dem dux et Augustalis Thabaidis nichts erreicht, — die Schliche des Theodosios vermochten mehr als das Kaiserwort. Deswegen mahnt der Kaiser, die nach jenen Reskripten aufgetragenen Maßregeln nunmehr unverzüglich zu vollziehen, damit die Dörfler und die beschwerdeführenden Erben nicht durch die erhebliche Vermögenseinbuße in ihrer

---

sacra domus als Großgrundbesitzer solche patrocina mit Privaten oder mit ganzen Dörfern einging, scheint bisher sonst noch nicht beobachtet zu sein. In den Rechtsquellen mag der Titel Cod. Just. 2, 15 (16) hierher gehören. Die Rechtsquellen kämpfen nachdrücklich gegen den Mißbrauch an, daß Hörige den Namen ihres potentior an dem Grundstück auf Tafeln anbringen lassen, um den Dritten und der Staatsbehörde gegenüber den Anschein zu erwecken, daß das Grundstück dem potentior gehöre. (Cod. 2, 13, 1.) Entsprechend verbietet nun Cod. 2, (15) 16 die privaten Grundstücke mit solchen Anschlägen zu versehen, welche dieselbe als kaiserliches Gut erscheinen lassen. Der ganze Mißstand beweist zugleich, daß wirklich auch die sacra domus Patronatsverhältnisse einging, wie sie anfangs die Kaisergesetzgebung schlechthin verbot. Allerdings kann dieses patrocinium des Kaisers praktisch nur geringe Bedeutung gehabt haben. Die Tendenz, durch den potentior hier unrechtmäßige Vorteile gegen die Ordnung des Staates zu erlangen, fiel dabei notwendig fort. Nur auf vermehrten Schutz gegen Übergriffe der Beamten konnte es dabei den das Patronatsverhältnis nachsuchenden Dörflern ankommen.

<sup>1</sup> Θεοδοσίον δὲ τὸν μεγαλοπρ(επέστατον). Schon der Herausgeber, bull. VI verglich das Handeln dieses potentior mit den Machenschaften der Pagarchen, wie wir sie aus unserer Urkunde l. 30 und P. Cairo 67002 kennen. Ob der Theodosios mit den Pagarchen irgend etwas zu tun hat, ist völlig dunkel.

<sup>2</sup> δραξάμενον — δραπίσθαι ist in dieser Zeit sehr beliebt, s. z. B. Acta S. Marinae ed. USENER p. 29, 4 und die Register der Teubnerschen Ausgaben von CALLINICI Vita S. Hypatii und MARCI Vita Porphyrii, des Gelzerschen Leonitius. WENDL.

<sup>3</sup> M. GELZER, Arch. f. Pap.-Forschg., V, 189 erinnert dafür an Cod. Theod. 11, 1, 34.

Steuerkraft geschädigt werden. Insoweit ist das Reskript also nur Einschärfung früherer Befehle in einem Verfahren, das mit dem Zivilprozesse nichts zu tun zu haben braucht.

II. Daneben (Z. 24—30) steht eine Reskriptsbestimmung, die wahrscheinlich als Grundlage eines Zivilprozesses zu denken ist: die beschwerdeführenden Erben des Steuereinnehmers behaupten, Leute aus dem Dorfe hätten ihnen, ohne ein Recht dazu zu haben, Sachen weggenommen. Betreffs dieser Sachen solle, wenn wirklich die Rechtsbehauptungen der Beschwerdeführer begründet sind, ihnen ihr Recht werden. Zu der Klausel *εἰ οὕτως ἔχοντα εὐροῖς* vgl. die Bestimmung im Cod. Just. I, 23, 7, 1, wonach der quaestor sacri palatii darüber zu wachen hat, daß eine solche Klausel ins Prozeßreskript aufgenommen wird.

III. (Z. 30—52) Endlich folgt eine vielleicht als *pragmatica sanctio*<sup>1</sup> in Verwaltungsangelegenheit, Zivil- und Strafprozessen anzusprechende Bestimmung, der wir wohl die Erhaltung der ganzen Urkunde danken: Julianos, pagarchus im offenen Lande von Antaiupolis, habe den Plan gefaßt, die Bewohner von Aphrodito unter seinen Pagarchieverband zu bringen, während sie niemals darunter gehört hatten, sondern stets nach der Verfassung der selbstbetreibenden Gemeinden (*κατὰ τὸ τῶν αὐτοπραξίων σχῆμα*) durch ihre eigenen dörflichen Beamten die Steuern an das statthalterliche officium abgeliefert hätten<sup>2</sup>. Als die Dörfler diesem Beginnen des übermächtigen Beamten Widerstand entgegensetzten, also ihm nicht Steuern ablieferten, habe er sogar den Steuerzahlern gehörige Sachen (wohl als Steuerpfändung) wegnehmen lassen (*πραγματῶν ἀρπαγὴν ἀμαρτῆσαι*)<sup>3</sup>. Und so quälend sei diese Bedrückung gewesen, daß er wirklich das Dorf in seine Gewalt gebracht habe. In diesem Punkte gibt der Kaiser für den Fall, daß die Behauptungen wahr sind, folgende Anweisungen: 1. Der Eingriff des Pagarchen in die Selbständigkeit des Dorfes ist zu beseitigen. 2. Für den entstandenen Schaden ist den Dorfleuten Ersatz zu schaffen. 3. Die Offizialen des dux et Augustalis sowie Privatleute<sup>4</sup>, die sich den Dörfnern — wohl im Zusammenhange mit diesem Vorgehen des Pagarchen — privat-rechtlich oder kriminal haftbar gemacht haben, soll der Provinzial-

<sup>1</sup> Cod. I, 23, 7, 2.

<sup>2</sup> Über Pagarchie und Autopragie vgl. M. GELZER, Studien, 92 ff. WILCKEN, Archiv f. Pap.-Forschung, 5, 283. GELZER, ebenda S. 188 f. und neuestens S. 370 ff.

<sup>3</sup> Das Verständnis des Satzbaus in Z. 35 ff. verdanke ich WENDLAND. Er machte mich auch auf den literarischen Sprachgebrauch *ἀρπαγή* in der Spätzeit für die Pfändung aufmerksam, der sich z. B. öfter in MOSCHOS' Pratum findet.

<sup>4</sup> *παγανολ* (s. HARNACK, Mission<sup>2</sup> I 350 f.) *ιδιωται*, Zivilisten heißen die Nicht-Offizialen, weil die Offizialen das *cingulum militare* haben.

statthalter sich vorführen lassen (Z. 45f.) und er soll dafür sorgen, daß die Schuldigen den Beschwerdeführern die privatrechtlichen Ansprüche (*τὰ εἰς χορήματα βλέποντα* Übersetzung einer lateinischen Umschreibung von *res pecuniaria*) befriedigen, und auch kriminell (*ὕπερ τῶν ἐγκλημάτων*) bestraft werden<sup>1</sup>.

Zu diesem verfügenden Inhalt des Reskriptes treten zwei Klauseln über die Wirkung des Reskriptes. Zunächst die schon oben erwähnte Klausel über die Unwirksamkeit von durch Betrug erlangten entgegengesetzten Reskripten; endlich die Drohung an die Beamten mit einer besonders Ungehorsamsstrafe, wie wir sie ja auch sonst in ähnlichen Fällen finden<sup>2</sup>.

Die tatsächlichen Grundlagen interessieren hier zunächst insoweit, als sie Anhalt zur Datierung der Urkunde bieten. Der Herausgeber und nach seinem Vorgange M. GELZER nehmen an, daß die vorliegende Urkunde im Zusammenhang mit einer anderen wichtigen Urkunde der Sammlung (P. 67032) zu verstehen sei, in welcher vier Männer aus Aphrodito zwei konstantinopolitaner Sachwalter zur Führung des Reskriptenprozesses gegen ihre Gegner auf Grund einer erhaltenen *θεία κέλευσις* beauftragen<sup>3</sup>. Diese Urkunde ist vom Juni 551 datiert, und GELZER setzt daher auch für unser Reskript, das er als *pragmatica sanctio* bezeichnet, dasselbe Datum an, indem er unsere Urkunde als jene *θεία κέλευσις* deutet. Aber schon MASPERO hob hervor, daß hier Unsicherheiten über das Verhältnis jener Urkunde P. 67032 zu unserem Text bestehen: ebenso gut wie mit unserm Reskript selbst könnte man die älteren *θεῖαι συλλαβαί*, welche Z. 14f. unseres Textes erwähnt, in Verbindung mit jener Urkunde bringen, welche den Auftrag an die konstantinopolitanischen Sachwalter enthält. Zudem macht die Auffassung des Parteiverhältnisses Schwierigkeit, wenn wir annehmen wollen, daß unsere Urkunde das im Juni 551 erhaltene Reskript sei. Denn unser Reskript war offenbar an mehrere Personen gerichtet, welche Kinder eines Dorfältesten waren (Z. 3, 9, 26f., 29f.), und vielfach erscheint es sogar, als ob *einer* von ihnen allein und zugleich im Namen der anderen als Bittsteller selbst aufgetreten sei. Aber die *θεία κέλευσις* der Sachwalterurkunde ist von mehreren Leuten impetriert worden, die wohl nicht derselben Familie angehören: die Namen ihrer Väter sind verschieden, und wir haben doch wohl keinen Quellenbeleg, der uns ermächtigt, die Familie so anzuordnen, daß man die drei

<sup>1</sup> Diese Gegenüberstellung von *χορηματικά* und *ἐγκλήματα* ist die in den justinianischen Quellen und schon in den spätclassischen (D. 3, 6, 1, 1. D. 29, 5, 22. D. 48, 1, 6) übliche.

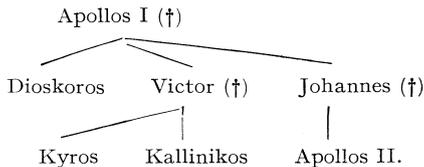
<sup>2</sup> Vgl. App. dispers. const. (SCHOELL p. 796) 1 epilogus, Cod. 3, 2, 2, 1.

<sup>3</sup> Vgl. unten unter V.

Petenten als Brüder oder Brüdersöhne ansprechen dürfte<sup>1</sup>. Also scheint es mir nicht berechtigt, das Kaiserreskript, das uns hier beschäftigt, gerade auf den Juni 551 anzusetzen<sup>2</sup>. Jedenfalls aber gehört unser Reskript in die 50er Jahre des 6. Jahrhunderts. Es ist vielleicht wenig später als jene ins Jahr 551 gehörenden Vorgänge, welche zu der Abfassung der Urkunde mit den konstantinopolitanischen Sachwaltern führten. Dafür würde ja auch die Nachricht über die doppelte Reise des Beschwerdeführers nach Konstantinopel sprechen: er ist einst dort gewesen und hat *mehrere* kaiserliche Reskripte erlangt (Z. 14); von diesen dürfte das eine als die *θεῖα κέλευσις* von P. 67032 anzuspochen sein. Der damals eingeleitete Prozeß ist ohne Erfolg geblieben. Jetzt ist der Beschwerdeführer zum zweitenmal nach Konstantinopel gegangen und hat dort die uns zur Besprechung vorliegende Urkunde erlangt (P. 67024). Das ist auch ganz gut mit den übrigen Anhaltspunkten vereinbar. Wir wissen, daß Julian, der böse Pagarch, der in unserer Urkunde genannt ist, noch im Jahre 553 im Amte war<sup>3</sup>.

Über die Persönlichkeit der Parteien, über welche unsere Urkunde schweigt, wissen wir mancherlei durch andere Aphrodito-Urkunden, die der Herausgeber schon für diese Fragen ausgebeutet hat. Der verstorbene Steuererheber und Protokomet ist Apollos, sein Sohn ist der *Διόσκορος Ἀπολλῶτος*, der in den publizierten und unpublizierten Aphrodito-Urkunden gleicher Zeit eine große Rolle spielt, so als Mitkontrahent in der Sachwalterurkunde (P. 67032), ferner als Petent in den Reskripten P. 67026, 67028 und wohl auch 67029. MASPERO sagt auf Grund ungedruckten Materials: en effet, à part deux cas douteux, je n'ai rencontré dans tous les papyrus de Kôm-Jchgaou conservés au Caire, qu'un seul personnage du nom de Dioscore: c'est le fils d'Apollos. Il nous apparaît comme assez riche, remplit les fonctions de protocomète et se retrouve à chaque instant.

<sup>1</sup> Das wäre an sich möglich:



<sup>2</sup> Wie M. GELZER, Studien, p. 24. 93, tut.

<sup>3</sup> P. Lond. Inv. N. 1547 (a<sup>o</sup> 553) bei H. J. BELL, Journal of hellenic studies 28, p. 102. Die Bemerkungen, welche M. GELZER, Studien, S. 24, über das Zeitverhältnis von P. 67024 zu den andern Aphrodito-Papyri macht, werden dadurch etwas verschoben. Die Schikane des Julianos fällt wohl nicht vor die Plackerei des Pagarchen Menas, sondern in dieselbe Zeit wie diese selbst, seit dem Sommer 551.

Für die Rechtsgeschichte bringt uns die Urkunde Tatsachen von grundlegender Bedeutung für unsere Anschauung vom justinianischen Reskriptenwesen.

Eben noch hat KARLOWA gelehrt, „Justinian habe die Reskripte in Zivil- sowie in Kriminalprozessen abgeschafft; es sollten die Richter die Sachen nach den *generales leges* entscheiden“<sup>1</sup>. Nach BETHMANN-HOLLWEG, Ziv.-Pr. 3, 211, habe Justinians Novellenrecht a<sup>o</sup> 538 (Nov. 113 c. 1) Reskripte in Zivilprozessen verboten und den kaiserlichen Reskripten an Privatpersonen alle Geltung abgesprochen. Solche weitgehenden Behauptungen, die aus einem Mißverständnis des Verbotes von Reskripten in *schwebenden* Zivil- und Strafprozessen herrühren, sind allerdings schon heute durchaus nicht allgemeine Meinung<sup>2</sup>. Nun beweist P. Cairo 67024, daß es sehr wohl Kaiserreskripte noch nach 538 im Zivil- und Strafprozesse gegeben hat. Man wird allerdings den Unterschied der einzelnen Bestimmungen unserer kaiserlichen iussio bemerken müssen: soweit sie nur ältere Reskripte neu einschärft, auf Grund deren jetzt noch ein Verfahren vor dem *dux et Augustalis Thebaïdis* schwebt, ist kein *rescriptum* gegeben. Es fehlt in diesem Absatz der nach Cod. Just. 1, 23, 7 pr. im Reskript nötige Vermerk: *si preces veritate nituntur*, die sog. *quaestio fidei*. In diesen schwebenden Verfahren konnte, soweit Zivil- oder Strafprozesse gemeint waren, nach Nov. 113 c. 1 auch kein wirksames Reskript mehr ergehen. Dagegen sind der zweite Absatz (II, Z. 24—30), der wohl Zivilprozesse einleitet und der dritte (III, Z. 30—52), der Zivil- und Strafprozesse einleitet, beides deutlich Reskripte, welche zugleich als Grundlage von Prozessen dienen sollen. Daß die Beklagten oder Angeklagten gar nicht einzeln genannt sind, muß den modernen Juristen befremden: Aber diese Tatsache kann uns nicht daran hindern, das Vorliegen echter kaiserlicher Reskriptsbestimmungen anzuerkennen. Denn P. 67032 zeigt, daß es in der Tat üblich und statthaft war, das Reskript ohne genaue Angaben der zu verklagenden oder anzuklagenden Parteien für einen Komplex von Ansprüchen zu impetrieren. Nach dieser Urkunde sollen die Sachwalter die im „Reskript genannten und die nach der praktischen Tragweite des Reskriptes mitbetroffenen Parteien“ laden können<sup>3</sup>. Und wer die Reskripte der älteren Zeit kennt, wird wissen, wie oft dort das Parteienverhältnis aus dem Reskript gar nicht deutlich hervorgeht, da oft nur eine kurze Rechtsregel zur Entscheidung des Prozesses aufgestellt wird.

Im Sinne der justinianischen Theorie der Rechtsquellen ist die Re-

<sup>1</sup> Röm. Rechtsgesch. I, 936.

<sup>2</sup> Vgl. dazu KRÜGER, Quellen 268. KIPP, Geschichte der Quellen<sup>2</sup> 73 ff. JÖRS bei BIRKMEYER<sup>1</sup>, S. 87.

<sup>3</sup> P. 67032 Z. 40, Z. 71.

skriptsbestimmung der *iussio* in dem Absatz II echtes *rescriptum*, Cod. I, 23, 7, vgl. Zeno in Cod. Just. I, 23, 7 pr. Nach der in der Spätzeit üblichen Form ist das Reskript dabei nicht mehr eine bloße Marginalverfügung auf der Eingabe, wie einst, wo im Prozeß Eingabe und Reskript untrennbar waren, sondern das *rescriptum* ist ein selbständiger Text<sup>1</sup>, der in seiner Tatbestandsangabe ebenso den Sachvortrag der Bittschrift von der kaiserlichen Verfügung scheidet wie die kaiserlichen *iussiones*, die wir in den Appendices zu Justinians Novellen überliefert besitzen<sup>2</sup>. Es ist im wesentlichen derselbe Stil wie in den aus Anlaß eines in der Praxis hervorgetretenen Mißstandes erlassenen Novellen. Gegenüber der alten Zeit (2. Jahrh. n. Chr.) ist zu bemerken, daß nicht mehr der Petent vom Kaiser angeredet wird, sondern der angewiesene Beamte. Diese Tatsache, die schon längst für die Reskripte der Spätzeit von MOMMSEN beobachtet wurde<sup>3</sup>, beruht übrigens nicht auf einer Veränderung des Zustellungswesens: noch immer läßt man die Partei selbst das Reskript den Beamten überbringen<sup>4</sup>.

GELZER nennt die ganze Urkunde eine *sanctio pragmatica*, offenbar wegen des dritten Absatzes, der wegen seiner Beziehung auf die Angelegenheit der Dorfgemeinde Aphrodito allerdings in diese Kategorie kaiserlicher Verordnungen<sup>5</sup> gehören könnte. Ich habe Bedenken, in diesem dritten Absatz eine *sanctio pragmatica* zu erblicken. Nicht gerade weil nach KRÜGERS Nachweis<sup>6</sup> solche *sanctiones pragmaticae* nicht als Entscheidungen in Prozessen bisher beobachtet werden konnten. Denn auch in dieser Rolle scheinen mir *sanctiones pragmaticae* sicher anzunehmen. Sonst würde Nov. II 3 c. I nicht gerade auch sie mit

<sup>1</sup> Ist hierin vielleicht der Unterschied von *rescriptum* und *adnotatio* zu suchen, der ja vielfach noch Schwierigkeiten bereitet? vgl. KRÜGER, a. O., 269 und KIPP, a. O., 74. Man käme dann auf die alte Anschauung von BETHMANN-HOLLWEG 3, 211, 20, nach der die *adnotatio* ein Vermerk auf dem libellus des Bittstellers, das *rescriptum* eine förmliche *epistola* ist. Auch daß die *adnotatio* eine feierlichere Äußerung des kaiserlichen Willens als das *rescriptum* ist (Cod. Theod. 4, 14, 1, 1, Nov. Val. 19, 1, 3), würde dazu passen. Denn die *adnotatio* wäre eine in *extenso* vom Kaiser persönlich geschriebene Verfügung, das gewöhnliche *rescriptum* (auch *rescriptio* genannt) wird vom *quaestor sacri palatii* diktiert und vom Kaiser nur unterzeichnet (Cod. I, 23, 7, 1). Dann ist auch das Glossar, das Brissonius s. v. *adnotatio* anführt, nicht so unbrauchbar, wie es PAUL KRÜGER erscheint (Gesch. d. Quellen, S. 269 m. 41): *proprio mentis motu* stünde im Gegensatz zum Diktat des *quaestor sacri palatii*.

<sup>2</sup> App. I, 9 (Just. Nov. ed. SCHOELL-KROLL, 1895, p. 796. 803).

<sup>3</sup> Jahrb. des gem. Rechts von BEKKER und MÜLLER 6 (1863), p. 410 = Jur. Schr. 2, 352.

<sup>4</sup> Ob allerdings das Reskript noch durch Aushang öffentlich zugestellt wurde oder wie in CPR. 20 Z. 10f. durch einen Amtsdieners, ist nicht deutlich.

<sup>5</sup> Über diese vgl. KARLOWA, Röm. Rechtsgesch. I, 937. KRÜGER, Gesch. d. Quellen, 270.

<sup>6</sup> Gesch. d. Quellen, S. 270.

allen anderen Reskripten bei Gelegenheit eines schwebenden Prozesses verbieten. Aber es fehlt hier dasjenige Moment, das nach Cod. I, 23, 7, 2 doch wohl für die *sanctio pragmatica* als notwendige Voraussetzung betrachtet werden muß: nach diesem Gesetze muß der Antragsteller bei solcher kaiserlichen Verordnung eine juristische Person oder Behörde sein (*corpus, schola, officium, curia, civitas, provincia, universitas hominum*). Hier tritt als Petent ein einzelner auf, und um den Schaden, der ihm zugefügt ist, um Delikte, die gegen ihn begangen sind, handelt es sich.

Eine neue interessante Feststellung wird an unserer Urkunde für die Amtssprache dieser justinianischen Reskripte gemacht. Wenn oben richtig geurteilt wurde, erging das Original des Reskriptes in lateinischer Sprache. Das ist für die Rolle der beiden Amtssprachen im byzantinischen Reiche hochinteressant. Im Jahre 535 hielt Kaiser Justinian in einer seiner ersten Novellen es noch für angebracht, den Gebrauch der griechischen Sprache in den neuen Gesetzen zu rechtfertigen<sup>1</sup>. Seit 535 ist die große Menge der Gesetze Justinians griechisch ergangen, lateinische Gesetze nur in die lateinische Reichshälfte oder, soweit sie sich auf den Geschäftsgang von Behörden in der Reichshauptstadt bezogen, die das Lateinische als Amtssprache noch weiterhin behielten<sup>2</sup>. Lateinische Briefe, welche der Kaiser an Untertanen richtet, werden damals seit langem schon unter Aufsicht des *magister epistolarum graecarum* ins Griechische übersetzt<sup>3</sup>. Im Kaisergericht sind die Sprüche in der mündlichen Verhandlung sowie das Protokoll längst griechisch, und in derselben Zeit, aus der unser Reskript stammt, weint Lydus dem lateinischen Amtsjournale (*regesta*), das er noch im Amte ab *actis* miterlebt hat, eine Träne nach<sup>4</sup>.

In dieser Zeit erscheint die Tatsache, daß damals Reskripte an Ägypter noch lateinisch ergangen sein sollen, wie ein seltsamer Anachronismus, und deswegen trug ich zunächst Bedenken, anzunehmen, daß wirklich unsere Texte nur Übersetzungen aus dem Lateinischen seien. Auch MOMMSEN bei Besprechung der Fragmente zweier spätkaiserlicher Reskripte auf Papyrus war von der Meinung ausgegangen, daß ein Gebrauch der lateinischen Sprache in Reskripten aus der Zeit Justinians ausgeschlossen sei<sup>5</sup>. Aber bei näherer Überlegung finde ich kein ernsthaftes Argument, welches die Anwendung der lateinischen Sprache bei den Reskripten Justinians in den 50er Jahren des 6. Jahrhunderts als

<sup>1</sup> Nov. 7 c. I . . . *ὅτι τῆ πατρίῳ φωνῇ τὸν νόμον συνεγράψαμεν ἀλλὰ ταύτη δὴ τῆ κοινῇ τε καὶ ἐλλάδι ὥστε ἅπασιν αὐτὸν εἶναι γνώριμον διὰ τὸ πρόχειρον τῆς ἐρημνείας.*

<sup>2</sup> Vgl. KRÜGER, Geschichte der Quellen, S. 354.

<sup>3</sup> Not. dign. Or. c. 17, § 4.

<sup>4</sup> LYDUS, de magistrat. III, 20 (ed. WÜNSCH, p. 108, 11 ff.).

<sup>5</sup> Jahrb. des gemeinen Rechts von BEKKER und MÜTHER 6 (1863), p. 409 = Jurist. Schriften 2, 351.

unwahrscheinlich erscheinen lassen könnte. Die amtliche Sprache der Hofämter, der Reichsbehörden, ja sogar der konstantinopolitanischen Stadtprätur waren noch immer lateinisch<sup>1</sup>. Die Akten des fünften ökumenischen Konzils von Konstantinopel (a<sup>o</sup> 553) sind lateinisch<sup>2</sup>. Die Gesetze für die Organisation der Ämter der Hauptstadt sind noch immer lateinisch<sup>3</sup>. Warum wären die lateinischen Reskripte eine Unmöglichkeit? — Das Reskript ist eben ein interner Akt der kaiserlichen Jurisdiktion, der eine Anweisung für einen Beamten schafft. Da sich die späten Reskripte auch in der Form nicht mehr an die Petenten wenden, besteht kein zwingender Grund, für das Reskript die alte lateinische Geschäftssprache aufzugeben. Die sorgsam gepflegten Äußerlichkeiten der prunkvoll ausgestatteten kaiserlichen Reskripte<sup>4</sup>, ihre eigenartig verschnörkelte lateinische Schrift<sup>5</sup> mögen hier praktisch fühlbare Hemmnisse für das Eindringen der griechischen Sprache geschaffen haben. Die Partei erhielt das Original des lateinischen Reskripts<sup>6</sup>, sie ließ durch den executor dem Gegner eine Ausfertigung davon zustellen. — Aber gleichzeitig müssen eben von den Petenten Übersetzungen angefertigt und mit zugestellt worden sein, die den unverständlichen lateinischen Text im Rechtsleben verwendbar machten. Diese Notwendigkeit, das lateinische Reskript ins Griechische zu übersetzen, kennzeichnet die Rolle der lateinischen Amtssprache unter Justinian. Allerdings wird durch unsere Urkunden nur für die provinziale Praxis Ägyptens etwas bewiesen. Aber wenn es im Ostreich nirgends viel besser war, wie sollen wir uns die Anwendung der alten lateinischen Rechtsquellen in der Praxis vor Justinian, wie sollen wir uns andererseits die Rechtsprechung nach Justinians lateinischen Rechtsbüchern vorstellen ohne ähnliche griechische Eselsbrücken neben dem lateinischen Texte? — Angesichts dieser ägyptischen Papyri gewinnen die modernen Untersuchungen erhöhtes Interesse, welche in den überkommenen byzantinischen Quellen nach Spuren solcher griechischer Übertragungen der lateinischen Rechtsquellen suchen, die schon aus dem 6. Jahrhundert stammen könnten<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> BETHMANN-HOLLWEG, Zivil-Prozeß 3, 197. Vgl. auch HAHN, Romanismus und Hellenismus bis auf die Zeit Justinians im Philologus, 1907, S. 702f.

<sup>2</sup> MANSI IX, 172 ff.      <sup>3</sup> Nov. 17 Anfang. 23. 35. 62. 75 (= 104) 114.

<sup>4</sup> Cod. Just. I, 23, 6 pr.

<sup>5</sup> Über diese vgl. MOMMSEN und JAFFÉ in dem oben zitierten Artikel p. 405. 415f. = Jurist. Schr. 2, 348. 356f.

<sup>6</sup> Cod. I, 23, 3 (a<sup>o</sup> 292). Das war wohl eine Neuerung gegenüber der klassischen Zeit, wo die Reskripte im Original ausgehängt werden und die Parteien danach Abschrift nehmen lassen, um diese Abschriften dem Jurisdiktionsbeamten wie dem Richter vorzulegen.

<sup>7</sup> Vgl. RICCOBONO, in Miscellanea di Archeologia di Storia e di Filologia dedicate al Prof. A. Salinas, Palermo 1906, p. 153ff. — Studi Senesi in onore di

II. P. 67029.

Neben den drei Texten des justinianischen Reskriptes ist ein in dieselbe Angelegenheit einschlagendes Fragment eines andern Kaiserreskriptes überliefert. Der Text ist allzu arg zerrüttet, als daß er hier wiedergegeben werden könnte, zumal keine Phototypie gestattet, über die Lesung von MASPERO in einigen Einzelheiten hinauszukommen. Das ist um so mehr zu beklagen als wahrscheinlich dieser Text eines der Reskripte wiedergibt, welche Dioskoros, der Sohn des Apollon, bei seiner ersten Anwesenheit in Konstantinopel a<sup>o</sup> 551 erlangt hatte, als er sich über die Machenschaften des mächtigen Theodosios beschwerte. Erhalten ist der Name dieses Theodosios, Reste eines Satzteils, die bedeuten können, daß Theodosios unberechtigterweise die Steuern für die letzte elfte Indiktion (a<sup>o</sup> 547/548) eingezogen, sie aber durchaus nicht abgeliefert habe (l. 8). Auch die nochmalige Erhebung der Steuern scheint hier berichtet zu sein, vgl. dazu oben S. 207.

Für die Fragen des Reskriptenprozesses ist die Urkunde unverwertbar.

III. P. 27026.

Diese und die folgende Urkunde enthalten zwei griechische Reskripttexte, welche der Herausgeber als deux fausses lettres sacrées de Justinien abtut. Sie haben sachlich keine Beziehungen zu den Rechtsfragen, für welche P. 67024 wichtig ist. Daher kommt für unser Hauptthema nichts darauf an, ob die Urkunden echt sind. Aber da hier die neuen Reskripte von Aphrodito im Zusammenhang besprochen werden sollen, muß notwendig auf diese von MASPERO aufgeworfene Frage eingegangen werden. Die beiden Reskripte beanspruchen deswegen besonderes Interesse, weil sie Entscheidungen des Kaisers in Zivilsachen sein wollen.

Von P. 27026 sind wieder zwei Exemplare erhalten, die ich nebeneinander produziere, so daß rechts die Abweichungen stehen, welche B vom Grundtext A aufweist.

A.	B.
	<i>ὁ δεός(μενος) (?)<sup>1</sup></i>
<i>Διόσκορος προσῆλθ[εν ἡμῖ]ν</i>	[ <i>Διός</i> ]κ[ <i>ορος</i> ]
<i>τὴν μήτερα λέγων τὴν οἰκείαν,  </i>	
<i>ἀδιανεμήτων ὄ[ντω]ν μεταξ[ύ]</i>	
<i>ἀντῆς τε καὶ Απόλλω τοῦ ἀντῆς  </i>	<i>καὶ τοῦδε Ἀπολλ[ώτος] τοῦ</i>
<i>ἀδελφοῦ τῶν ἐκ τῶν γονέων</i>	<i>α[ύ]τῆ[ς] ἀδελφοῦ</i>

Luigi Moriani S.A., p. 19. — Mélanges Fitting, II, p. 487—492. — BIONDO BIONDI, sulla dottrina romana dell' actio arbitraria, Palermo 1911, p. 60ff.

<sup>1</sup> MASPERO liest die Abkürzung *o δ<sup>o</sup>*, erklärt sie für eine Sigle, löst auf *ὁ δεῖνα*. Wahrscheinlich steht das oben angeregte Wort. *ὁ δ<sup>o</sup>* als Abkürzung von *ὁ δεῖνα* wäre doch erst zu belegen, *ὁ δεός(μενος)* wäre der Petent.

αὐτοῖς καταλειμμένων πραγ-  
 μάτω(ν) | κατὰ λῦσαι τὸν βίον  
 ἐπὶ παισὶν τῶ ἰκέτ[η] καὶ τ[ῆ] 5  
 αὐτοῦ ἀδελφῆ ἐπὶ νέας | ἔτι τυγ-  
 χάνουσιν ἡλικίας, ὑπὸ τὴν τοῦ  
 εἰρημένου θείου φροντίδα | κα-  
 ταλιποῦσαν τὸν ἰκέτην καὶ τὴν  
 ἀδελφὴν τὴν αὐτοῦ· νῦν δὲ |  
 τελευτήσαντος τοῦ προειρημένου  
 Ἀπόλλω, τοὺς Ἰουλιανῶ τῶ ἐν-  
 δοξ(στάτω) | προσήκ[ον]τας ἐπελ-  
 θεῖν καὶ ἀφελῆσθαι πᾶσαν τὴν  
 ὑπ' ἐκείνου | κ[ατά]λειφθεῖσαν  
 περιουσίαν, φάσκοντας τὸν  
 10 προειρημένον Ἀπόλλω | ὑπεύ-  
 θυνον αὐτοῖς τελευτῆσαι, καί-  
 τοι τῶν μητρῶων τῶν δεο-  
 μένων | πραγμάτων ἐν αὐτῇ  
 τυγχανόντων καὶ τοῖς ἐκείνου  
 χρεῖσιν οὐκ ὑποκειμένων. | Ἦτη-  
 σέν τε τῆς ἐξ ἡμῶν εἰς τοῦτο  
 βοηθείας τυχεῖν. Θεσπίζομεν  
 τοίνυν | τὴν ἐνδοξ(ότητα) τὴν  
 σὴν μέρος ἐκάτερον ἀγαγεῖν,  
 καὶ ἐξετάσαι τὰ παρὰ τοῦ | ἰκέ-  
 του λεγόμενα, καὶ κατὰ τοὺς  
 νόμους αὐτῶ τε καὶ τῆ αὐτοῦ  
 15 ἀδελφῆ | τὴν τῶν μητρῶων ἀδ-  
 τῶν πραγμάτων ἀποσῶσαι δε-  
 σποτίαν, κατὰ τὴν | ἀροῦσασαν  
 ἐκείνη μοῖραν τῆς τῶν γονέων  
 περιουσίας, μετὰ πάσης | νομί-

καὶ τῆδε<sup>1</sup> τῆ αὐτοῦ ἀδελφῆ

<sup>2</sup> \* \* \* \* \*  
 καὶ τῆ[ν] ἀδελφὴν αὐτο(ῦ)· νῦν  
 \* \* \* \* \*  
 δὲ τελευτήσαντος τοῦ [προ]ει[ρη]-  
 \* \* \* \* \*  
 μένο(ν) Ἀπολλῶτος, τοὺς Ἰουλιαν-  
 \* \* \* \* \*  
 νῶ τῶ ἐνδοξ(οτά[τω]) προσήκοντας  
<sup>3</sup> \* \* \* \* \*  
 ἐπελθεῖν καὶ ἀφελῆσθαι πᾶσαν  
 \* \* \* \* \*  
 τὴν ὑπ' ἐκείνου . . .

καίτοι τῶν μητρῶων τῶν δεομένων  
 πραγμάτων ἐν αὐτῇ τυγχανόντων.  
 Ἦτησέν τε

<sup>1</sup> τῆδε steht hier ebenso über der Zeile wie in B lin. 2 das τοῦδε.

<sup>2</sup> Wo oben die Sterne über den Worten von B stehen (\* \* \* \*) ist über den Text von B zwischen den Zeilen geschrieben: α + τοῦτον δὲ πρὸ φανερῶν χρόνων τῆς αὐτοῦ [τε]λευτῆς παραδιδόναι Διοσκ(όρω) . . . . σι. αν τοῖς ἡμετέρο(ις) ἰκέταις, τὰ ἀροῦσαντα αὐτοῖς [ἐ]κ τῆς μητρῶας κληρονομί(ας) τοῦδε πραγμάτων τε καὶ ἐπαυξήματα, ὑπερ ὧν μέχρι [νῦν?] συντελοῦσιν το[ῦ]ς δη]μοσί[ο]υς φό[ρο]υς.

<sup>3</sup> Über der Zeile steht hier, augenscheinlich an ἐπελθεῖν anschließend: α + τοῖς πράγμασιν τῶν ἡμετέρων ἰ[κετώ]ν.

μου ἐπανξήσεως, καὶ μὴ συγ-  
χωρήσαι τοῖς ὑπεύθυνον λέγου-  
σιν | ἔχειν τὴν περιουσίαν τοῦ  
τῶν ἱκετῶν θείου συναλαμ-  
βάνειν καὶ | τὰ ἐκ μητρὸς τοῖς  
ἱκέταις ἀρόσαντα πράγματα·  
20 κὰν γὰρ εἰ μεταξὺ | αὐτῶν οὐ-  
δαμῶς νεμήσεις γεγόνασιν, ἀλλ'  
οὐδ' οὐ παρὰ τοῦτο τὸ μέρος |  
τοὺς ἡμῶν δεηθέντας ἀδικεῖσθαι  
καθ' οἰονοῦν βουλόμεθα τρόπον. |  
Ταῦτα δὲ πρὸς πέρας ἄξει τρό-  
ποις ἅπασιν ἢ τε σὴ ἐνδοξότης  
καὶ οἱ μετ' αὐτῆ | τῆς αὐτῆς  
ἀρχῆς ἀνθεξόμενοι, καὶ ἡ πει-  
θομένη ὑμ[ῖ]ν τάξ(ε)ις, ποινῆς  
τριῶν | χριστὸν λίτρων ἐπικειμέ-  
νης κατὰ τῶν ταῦτα τολμών-  
των παραβαίνειν ἢ παραβαί-  
νεσθαι | συγχωροῦντων. Chrisma

συναλαμβάνειν καὶ  
[. . . . . μῆ]τρι τοῦτων [. . . . .],  
κὰν γὰρ εἰ

Ταῦτα τοῖνον ἢ σὴ [ἐνδοξότης . . .]

Von hier ab weicht der zerstörte  
Text mannigfach ab: ἀνθεξό[με-  
νοι, ἐξετάζουσα [. . . . .]  
δόναμ . . . . τω την [. . . . .]  
κατὰ νόμους [. . . . .]  
[

MASPERO sagt von B: le second exemplaire est surchargé de correc-  
tions intéressantes; malheureusement il est en majeure partie illisible.  
J'indique en note les variantes que j'ai pu déchiffrer. Dieser Zustand  
des Textes B ist um so mehr zu bedauern, als dadurch jede Möglich-  
keit einer gesicherten Auffassung des Verhältnisses der beiden Texte  
derzeit verschlossen ist. Wenn dem Texte B mit längerer Arbeit noch  
mehr Aufschluß abgerungen würde, hätte dies sachlich vielleicht er-  
hebliche Bedeutung.

A ist eine glatte, gefeilte Abschrift der Urkunde, die in den Wort-  
formen (Ἀπόλλω gen. statt Ἀπολλῶτος in B) wie in dem Satzbau  
korrektes Griechisch aufweist. Nur an *einer* Stelle ist m. E. auch in  
dieser Urkunde klar, daß in Wirklichkeit ein lateinischer Text zugrunde  
lag: Z. 19ff. κὰν γὰρ εἰ μεταξὺ αὐτῶν οὐδαμῶς νεμήσεις γεγόνασιν, ἀλλ'  
οὐδ' οὐ παρὰ τοῦτου τοῦ μέρους τοὺς ἡμῶν δεηθέντας ἀδικεῖσθαι καθ'  
οἰονοῦν βουλόμεθα τρόπον. ἀλλά im Nachsatz ist ganz unerträglich.  
Aber das Satzgefüge wird korrekt, wenn man den lateinischen Satz  
darunter erkennt: *etiāmsi* enim nulla inter eos divisio facta est, *tamen*  
*petentes ex illius parte iniuriam quodammodo pati nolumus.*

18 Herausgeber *τουτων*.

19—21 Die Interpunktion weicht von dem  
Herausgeber ab. Mit *ταῦτα δὲ* in Z. 22 beginnt sicher ein neuer Satz, vgl. das *τοῖνον*  
in Text B. 22 *μετ' αὐτῆ* lies *μετ' αὐτῆν*, vgl. P. Cairo 67024 C am Ende.  
Cod. Just. 3, 2, 2, 1. 20 in B etwa [τὰ τῆ μητρὶ] τῆ τοῦτων [οἰκεία]? WENDL.

Der Sache nach handelt es sich um ein Reskript in einem Verfahren des Zivilprozesses oder der Verwaltung: der Petent ist Dioskoros, Sohn des Apollon. Er gab an: nach dem Tode seiner Mutter seien er selbst und eine nicht mit Namen genannte Schwester deren Erben geworden. Da diese Erben sich noch in jugendlichem Alter befanden, sei das Vermögen, das die Mutter von ihren Eltern geerbt und seither in *communio indivisa* mit ihrem Bruder Apollon besessen habe, ungetrennt in dessen Hand geblieben, während dieser Oheim zugleich *curator* — oder Ziehvater — (*φροντίδα*, Z. 5) der beiden Kinder geworden sei. Nach dem Ableben dieses Oheims hätten Leute, die dem illustren Julianos, d. h. wohl dem Pagarchen<sup>1</sup>, nahe standen<sup>2</sup>, die Hand auf das gesamte hinterlassene Vermögen gelegt, mit der Behauptung, Apollon, jener Oheim des Petenten, sei ihr Schuldner gewesen; und doch unterliege jedenfalls das Vermögen ihrer Mutter, das in der Masse sei, nicht den Schuldrechten, die gegen den verstorbenen Apollon begründet waren. Der Kaiser verordnet auf diese Beschwerde:

I<sup>0</sup>. Die beiden Parteien hat der *vir illustris*, also wohl der *dux et Augustalis Thebaïdis* sich vorführen zu lassen.

II<sup>0</sup>. Das gute Recht des Petenten und seiner Schwester an ihren Vermögensteilen<sup>3</sup> sei zu respektieren, soweit sie das Recht ihrer Mutter an ihrem Familienvermögen geltend zu machen berechtigt seien, einschließlich des rechtmäßigen Zuwachses (Wertvermehrung und Früchten). Nicht sei es den angeblichen Gläubigern des verstorbenen Oheims der Petenten zu gestatten, auch die der Mutter der Petenten zustehenden Vermögensteile mit einzustecken. Denn wenn auch niemals eine Teilung der Gemeinschaft erfolgt sei, sei dies gleichwohl kein Grund, den Petenten und seine Schwester zu verkürzen.

Der Befehl zur Erledigung der Sache ergeht an den *vir illustris*, also wohl den *dux et Augustalis Thebaïdis*, seine Nachfolger (*οἱ μετ'*

<sup>1</sup> Vgl. P. Cairo 67024 Z. 30ff., oben S. 208.

<sup>2</sup> *προσήκοντας* sagt Z. S. MASPERO übersetzt danach „gens de l'illustre Julien“, bull. de l'inst. fr. d'arch. or. VII, 141f. 144 und denkt an dienstliche Untergebene des Pagarchen, die gegen den Nachlaß des Apollon Steuerschulden eingetrieben hätten. Das wäre ja nach den oben (S. 208f.) in P. 67024 besprochenen Vorgängen nicht undenkbar. Immerhin sind die *προσήκοντες τῷ Ἰουλιανῷ* vielleicht einfach Leute, die mit Julianus ein Patrociniums-Verhältnis abgeschlossen haben.

<sup>3</sup> *πράγματα*, res, hat der Text: auch hier tritt, wenn ich recht sehe, die Übersetzung zutage. Der lateinische Text sprach einfach von *res matris defunctae* und verstand darunter das Vermögen der Mutter, also den Anteil an der noch ungetrennten *communio*. Denn lat. *res* heißt ja auch soviel als „Vermögen“. Der Übersetzer übersetzte *res* durch *πράγματα*. *πράγμα*, das heißt in den Novellen Sache, Gegenstand. So kommt in den Text die Unstimmigkeit, daß fortwährend von „den der verstorbenen Mutter gehörigen Gegenständen“ die Rede ist, während nur der Anteil der Mutter an der ungeteilten Gemeinschaft in Betracht kommt.

*αὐτὴν ἀνθεξόμενοι*) und sein officium, unter Beifügung einer Ungehorsamsstrafe. Dabei handelt es sich doch wohl um einen Zivilprozeß. Die „Leute des Julianos“ versichern, *ihnen* sei der tote Onkel schuldig gewesen (Z. 17)<sup>1</sup>. Die Gläubiger haben den Nachlaß des Verstorbenen mit Beschlag belegt; ob sie dazu die *missio in bona* durch Beschluß des *iudex ordinarius* erhalten hatten, ist nicht klar. Jedenfalls besitzen die Gläubiger den Nachlaß und in ihm auch den ungetrennten Anteil der Mutter des Petenten. Der Petent klagt im Reskriptenverfahren<sup>2</sup> wohl zugleich im Namen seiner Schwester auf Auseinandersetzung (*aº fam. erciscundae*) gegen die Gläubiger als Rechtsnachfolger des verstorbenen Gemeinschafters.

MASPERO glaubt zu erkennen, daß die ganze Urkunde nur fingiert ist. Von seiner Meinung ausgehend, daß die Entscheidung des Reskripts vom Petenten selbst ausgearbeitet und dem Kaiser nur zur Unterzeichnung vorgelegt wurde, kommt er dazu, die Urkunde zu verdächtigen: der Schreibfehler *χρισν* statt *χρυσοῦ*, die Eigentümlichkeit, daß in B einige Male über den Namen Pronomina gesetzt sind (*ὁ δº* über *Διόσκορος* in Z. 1, was MASPERO als *ὁ δεῖνα* deutet, *τοῦδε* über *Ἀπολλῶτος* in Z. 2, *τῆδε* über *τῆ αὐτοῦ ἀδελφῆ* in Z. 4) regen MASPERO zur Vermutung an, daß der Text nur eine Übung in Stil und vielleicht in juristischer Darstellung des Rechtsfalles sei. Dioskoros ist aus P. Cairo 67064, Z. 14 als *σχολαστικός*, also wohl als Mann mit Rechtskenntnissen bekannt. Also habe er vielleicht hier ein kaiserliches Reskript hingeworfen, um einen Fall zu studieren und ihn mit Nachbildung der Form der kaiserlichen Reskripte darzustellen. Aus diesem fingierten Fall sollen sich die Blankettworte *ὁ δεῖνα*, *τῆδε*, *τοῦδε*, die hier erst nachträglich durch die Namen ersetzt seien, erklären. Dazu wird eine Erwägung angestellt, welche die Möglichkeit einer Beziehung des Tatbestandes auf den Petenten von 67024 ausschließen soll. —

Solange die Urkunde nicht in extenso publiziert ist, wird man eine vorbehaltlose Meinung dieser Anschauung des Herausgebers nicht entgegenstellen können. Aber schon jetzt sei es erlaubt, darauf hinzuweisen, daß alle die formalen Verdachtsgründe MASPEROS wenig wiegen, wenn eben die Urkunde nur Übersetzung eines lateinischen Originaltextes war. Dann sind Schreibfehler wie *χρισν* nicht bedenklich, die Blankettworte *τοῦδε* und *τῆδε* können in der Eile der ersten Übersetzung eingesetzt sein, ebenso *ὁ δεῖνα* über *Διόσκορος* in Z. 1, wenn überhaupt *ὁ δεῖνα* aufzulösen ist und nicht in der Lesung *ο δº* ein *ὁ δεό(μενος)*, der Petent, steckt. Auch die sachlichen Schwierigkeiten sind nicht un-

<sup>1</sup> Anders MASPERO, bull. VII, p. 144f., der an ein Exekutionsverfahren wegen ausstehender Steuerzahlungen denkt.

<sup>2</sup> MASPERO, a. O., p. 145 denkt an einen langen Prozeß, der in letzter Instanz vor den Kaiser gelangte. Aber davon steht nirgends etwas.

überwindlich, wie unten bei Gelegenheit des andern Reskripts noch gezeigt werden soll. Was MASPERO positiv als Hypothese bietet, fügt sich so wenig in alles, was wir bisher vom Rechtsunterricht und der literarischen Form der theoretischen Kasuistik in spätrömischer Zeit wissen, daß wir ruhig schärfere Beweise für die Hypothese MASPEROS abwarten dürfen, der in diesem so simplen Falle eine juristische Übung vermutet.

So halte ich es für sehr wahrscheinlich, daß auch diese Urkunden zwei Abschriften der Übersetzung eines lateinischen Reskriptes sind, das Dioskoros, Sohn des Apollon, auf einer seiner beiden konstantinopler Reisen für Einleitung eines Zivilprozesses impetriere. Gerade im Zusammenhang mit dieser Hypothese bedarf einer der Zusätze zu dem Texte B einer besonderen Aufmerksamkeit. Im Texte B steht eben dort, wo von dem ungerechten Angriffe der Leute des Julianos gesprochen wird, eine Bemerkung, die dem Rechtsstandpunkte des Petenten offenbar ungünstig ist: soeben war die Behauptung des Klägers referiert worden, daß in der von den Gläubigern des toten Onkels in Beschlag genommenen Masse sich auch der noch ungetrennte Anteil der Mutter der Petenten am Gemeinschaftsvermögen befände. Dem gegenüber bemerkt der Zusatz zwischen den Zeilen: „dieser aber (d. h. der verstorbene Oheim) habe einige Zeit vor seinem Tode dem Dioskoros (und seiner Schwester?)<sup>1</sup>, unseren Petenten, den ihnen aus der Muttererbschaft her zukommenden Anteil ausgefolgt samt dem Zuwachs, und für dieses Vermögen hätten die Petenten [bisher] (?) schon die Steuern gezahlt“. Das sind Tatsachen, die mit dem Klagegrund im Widerspruch stehen. Ich kann ihre Erwähnung im Text des Reskriptes nicht anders als einen Aktenvermerk verstehen, der in einer Übersetzung des Reskriptes über die Gegenbehauptungen des Beklagten gemacht wird. Und ein solcher Vermerk stimmt sehr wohl zu unseren hier dargelegten Anschauungen von der Bedeutung dieser Reskriptstexte. Wenn sie wirklich Übersetzungen waren, die der Kläger oder sein executor anfertigen ließ, um selbst in seinen Handakten ein Exemplar davon zu behalten und andererseits Abschriften des Reskriptes neben der lateinischen Ausfertigung den Beklagten zuzustellen, dann wäre dieser Vermerk sehr leicht erklärt: der executor des Klägers hatte den Text B als sein Exemplar verwandt. Als er einen Text mit der lateinischen Ausfertigung des Originalreskriptes in der Thebaïs zur Ladung an einen der Beklagten zugestellt hat, antwortet der Beklagte selbst unmittelbar bei

<sup>1</sup> In der Lücke kann ihr Name stecken. *αυ* ist jedenfalls nicht zu *τοῖς ἡμετέροις ἐκείταις* zu ziehen (WENDLAND). Da *πρὸ φανερόων χρόνων* Schwierigkeiten genug hat, verweise ich auf NUTH, de Marci diaconi Vita Porphyrii. Bonner Diss. 1897, S. 39, der mit vielen Beispielen beweist: pluralis vocis *φανερὸς* plane latinis vocabulis „quidam, nonnulli, complures“ respondet (WENDLAND).

der Zustellung oder nachher mit einer substantiierten Bestreitung des Klagegrundes. Man kann in unserem Vermerk dabei eine einfache Notiz über eine mündliche Behauptung oder die Wiedergabe des wesentlichen Inhaltes eines libellus contradictorius sehen, den der Beklagte an den Kläger gerichtet hat. Wie nahe solche Vermerke jeder mit Akten arbeitenden Geschäftsbehandlung liegen, braucht nicht ausgeführt zu werden: die Akten unserer modernen Gerichte wie die Handakten unserer modernen Rechtsanwälte wimmeln davon, und die Bezeichnung der Partei durch ihren Sachwalter als „unser“ Petent, ist schon anderweit als üblicher Sprachgebrauch in der Praxis der späten Jahrhunderte belegt.

## IV. P. 67028.

Hier ist nur ein Text erhalten. Es handelt sich um das Reskript eines Zivilprozesses, in welchem Dioskoros als Kläger auftrat.

[Chrisma] Διόσκα[ρορος] προσῆλθεν ἡμῖν τὸν πατέρα τὸν οἰκεῖον  
 λέ[γ]ων τη[ν] περ[ὶ] τ[ῶ]ν | [. . . . .] . . . . . εἰς . . .  
 αὐ | [. . . . .] . . . . . | πρὸς [δ]ευτέρ[ου]ς γάμους ἐλθεῖν,  
 τὰ δὲ τῆ προτέρα διενεγκόντα τ[ῆ] δευτέρα προσγράψαι· καὶ ἐξελ-  
 5 θεῖν ἐξ ἀνθρώπ[ω]ν ὡς τοὺς | ἐξ ἐκείνης παιδας ἀφέλσθαι τε καὶ  
 καταδαπανᾶν ἐκεῖνα, | καὶ πανταχόθεν ἔρημον εἶναι τὸν ἡμέ[τε]ρ[ον]  
 ἰ[κέτ]η[ν, ὥστε] | τῆς ἐξ ἡμῶν καὶ τῶν νόμων δέεσθαι βοηθείας.  
 Θεσπίζομ[εν] | τοίνυ[ν] τὴν ἐνδοξ(ότητα) τὴν σὴν ἀγαγεῖν αὐτοῦ[ς]  
 κα[ὶ] τὰ [περὶ] τούτου | ζητῆσαι, καὶ εἰ οὕτως ἔχοντ[α] τὰ τῆ τοῦ  
 10 ἡμετέρου ἰκέτου? | μητρὶ διενηροχότα ταῖς ἀληθείαις φανεῖν, τοῦτο  
 εἰσπραῶσαι | καὶ ἀποδοῦναι τῷ δεομένῳ, ἐπὶ . . . . . τοῖς λοιποῖς πράγ-  
 μασι | τοῖς τῷ τελευτήσαντι διενέγοντα τῷ λῶ [. . . . .] |  
 λήξεως φυλάξαι τῷ δεομένῳ, ὡς μὴ πλέον τὴν δευτέραν | γυναικα  
 15 λαβεῖν ὧν ἐν τῶν ἐκ τοῦ προτέρου γάμου παιδι | ἄρμύζει μὲν.  
 Ἐπειδὴ δὲ καὶ χωρία περιελθεῖν εἰς τὸν [οἰκεῖον] πάτερά φησιν,

10 oder ἔχοντ[α] εὐροῖς καὶ ἀρπαγέντα τὰ τῆ] μητρὶ? (WENDLAND.)

11 wohl ἐπὶ δὲ πᾶσι τοῖς.

12 διενεγκόντα, lies διενέγκουσι (so zweifelnd

schon MASPERO), vgl. zu P. 67032 Z. 114 — τῷ λῶ[. . .]. Hier möchte ich lesen:

τὸν Λέοντος τοῦ τῆς θείας] λήξεως <νόμον>. Λέοντος rell. ist nach Nov. 22

c. 27, cf. auch Cod. 5, 9, 10 pr. so gut wie sicher. Daß das zitierte Gesetz, wie ich

zunächst dachte und mir WILCKEN brieflich vorschlägt, einfach als τὸ Λέοντος be-

zeichnet wird, wäre wohl ungewöhnlich. Daher ist wahrscheinlicher, daß der

Schreiber das Wort νόμον vor φυλάξαι ausließ. Immerhin wagte ich nicht den

Text des Herausgebers, zumal da der Anhalt einer Phototypie fehlt, zu korrigieren.

Z. 14 statt ἐν τῶν lies ἐν τῷ.

δωρεάν τῆς αὐτοῦ θείας γραψάσης, καὶ ταύτ[ην] | τοὺς ἐκ τοῦ δευ-  
 τέρου γάμου κρατεῖν δωρεάν εἰς αὐτοὺς, δευτέρου | [μ]ε[ν] αὐτοῖς  
 γενέσθαι παρασκευάσαντας, θεσπίζομεν τὴν ἐνδοξ(ότητα) τὴν σὴν  
 20 καὶ τὰ περὶ τούτου ζητῆσαι, καὶ εἰ οὕτως | ἔχοντα εὐροῖς, μὴ  
 προσχῆς δευτέραις δωρεαῖς ἐπὶ προ[άγμασιν] | ἐκπεποιημένους γρα-  
 φείσαις, [. . .]σου δὲ τῶν ἡμετέρων νόμων κύρια τὰ τοιαῦτα ποιούν-  
 των Chisma.

Ὁ νόμος οὕτως ἔχει ὁ Λέοντος· ὅσα κερδενεὺ ἤμελλεν ἢ προ-  
 τέρα γαμετή, τοῦ ἀνδρός πρὸ αὐτῆς τελευτῶντος, τ[ο]σάυ[τα] καὶ ἡ  
 δευτέρα γαμετή τοῦ ἀνδρός προ[ο]τ[ε]λεω[ν]τος[?].

Der Rechtsfall macht dem Verständnis keine Schwierigkeit. DIOSKOROS gibt an, sein Vater, also jener Protokomet Apollos, sei nach Lösung seiner ersten Ehe mit der Mutter des Petenten eine zweite Ehe eingegangen<sup>1</sup>. Was der ersten Frau zugestanden habe, habe er der zweiten Frau (wohl in der donatio ante nuptias) übertragen, und auch um sein eigenes Vermögen habe er die Kinder erster Ehe durch seine Verfügung von Todeswegen gebracht. Der Kaiser verfügt: wenn die Angaben des Klägers auf Wahrheit beruhten, soll das, was der Frau erster Ehe zugestanden habe, dem Petenten restituiert werden<sup>2</sup>; bezüglich des Eigenvermögens des schlimmen Vaters solle die Konstitution Leos (Cod. 5, 9, 6) Anwendung finden, nach welcher der parens binubus der zweiten Gattin nicht mehr als einem der Kinder erster Ehe zuzuwenden darf. — Außerdem hat der Petent angeführt, daß auf ihren Vater aus einer schriftlich errichteten Schenkung einer Tante Grundstücke übergegangen wären<sup>3</sup>, und auch dieses Geschenk hätten die Kinder zweiter Ehe für sich in Besitz genommen, indem sie sich eine zweite auf sie lautende Schenkung beschafften. Hier wird der Statthalter angewiesen, wenn dies wahr sei, die zweite Schenkung, die über schon einmal veräußerte Gegenstände stattgefunden habe, nicht als wirksam zu behandeln; der Statthalter soll hier auf die justinianischen Gesetze achten, welche die Schenkung als dauernd wirkende Veräußerung anerkennen (wohl Cod. 8, 53, 34. 36; Cod. 8, 55, 10).

21 Die Uniform [μνή]σου MASPEROS ist ganz unwahrscheinlich, andere Möglichkeiten (ἀντέχου?) können erst nach erneuter Einsicht des Originals erwogen werden (WENDLAND).

<sup>1</sup> Man bemerke die deutliche Wiedergabe des lateinischen ad secundas nuptias migrare oder transire oder venire (Cod. 5, 9, 3 pr. 6 pr. 8, 1).

<sup>2</sup> MASPERO bull. d'archéol. VII, 148 spricht wohl ohne Grund von einem Anwendungsfall von Nov. 98 c. 2.

<sup>3</sup> Man beachte περιελθεῖν statt transire. Zu den προάγμασιν ἐκπεποιημένοις vgl. Nov. 97, 5 (ed. SCHOELL, p. 474 Z. 22).

Dazu wird nun unter dem Reskript der Eingang des Gesetzes Leos angeführt, auf welches verwiesen wird. Auffälligerweise ist es ein Text, der mit dem Anfang des in Cod. 5, 9, 6 erhaltenen nicht übereinstimmt. Es heißt da: „soviel als die erste Gattin erwerben sollte bei Tod des vor ihr sterbenden Gatten, ebensoviel . . . auch die zweite Gattin . . . bei Erbfall durch Tod des vor ihr versterbenden parens binubus.“

Juristisch ist Fall und Entscheidung so einfach, daß MASPEROS Hypothese, hier hätten wir es mit Privatarbeiten zur Lösung juristischer Aufgaben zu tun, sehr wenig wahrscheinlich ist. Es fehlt auch hier jede feinere Problemstellung, jeder Versuch, mit tieferer juristischer Kenntnis zu prunken, der an eine private Übungsarbeit erinnern könnte. Vielmehr wird schlicht in augenscheinlicher Anpassung an einen durchaus lebenswahren Fall eine provisorische Entscheidung gegeben, wie sie zum Reskriptstil des 6. Jahrhunderts wie zu der Rechtsordnung des justinianischen Rechtes paßt. Hätte der Herausgeber hier nicht mit Bestimmtheit den Verdacht einer Fiktion ausgesprochen, wir würden diese Urkunde mit ihren deutlichen Latinismen<sup>1</sup> auch als eine Übersetzung eines für Zivilprozesse erhaltenen Kaiserreskripts JUSTINIANS auffassen. Die Bedenken des Herausgebers richten sich insbesondere gegen die Zeitfolge der aus den drei Urkunden P. Cairo 67024. 67027. 67028 sich ergebenden Ereignisse. Der Vater des Petenten soll seine Ehe mit der Mutter des Petenten geschieden haben und dann vor ihr gestorben sein. Da aber sogar noch bei dem Tode seiner Mutter der Petent in früher Jugend (*νέα ηλικία*, P. 67027 Z. 5) gewesen sei und nachher unter der Vormundschaft (*φροντίδα* P. 67027) seines Oheims von Mutterseite gewesen sei, ergebe sich ein Widerspruch gegenüber P. 67028. Denn die Kinder zweiter Ehe, welche nach dieser Urkunde sich eine zweite Schenkungsurkunde über die ihrem Vater zugewendeten Grundstücke verschafft hätten, müßten doch bei dem Tode des Vaters schon mindestens geschäftsfähig gewesen sein. — Aber ganz abgesehen davon, daß es mißlich ist, aus den wenig präzisen Referaten über solche Parteibehauptungen in zwei voneinander unabhängigen Prozessen widerstreitende Tatsachen abzulesen, liegen wohl die Schwierigkeiten, die MASPERO sucht, gar nicht vor. Man kann zunächst MASPEROS Auffassung des Falles unterstellen, ohne die Angaben in P. 67027 und 67028 in unlöslichen Widerspruch zu setzen. Denn das pflegeväterliche Verhältnis des Oheims zu dem Petenten wird ja nur *φροντίς* genannt, also war es — wenn überhaupt juristisch belangreich — wohl eine bloße cura. Damit wäre zu unterstellen, daß der Petent im Moment des Todes

<sup>1</sup> Vgl. oben S. 222, Anm. 1. Ferner das *μέν* am Satzende von Z. 15. Wahrscheinlich steckt ein quidem darunter: ne uxor secunda plus caperet quam quidem unicuique liberorum primi matrimonii competeret; der Satz ist Paraphrase von Cod. 5, 9, 1.

seiner Mutter weniger als 25 Jahre alt war, womit sich eine zum Erwerb durch Schenkung genügende Altersreife der Kinder zweiter Ehe vereinigen ließe. Und im übrigen steht die Ausmalung des Falles bei MASPERO auf keiner sicheren Grundlage. Daß die Mutter des Petenten von seinem Vater geschieden war, wird aus dem Wortlaut des zitierten Gesetzes Leos geschlossen: danach sei sicher ein Fall zu unterstellen, in dem der Gatte nach Eingehung der zweiten Ehe vor der Gattin erster Ehe stirbt. Das ist sehr bedenklich: wahrscheinlich sind doch einfach Anfangsworte des Gesetzes zitiert, nicht gerade der verfügende Teil mit dem Tatbestand des Gesetzes. Ferner ist es gar nicht sicher, daß der Oheim von Mutterseite jemals Vormund des Petenten war. Bei der blassen Wortbedeutung von *φρονις* kann ein bloßes Pflegeverhältnis gemeint sein, das Bedeutung gewann, weil der Vater die zweite Ehe einging. Dann hätte also der Vater des Petenten seine erste Frau vielleicht überlebt. Ob die erste Ehe durch Scheidung oder durch den Tod der Gattin gelöst wurde, steht dahin. Jedenfalls bestehen nicht die vom Herausgeber gesuchten Schwierigkeiten.

Was das zitierte Gesetz Leos betrifft, würde seine Anführung zunächst ganz gut zu dem Charakter des griechischen Textes, wie wir ihn auffassen, stimmen. Der ganze griechische Text ist auch hier eine Privatarbeit, die nur das für die Parteien Wesentliche ins Griechische übersetzen soll. Unter einer solchen Übersetzung könnte der Übersetzer eine genauere Verweisung auf das Gesetz Leos beigefügt haben, während natürlich im Reskriptsoriginal der Passus Z. 23 ff. sicherlich gar nicht stand. Im Sinne des reskribierenden Kaisers mußte ja durch die Inhaltsangabe l. 13—15 das Gesetz Leos deutlich genug bezeichnet sein. Aber wie kommt das Gesetz Leos hier zu einer solchen Wiedergabe? — Der dispositive Text, wie er in Cod. 5, 9, 6 vorliegt, und von JUSTINIAN mehrfach (Cod. 5, 9, 10; Nov. 22, 27) bezogen wird, ist hier in den Worten sicher nicht gemeint. Denn danach kommt für die zweite Frau niemals darauf etwas an, wieviel die Gattin erster Ehe aus einem Erbfall nach ihrem als zuerst versterbend gedachten Gatten erworben haben würde. Falsche Übersetzung kann auch nicht angenommen werden, denn dann müßte wenigstens der Text von Cod. 5, 9, 6 pr. durch die griechischen Worte hindurchschimmern. Auch an eine bloße ungeschickte Paraphrase des leonischen Gesetzes kann wegen der sachlichen Verschiedenheit nicht gedacht werden. Ich weiß nur *einen* Ausweg, der allerdings der byzantinischen Praxis ein gut Teil Unachtsamkeit gegen die Gebote ihres Kaisers zutrauen müßte: Justinian hatte ja ausdrücklich (Const. Cordi nobis 5) verboten, eine Kaiserkonstitution anders als mit dem Texte, wie ihn die *repetita praelectio* des Codex vom Jahre 534 gab, vor Gericht zu zitieren. In der Konstitution des Leo (Cod. 5, 9, 6 pr.) könnte aber im Anfang ein Satzgefüge

durch die Kompilatoren gestrichen sein, welches vor der neuen Verordnung deren Motive kurz darlegte. Dieser Eingang könnte sehr wohl gerade von dem normalen Falle ausgegangen sein, daß der sterbende Familienvater sein Weib und seine Kinder gleich bedenkt, und könnte dabei gesagt haben: ebenso wie die erste Frau neben ihren Kindern in normalen Verhältnissen bei testamentarischer Erbfolge einen Kindesanteil zu erhalten pflegt, ebenso sollte auch (oder: bekomme gewöhnlich nach Anordnung eines billig denkenden Erblassers) die zweite Frau billigerweise stets nur einen Kindesanteil neben den Kindern erster Ehe bekommen. Als Eingang zur Konstitution Leos wäre der Gedanke sehr wohl zu verstehen, und der Text der Konstitution, nicht ein Referat ist ja auch nach den Worten (*ὁ νόμος οὕτως ἔχει ὁ Λέωντος*) gegeben<sup>1</sup>; endlich ist die Zitierweise nach der Harenga damals bekannt. Trifft diese Deutung zu, dann belegt unsere Urkunde die Existenz griechischer Übersetzungen zu den späten lateinischen Konstitutionen. Die ägyptische Praxis, die im 6. Jahrhundert kein Latein mehr verstand, brauchte griechische Schlüssel zu den lateinischen Rechtsquellen.

Daß im Reskript hier Schlußklauseln wie die in P. 67026, P. 67024 völlig fehlen, kann nach unseren Darlegungen über die Bedeutung dieser Abschriften von der griechischen Übersetzung keinen Anstoß erregen (vgl. oben S. 204f.).

#### V. P. 67032.

Die wichtigste neue Urkunde für die Auffassung des Prozeßverlaufes im justinianischen Reskriptenprozeße ist heute dieser Vertrag, den im Juni 551 einige Ägypter aus Aphrodito mit ihren Sachwaltern (*executores negotii*) in Konstantinopel abschlossen. Da hier die treffliche Phototypie wenigstens für einen Teil des Papyrus (Z. 1—30) ein Eingehen auf die Grundlage der Textpublikation ermöglicht, gebe ich den Text in der Zeilenordnung der Publikation.

[Chrisma Ba]σιλ[είας τοῦ θ]ειοτά[του καὶ εὖσε]βεστάτου δεσπότην  
 ἡμῶν Φ[λαυτίου] | [Ἰου]στινιανοῦ τοῦ αἰωνίου Ἀγνούστου καὶ Ἀντο-  
 κράτορος | ἔτους εἰκοστοῦ πέμπτου, μετὰ τὴν ὑπατίαν Φ[λ](αυτίου)  
 Βασιλίου | τοῦ λαμπρο(στάτου) ἔτους δεκά[του], τῆ προὶ πέντε εἰδῶν  
 5 Ἰουλίου? | ἰνδ(ικτίονος) τεσσαρεσκαιδεκ[άτης], ἐν τῆ λαμπροῦ καὶ

4 δεκά[του] nach der Phototypie. MASPERO liest δεκ[ά]το[ς] — τῆ προὶ πέντε εἰδῶν Ἰουλίου? MASPERO. 5 τεσσαρεσκαιδεκ[άτης] lies τεσσαρεσκαιδεκ[άτης] — λαμπροῦ so nach Phototypie.

<sup>1</sup> Schon von MITTEIS, Zeitschr. d. Sav.-Stift. f. Rechtsgesch. 31, 397 betont. Partsch, Aus nachgelassenen Schriften.

[ἐν]δόξῳ Φλ(αυίου) Κ[ω]νστ[αν]τίνου | πόλει Ρώμῃ τάσδε τὰς [. . .] . .  
 συγγράφου[σιν ὁμ]ολογείας καὶ | συνθήκας [π]ρὸς ἀλλήλους [δ]ίχα  
 δόλον κα[ὶ] βίας καὶ [ἀπάτ]ης | καὶ ἀνάγκης καὶ πάσης περιγραφῆς,  
 ἐκούσῃ γνώμῃ κα[ὶ] | ἀνθαιρέτῳ προαι[έ]σει, ἐκ μὲν τοῦ ἐνὸς μέ-  
 10 ρ[ονος Διόσκορος] | Ἀπολλῶτος καὶ Καλλί[ν]ικος Βίκτορος καὶ Ἀπολ-  
 λῶς Ἰωάν[ου] | καὶ Κῦρος Βίκτορος διὰ Σεν[ο]ύθου Ἀπολλῶτος  
 πο[ι]ουμένου τῆ[ν] | χώραν αὐτοῦ ἀπόντος, ὁμώ[μ]ενοι ἅπαντες ἀπὸ  
 κόμης | [καλο]υμένης Ἀφροδιτ[ῶν] το[ῦ] Ἀν[ταιο]π[ολεῖ]του ν[ομο]ῦ  
 τῆς Θηβαίων | ἐπ[α]ρχεί[ας], ἐκ [δὲ] τοῦ ἑτέρου μέρους Φλ(αυῖος Π[αλ]-  
 15 λάδιος ὁ λαμπρο[τάτος] | κόμης τοῦ θ[ε]ίου κωνιστωρίου, υἱὸς  
 Ἰωάν[ου] τοῦ τῆς μακαρίας (?) | μνήμης καὶ Ἐπίγονο[ς] ὁ λαμ-  
 πρό[τατος] κ[ό]μης, ἀμφό[τεροι . . .] | ὁμώμενοι ἐκ κῆς Λεοντι . . .  
 π[ό]λεως τ[ῆς] μεγάλης, | Καππαδοκῶν ἐπ[α]ρχείας, . . . . .  
 [κατὰ] ταύ[την] τὴν βασιλείδ[α] π[ό]λιν . . . . . [ἐπὶ] τοῖς  
 20 ἐξ[ῆς] | δηλούμενοι συμφώνοις· κατάλαβόντες ἐντανθα ἐπὶ ταύτης |  
 τῆς βασιλευούσης ἡμεῖς οἱ προγεγραμμένοι, Διόσκορος καὶ | Ἀπολ-  
 λῶς καὶ Καλλίνικος καὶ Κῦρος δι' ἐμ[ο]ῦ Σενούθου ποιου[μ]ένου |  
 τὴν χώραν αὐτοῦ, θείαν ἐπορωάμεθα κέλευσιν κατὰ τῶν | ἀντιδι-  
 25 κων ἡμῶν τὸν περὶ Ἡρακλεῖον Ψαῖῶτος καὶ λοιπῶν | ἀπὸ τῆς  
 ἡμετέρας κόμης, ἔτι μὴν καὶ καθ' οἰονδήποτε | προσώπου ἀπο-  
 δεικνυμένου ἀκολούθως τῇ θείᾳ ὑμῶν (sic!) | [κε]λεύσει καὶ δεη-  
 θ[έντε] κατὰ <τὸν> νόμον πράκτ[ο]ρος ἐκβιβαστοῦ | [τοῦ] π[ρά]γματος

6 [. . .] . . Nach den Spuren dachte ich an [ἐξ]ῆς, woran aber WILCKEN zweifelt.  
 9 MASPERO προαι[έ]σει ἐκ. 16 ἀμφό[τεροι] μὲν . . . MASPERO. Aber es folgt  
 kein δέ. 18 MASPERO Λεοντι . . . . . πόλεως τ[ῆς] . . . . . | Καππαδοκῶν  
 (zur Form Καππαδόκαι verweist WENDLAND auf USENER, Der hl. Theodosios,  
 S. 116). Der obige Ergänzungsversuch geht von der Beobachtung aus, daß auch  
 in Nov. 30 (περὶ τοῦ ἀνθοπάτου Καππαδοκίας) Καππαδόκαι, Καππαδοκία stets  
 ohne Artikel steht. 19 βασιλείδ[α] π[ό]λιν MASPERO. Daß dies der korrekte  
 Text ist, ist ja sicher. Aber steht nicht π[ό]λιν da? | nach π[ό]λιν liest MASPERO  
 καὶ . . . . . του . . . . . ἀλλ . . . . . ταξ[ί] . . . Ich lese zweifelnd πο[ι]ου τοῦ Ἰλ[λ]υ[ρι]κ[ο]ῦ,  
 also etwa praefectus<sup>(ae)</sup> Illyrici. Aber WILCKEN teilt mir brieflich sein Bedenken  
 dagegen mit, in der arg verwischten Zeile nach πρὸ überhaupt noch etwas zu lesen.  
 19/20 Lesung nach ähnlichen Stellen, z. B. P. Straßburg 40, 13, sicher. 20 Über  
 intransitives κταλαβεῖν „ankommen“ vgl. USENER, a. a. O., S. 138 u. NUTH, a. a. O.,  
 S. 46. 22 ποιουνο MASPERO, aber μ[ε] steht wohl über der Zeile. — δι ἐμ[ο]ῦ  
 MASPERO. 23 κατὰ MASPERO. 24 τον lies τῶν (WILCKEN). 26 ὑμῶν  
 (sic) WILCKEN. 27 [κε]λεύσει MASPERO. — πρᾶ . . . τρος MASPERO. κ steigt  
 zu τ hinauf über die Zeile. τ ist nicht eingefügt, sondern steht nur im Duktus  
 hoch. WILCKEN äußert sich allerdings zurückhaltend zu πράκτ[ο]ρος.

παρακ[λήσ]εις προσηγενέχ[α]μ[εν] τῆ [ύμῶν] | λαμπρότητι ἐπὶ Ἰουνίου  
 30 μνηρὸς τῆς ἀρτίως τεσσα[ρ]εισκαυδεκάτης | ἐπιμεμήσεως, κατ' Αἰγυπ-  
 τίους δὲ πεντεκαυδ[εκάτης] | ὥστε αὐτὴν σὺν Θεῷ παραγεινομένην  
 τῆ Θη[βαίων χώρᾳ] | λαβεῖν τὴν εἰρημένην θείαν κέλευσιν ἦτοι τ[ὸ  
 πορισθὲν (?)] | παρ' ἡμῶν θεῖον ὑπομνηστικόν, καὶ ἐμφανίσασθαι τοῖς |  
 35 καὶ ἔπειξιν καὶ ἀγρυσνιάν καὶ ἐκβιβ[ασ]μὸν θε[σθαί (?)] τῷ | ἡμε-  
 τέρω πράγματι, ἕως οὗ πέρατι παραδο[θήσεται ἢ] δίκη | προδ[ς]  
 πᾶσα[ν] ἀπαλλαγῆν α[ὐ]τοῦ . . . . . μι τῆς αὐτῆς | θείας κελεύ-  
 40 σεως, καὶ π[αρ]έξαι παρὰ τὸ δικαστήριον ὑπὸ ἐγγρά[ς] | ἀσφαλεῖς  
 οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ πάντα τὰ ἀποδεικνύμενα πρόσωπα | κατὰ τὴν δύ-  
 ναμιν τοῦ εἰρημένου τύπου καὶ ἐκβιβ[άσ]αι | ἄχρει πέρατος δίκης·  
 ἡμῶν μέντοι διδομένων τὰ ἐμφ[α]ριστικ[ά] | καὶ τὰ ἀναλώματα τῆς  
 τάξεως, καὶ ἀπολαμβανόντων τὸ τέταρτον | μέρος πάντων τῶν ἐνα-  
 45 γομένων προσώπων σπορ[τ]ούλ[ων], | τοῦ δὲ ἄλλον ἡμίσεως τετάρ-  
 του μέρους τῶν αὐτῶν σ[πορ]τούλων? | στελλομένου τῆ ὑμετέρα  
 λαμπρότητι· τῶν δὲ σ[ . . . . . ] | ἐκ τῆς δίκης ἢ προδ[ς] δίκης  
 ἕξεστι ἡμῖν λαβεῖν εἰ[ς] λόγ[ον] . . . . . | ὑπὲρ ζημιωμάτων ἡμῶν  
 καὶ αὐτῶν τὸ ἡμ[ι]σ[υ]ν τέτα[ρ]τον | μέρος καὶ τῆ ὑμετέρα λαμπρό-  
 50 τητι τὸ ἄλλο τέταρτον, [ὥ]στε εἶ[ναι] | τοῦτο ὑπὲρ τε σκυλμοῦ καὶ  
 κόπου καὶ ἀναλωμάτ[ων] αὐτῆς | ἦτοι καὶ τῶν προσηκόντων αὐτῇ  
 παιδαριῶν. καὶ μὴ δύνασθαι | αὐτὴν ἐν οὐδενεὶ ἀμφιβάλλειν ἢ  
 παραβῆναι τὰ προκειμένα | σύμφωνα, ἀλλ' εἰς πέρασ ἄξει ἐδλόγως  
 καὶ σπουδαίως καὶ δικ[α]ίω[ς] | κατὰ πάντα ἐντρανῆ τρόπον, δίχα  
 55 οἰασθήποτε προδοσία[ς] | καὶ ῥαδιουργίας καὶ ὑπερθέσεως καὶ ἀνα-  
 βολῆς καὶ μετεωρισμοῦ | καὶ χλεύης· ἐτοιμῶς ἔχοντες καὶ ἡμεῖς

30 πεντεκαυδ[εκάτης] MASPERO. Aber war das Wort wirklich ausgeschrieben, nicht abgekürzt: πεντεκαυδ<sup>εκ</sup>—? cf. Phototypie pl. XXIII. 31 Θη[βαίων χώρᾳ] WILCKEN. 32 [πορισθὲν] WENDLAND, [φυλαχθὲν] WILCKEN. 34 nach 54 wäre ἐντρανιαν möglich WENDL. 36 erg. v. WILCKEN. 40 ἐκβιβ[άσ]αι WILCKEN. 41 ἄχρει — ἐμφ[α]ριστικ[ά] lecture presque certaine, MASPERO. 44 MITTEIS: πάντων (τῶν) τῶν. 45 στελλομένου MASPERO, WILCKEN [δια] στελλομένου — σ[. . .] MASPERO: le σ initial du dernier mot est très douteux — σ[πορ]τούλων? — Nein, σ ist sicher bedenkliche Lesung. Erwartet wird ein Verbum des Schuldens oder Zahlens: δ[οθησομένων] oder δ[φειλομένων]. MITTEIS a. O. meint ἐ[κβησομένων]. 46 vielleicht εἰ[ς] λόγ[ον] κέρδους. 51 οὐδενεὶ lies οὐδενί. 53 ἐντρανη ist ganz richtig (BELL ἐνδρανή) WENDLAND. 54 μετεωρισμοῦ[δ] lies μετεωρισμοῦ.

ὑπὸ λόγον προσεδρεῦσ[αι] | τοῦ ἐνδοξοτάτου στρατηλάτο(υ) τῆς  
 χώρας καὶ τοῦ ἄ[ρχοντος ἐκάστ]ον, | ὃν ἂν προλήμψεται ἡμῖν ἀπ'  
 αὐτῶν ἢ ὑμετέρ[α] λαμ[πρότης], | ἕως ὅτε εἰς πέρας ἀχθῆ ἢ τοῦ καθ'  
 60 ἡ[μᾶ]ς πράγατο[ς δίκη, | ἀμ]έμπτως καὶ ἀκαταγνώστως κα. εἰ  
 δ ἐκβιβ[ασμὸν] | ποιήσασθαι, καὶ ἐκδοῦναι τοῖς ἐναγομένοις [προ-  
 σῶποις?] | ἐτοίμως ἔχομεν κινδύνῳ ἡμῶν καὶ πόρῳ πα[. . . . . |  
 καὶ δίκας λέγειν. Ἐγὼ τε ὁ προλεχθεις λαμπρότατος Π[αλλάδιος] |  
 ἀνθομολογῶ ἐτοίμως ἔχειν ἐμμεῖναι τοῖς προδιορεσθένεσι μοι παρ'  
 [ὑμῶ]ν | συμφώνοις καὶ ὁμολογήμασιν, καὶ στέρξα[ι πάντα καὶ εἰς  
 65 πέρας | [ἄ]ξαι καθ' οἰονδήποτε προμνημ[ον]ενθέντα παρ' ἡμῶν |  
 τρόπον δε . . . . . πρ. β . . . . αι ἐν τα[ύταις] ταῖ[ς] δυσι |  
 ὁμολογίαις κ[αὶ] μὴ ἐν οὐδενεὶ παρ[α]βῆναι . . . . . ταῦτα |  
 κα[τ]ὰ [τ]ὴν δύναμιν τῆς πορεισθ[εῖς]η[ς] ὑμῖν θείας κελεύ[σεως], |  
 70 ἀλλὰ μᾶλλον ἐκβιβάσα[ι πάντα] τοὺς [ὑμ]ετέρο[υ]ς [ἀν]τιδίκους | τοὺς  
 ἐντεταγμένους καὶ ἀποδεικνυμένους ἐπὶ παντὶ κεφαλαί[ω?] | ἀνή-  
 κοντι ὑμῖν καθ' αὐτῶν [μ]έχει τῆς περαιώσεως τοῦ ὑμετέρο[υ] |  
 πράγατος, καὶ πρόσεπι τούτοις πρὸς σαφεστέραν καὶ ὀχυρ[ο]τέραν |  
 ἀσφάλειαν ἐπωμνύμεθα ἀλλήλοις, ἐγὼ μὲν ὑμῖν, ὑμῖν εἰς δὲ ἐμοί, |  
 τὸν θεῖον καὶ σεβάσιμον ὄρον. τὴν δὲ ἀγία[ν] καὶ ὁ[μοούσιον] |  
 75 Τριάδα καὶ τὴν νίκην καὶ τὴν διαμονή[ν] το[ῦ] κ[α]λλι[νίκου] |  
 ἡμῶν δεσπότητο Φλ[αυίου] Ἰουστινιαν[ου] τοῦ αἰῶ[νίου] Ἀγνούστου |  
 καὶ Α[ὐτοκράτο]ρ[ος] . . . . . ἐμμενεῖ[ν] τοῖς ὁ[μολογη]θεῖσιν |  
 (sic!) | παρ' ἡμῶν ἀμφοτέρων ἐν ταύταις ταῖς ἰσοτόποις δυ[σ]ί |  
 80 ὁμολογίαις. Εἰ δὲ μὴ τοῦτο ποιήσομεν, παρέξει τὸ μὴ | ἐμμένον  
 μέρος τῶ ἐμμένοντι χρυσίου λίτρας δύο ἔργω | καὶ δυνάμει ἀπαι-  
 τουμένας, καὶ ἄκον ἐμμενεῖν πᾶσιν | τοῖς προγεγραμμένοις συμφώ-  
 νοις. Καὶ ἐπὶ τούτοις ἅπασιν | ἐπερωτηθέντες παρ' ἀλλήλων καὶ  
 ἀλλήλους ἐπερωτήσαντες ταῦθ' | οὕτως ἔχειν δώσει[ν] [σ]οιεῖν φ[υ]-  
 85 λάττειν εἰς [πέρα]ς ἄξαι | ὁμολογήσαμεν. Προσομο[λο]γῶ δὲ ἐγὼ  
 Παλλάδιος μονο[μ]ερῶς | ἐ[τ]ο[ι]μ[ω]ς ἔχειν ἐνε[ργ]εῖν ὑμ[ῶ]ν ἐρχομέ-  
 ν[οις] σ[υ]ν Θεῶ ἐν ταύταις | [. ]ν Θηβαῖδι τὸ θεῖο[ν] ὑπομ[η]-

56 MASPERO καὶ τοῦ ἄ[. . . . .]ῶ. 59/60 Der Text, soweit hier von ἐκβι-  
 βασμός die Rede ist, ist unklar. 66 δε kann nicht sichtig sein, da τρόπον den  
 Schluß des vorigen Satzgliedes bildet, im folgenden zu ergänzen παρ[ο]σεδρεῦσ[αι]?  
 WENDLAND. 71 [μ]έχει, lies μέχει. 72 πρόσεπι WILCKEN. 74 δε lies  
 τε WILCKEN. 86 Restitution von WILCKEN. 88 ε[ ]ν Θηβαῖδι ist nach  
 MASPERO ausgeschlossen, da der erste Buchstabe eine Spur unter der Zeile ließ,

στ[ικλόν] τ[ὸ προαγ]ορευθ[έν] μοι | κ[αί] φυλαχθ[έν] . . . παρ' ὑμῶν  
 . . . . . | . . . . .  
 90 . . . . . | . . . . .  
 . . . . . | τῆς διαστροφῆς καὶ ζημίας τῆς  
 ἀνηχθείσης τοῖ[ς] . . . . . | πράγμασιν τυγχάνουσιν ἐν τῆδε τῇ παν-  
 εὔδαιμον π[όλ]ει | ἔτι μὴν ὥστε τὸ προνόμιον τοῦ ἀδοποράκτου  
 σχήματος | τῆς ὑμετέρας ὑπαρχθῆναι κώμης β[ε]βαιῶ ὑπὲρ δύο |  
 95 ἢ καὶ πλεόν τριῶν νομισματίων παρᾶσχεθισομένων μο[ι] | παρ'  
 ὑμῶν τῶν προαφηγηθέντων καὶ κἀταφανές ποιησα[μ]έ[ρων] |  
 [. . .]ους ἐπὶ τοῦ ἐνδοξ[οτάτου] δοῦκος, καὶ ἀπολήμφομαι τρίτον  
 μέρος[ς] | τῶν ὑπὲρ τούτων ἀννομένων, τα δε . . . . . ὑσ . . . . .  
 . . . . . σαι τα | . . ε . η του . . π . κ . . . . δωσω (?) [χ]ρυσσοῦς  
 100 τριάκο[ν]τα ἑ[ξ] [καί] ἐν[ο]χ[ος] εἶην | [τῶ] θείῳ ὄρκῳ καὶ [τ]ῷ  
 ὑπὲρ το[ύ]τ[ου] ἐπ[η]ρησθέντῳ κ[αί] ν[ο]μ[ο]φ[ι]λ[ί]ῳ. Ἡ | ὁμολογία κυρία  
 καὶ βεβαία συντεθεῖσα πρὸς του . . . . . | πρὸς ἅπασιν παν-  
 ταχοῦ προφερομένη· ἐρωτηθ[εῖς] | ὁμολόγησα καὶ ὑπογράψας  
 χειρὶ ἐμῇ ἀπέλυσα † | Chrisma Φλ[α]ύιος Παλλάδιος κόμ[η]ς ὁ  
 105 προγεγραμμένος ἐθέμην ταύτην τὴν ὁμολο[γί]αν ἐπὶ πασην τοῖς  
 προ[γε]γραμμένοις συμφώνοις καὶ . ρε . . . . . | ὑπέγραψα  
 χειρὶ ἐμῇ ††† Chrisma Φλ[α]ύιος Φοιβάμμων Ἀθανασίου ἀπὸ .  
 [. . . . .] | τῆς Θηβαίων χώρας μαρτυρῶ [τῆ]δε τῇ ὁμολογίᾳ  
 ἀκούσας παρὰ τοῦ | θεμένου Chrisma † Φ[λ]αύιος Ἰωάννης[ς]  
 Θε[ο]δ[ω]ρ[ο]ῦ ἀπὸ τῆς Λύκων [πό]λεως τῆς | [Θηβαίων χώρας],  
 μαρτυρῶ [τῆ]δε τῇ ὁμολογίᾳ ἀκούσα[ς] παρὰ [το]ῦ θεμένο[υ]  
 110 Φλ[α]ύιος . ὠρ . . ογιοις Θεοδοσ[ί]ον ε . . πρ . . . . . |  
 [τ]ακτομίσθων ἐπὶ τῆς προσης του τα . . . . . μαρτυρον (sic)  
 τη . . | ὁμολογίᾳ ἀκούσας παρὰ τοῦ θεμένου † Φλ[α]ύιος Θεοδῶ-  
 ρος νοτάριος, | τὴν χρεῖαν ἐκτελών ἅπασιν τοῖς ενδεεις(?) καὶ τὸ

„comme la queue d'un τ“. — προαγ]ορευθ[έν] WILCKEN. 89/90 müssen nach  
 MASPERO absichtlich ausgelöscht worden sein. 91 ἀνηχθείσης WILCKEN. ἀνα-  
 χθείσης oder ἀνενεχθείσης kann gemeint sein (WENDLAND). 94 βεβαιῶ, mög-  
 lich auch Lesung βεβαιοῦς, aber wenig wahrscheinlich, MASPERO. 97 [ὄρκ]ους?  
 WILCKEN. Dagegen mit Recht MASPERO. 99 [καί] ἐν[ο]χ[ος] εἶην, Maspero:  
 . . . εν . . . . . 100 κ[αί] ν[ο]μ[ο]φ[ι]λ[ί]ῳ. Ἡ | ὁμολογία, MASPERO: κ[αί] ν[ο]μ[ο]φ[ι]λ[ί]ῳ | ὁμολογία.  
 105 πασην lies πᾶσιν. 113 ἐνδεεις, lecture douteuse, pour ενδεεσι. Ist ἐνδεεῖς  
 richtig, so ist es ebenso zu beurteilen wie P. 67028 Z. 3. 12 der ebenfalls statt  
 des Dativs fälschlich gesetzte Nominativ διενεργόντα. Man konnte die Formen  
 nicht mehr bilden, half sich oft mit Analogiebildungen wie ἀρχόντοις (WEND-  
 LAND).

καθεισµ[α] | ποι[ού]μενος ἐν τῇ ἀγιωτάτῃ μεγάλῃ ἐκκλησίᾳ ταύτης |  
 [τῆς βα]σιλευίδος πόλεως μαρτυρῶ τῆδε τῇ [ἀσφ]αλείᾳ | τῇ ἐκτε-  
 θείῃ π[αρά] Διοσκόρο[v] καὶ Καλλινίκου καὶ | Κύρου διὰ Σέ-  
 νο[ύ]θου[v], καὶ [Ἀπολλ]ῶτος, εἰς Παλλάδιον | τὸν . . . . . ἐν . . .  
 . . . . . | . . . . .

Also im Juni 551, in der alma et illustris Roma urbs des Flavius Constantinus schließen drei Leute aus Aphrodito, der eine vertreten durch einen vierten, einen Vertrag mit zwei Männern senatorischen Standes (viri clarissimi), Fl. Palladios und Epigonos, beide comites sacri consistorii. Im Texte des Vertrages ist zunächst die Veranlassung (Z. 20—30) zum Vertragsschlusse und der Vertragsantrag der Kläger (Z. 30—42) berichtet: die drei Leute haben eine sacra iussio, also ein Reskript<sup>1</sup>), gegen einige Prozeßgegner, die sie mit Klage verfolgen wollen, erwirkt. „Herakleios Sohn des Psaius und andere aus unserem Dorfe“ werden dabei als Gegner genannt, aber auch andere Personen, die sachlich von dem Reskript mitbetroffen werden, sollen verklagt werden. Um den Prozeß auf der Grundlage des Reskriptes führen zu können, brauchen die Kläger aber „nach Gesetz“ einen exactor als exsecutor negotii, und sie haben daher an die beiden konstantinopler Senatoren im Monat Juni den Antrag gerichtet, daß einer von den beiden offenbar assoziierten comites als Sachwalter mit dem erhaltenen kaiserlichen Reskript bzw. mit der zur conventio bestimmten Ausfertigung desselben nach der Thebaïs reisen und es dort bei den lokalen Gerichten, d. h. also vor allem bei dem dux et Augustalis Thebaïdis insinuierten und dann mit allem Eifer über die weitere Durchführung der Reskriptenklage bis zum Urteil wachen solle; der Sachwalter soll die beklagten Personen vor Gericht laden und sich von ihnen die Gestellungsbürgschaften geben lassen, die der Beklagte nach der Ladung dem exsecutor des Klägers zu stellen hat, und auch hier wird wieder darauf hingewiesen, daß nicht nur die im Reskript genannten Personen als Beklagte in Betracht kommen, sondern auch die nach der sachlichen Tragweite der im Reskripte gegebenen forma jurisdictionis betroffenen Personen; bis zum Ende des Prozesses sollte der exsecutor seine Geschäfte wahrnehmen. Im Zusammenhang mit dieser exsecutio negotii werden (Z. 42—63) die gegenseitigen Vertragspflichten der Kläger und des exsecutor aufgeführt. Die Kläger sollen Auslagenvorschuß für die Insinuationsgebühren und die „Kosten des Offiziums“, also der Statthalterei, leisten, sie sollten ein Viertel der von den Beklagten gezahlten Sporteln erhalten, während Dreiviertel dem exsecutor davon zustehen. Von den Zahlungen, die auf Grund des Prozesses oder ohne

<sup>1</sup> Nov. 113 c. 1 gibt eine Aufzählung der Arten von Reskripten.

daß es zum Prozesse kommt (*πρὸ δίκης*) gemacht werden, sollen die Kläger nur Dreiviertel als Ersatz für ihren Schaden empfangen, der exsecutor dagegen das andere Viertel für allgemeine Unkosten (*σπυλμός*<sup>1</sup> und *κόπος*) sowie für Verwendungen, die er selbst und seine unfreien Angestellten (*παιδάκια*) machen. Der exsecutor soll die exsecutio treu besorgen; aber auch die Kläger sollen stets bereit sein, vor das Tribunal des Provinzialstatthalters zu treten bzw. vor jeden Beamten, vor dem der exsecutor ein prozessuales Auftreten für dienlich hält; bei dieser allgemeinen Verpflichtung zur ehrlichen Durchführung des Prozesses wird den Klägern noch besonders (Z. 61) die Pflicht zum *ἐκδοῦναι τοῖς ἐναγομένοις* [.....] auferlegt, sowie zum Auftreten in der mündlichen Verhandlung (*δίκας λέγειν*). Diese Verpflichtungen werden unter detaillierter Hervorhebung der einzelnen Pflichten nunmehr beiderseits unter Stipulation, Eid bei der Dreieinigkeit und beim Kaiser und Konventionalstrafe von zwei Pfund Gold gestellt. Palladios (Z. 86ff.) übernimmt noch persönlich die Verpflichtung, das Reskript in die Thebais zu bringen. Er soll auch vor dem officium des Statthalters der Thebais die Tatsache erhärten, daß wirklich das Privileg der Autopragie dem Dorf Aphrodito verliehen worden sei, und dafür soll er drei oder sogar vier solidi von den Klägern erhalten, und wenn für diesen Streitpunkt die Kläger einen Prozeßgewinn erzielen, soll der exsecutor ein Drittel davon erhalten. Auch diese besondere Zusage wird mit Stipulation, Eid und Konventionalstrafe bekräftigt. Palladios, drei Zeugen und der Notar unterschreiben<sup>2</sup>. Eine Unterschrift der drei Kläger fehlt. Sie mag sich nur auf dem gleichlautenden, in der konstantinopolitanischen Kanzlei zurückgebliebenen Exemplar<sup>3</sup> gefunden haben. Unsere Urkunde ist wahrscheinlich diejenige, welche die Kläger mit nach Ägypten nahmen, und die mit den Papieren des Dioskoros, Sohn des Apollon, uns erhalten ist. Wie sich die ganze Urkunde in die sonst bekannten Vorgänge, die um dieselbe Zeit im Dorfe Aphrodito spielten, einfügt, ist schon oben kurz besprochen worden (S. 208f.).

Die Urkunde ist von hoher Bedeutung für die rechtliche und sittengeschichtliche Erfassung des justinianischen Anwaltsstandes wie für unsere Anschauungen vom justinianischen Prozesse.

Zunächst die *ἐκβιβασταί*, die exsecutores. Für sie wird die bisherige Anschauung, wie BETHMANN-HOLLWEG<sup>4</sup> sie formulierte, bestätigt. Der *ἐκβιβασμός*, die exsecutio, ist nicht eine besondere Amtstätigkeit eines besonders dazu bestimmten Beamten, sondern eine Funk-

<sup>1</sup> *σπυλμός* geht wesentlich auf die Reisekosten. Denn *σπύλλεσθαι* ist in dieser Zeit fest als „sich wohin bemühen, reisen“ (NUTH, a. a. O., S. 45) WENDL.

<sup>2</sup> Vgl. dazu die Vorschriften von Nov. 73 c. 2. 5.

<sup>3</sup> Z. 68—79 sprechen von zwei gleichlautenden Verträgen.

<sup>4</sup> Der gemeine Zivilprozeß 3, 157. Vgl. BARON, Abhandl. aus d. röm. Zivilprozesse III 189ff.

tion, mit welcher die klagende oder Vollstreckung führende Partei eine Amtsperson betraut. Meist treten in den Rechtsquellen die Offizialen der großen Reichsbeamten als solche beauftragte *executores negotii* auf, die *apparitores* oder *adiutores des officium des magister officiorum* (*magistriani*)<sup>1</sup>, die Offizialen der *praefecti praetorio* (*ἐπαρχικοί, praefectiani*)<sup>2</sup>, wie die Offizialen der *Vicarii* und der Statthalter der einzelnen Provinzen<sup>3</sup>). In unserem Falle handelt es sich um Leute senatorischen Standes (*viri clarissimi*), Angehörige des kaiserlichen consistorium, *comites sacri consistorii*<sup>4</sup>). Wie der Mitredaktor der justinianischen Institutionen, der antecessor Theophilos<sup>5</sup> sind auch diese *comites s. consistorii* wohl Anwälte im Barreau eines der großen konstantinopolitanen Gerichtsbeamten. Nach den Spuren vermutete ich *togati*<sup>6</sup>) *tribunalium κατὰ ταύτην τὴν βασιλίδα πόλιν πραιφεκτοῦρας τοῦ Ἰλλυρικοῦ*, also Advokaten der Gerichte der *praefectura Illyrici* in der Hauptstadt. Jedenfalls handelt es sich, auch wenn diese auf sichere Lesung nicht zu stützende Vermutung irrtümlich sein sollte, um Advokaten<sup>7</sup>). Nur so ist m. E. zu erklären, daß Palladios und Epigonos als gemeinsame Kontrahenten auftreten, während nur Palladios selbst die Reise in die Thebaïs machen soll. Das weist deutlich darauf hin, daß diese beiden Kappadoker zusammen eine Anwaltskanzlei haben. Nur dadurch ist es wohl ferner zu erklären, daß sie *executores* werden, auch ohne sich als Offizialen eines der großen Offizien bezeichnen zu können. Daß auch die *togati*, die manchmal im Gegensatz zu den *executores* genannt werden<sup>8</sup>, solche Mandate als *executores* erhielten, konnte schon aus der Nachbarschaft geschlossen werden, in welcher der Titel *de executoribus et exactoribus* in *Cod. Just. 12, 60* mit dem Titel *de lucris advocatorum etc. (12, 61)* auftritt.

Durch unsere Urkunde wird unsere Anschauung über das Verhältnis des *advocatus* zum *executor* im byzantinischen Recht Justinians sicherer. Bisher ist in unseren Darstellungen der *executor* in dieser Funktion des Sachwalters ganz zu kurz gekommen. Bezeichnend ist, daß Pauly-Wissowas Realenzyklopädie den Begriff *executor* gar nicht einmal kennt. Es ist eben vielfach üblich geworden, in dem *executor* stets einen Gerichtsdieners, *viator*, zu sehen<sup>9</sup>). Da rückt unsere Urkunde

<sup>1</sup> Nov. 124 c. 3. Cod. 12, 60, 1.      <sup>2</sup> Nov. 124, 3.      <sup>3</sup> Cod. 12, 21, 8 pr.

<sup>4</sup> Über diese *comites consistoriani* vgl. HAUBOLD, *opuscula academica* I 273 ss. MOMMSEN, (*Ostgot. Stud.*) *Neues Arch. d. Gesellsch. f. ältere dt. Geschichtskunde* XIV, 481. SEECK art. *comites*, PAULY-WISSOWA, *Realenzyklopädie*, IV 644 ff.

<sup>5</sup> *Const. Summa* § 2. *Const. Cordi nobis* § 2, vgl. *Cod. Just. 2, 7, 20*.

<sup>6</sup> Zu *Togatus* als Titel vgl. *Cod. Just. 2, 7, 26, 2: nuncupationem togati . . .*

<sup>7</sup> So schon MITTEIS a. O.      <sup>8</sup> *Cod. 2, 7, 6. Cod. 3, 1. 13, 9. Cod. 3, 2, 3 pr.*

<sup>9</sup> Vgl. die Darstellungen des justinianischen Ladungsrechtes im Zivilprozesse. Justinian gab allerdings selbst den Anlaß zu dem Mißverständnis, indem er den *executor* des gewöhnlichen Zivilprozesses als *viator* bezeichnete, *Inst. 4, 6, 24*.

die Funktion des *executor negotii* in ein helleres Licht. Wir treffen hier in der spätrömischen Rechtsordnung eine ganz ähnliche Erscheinung, wie das moderne England und das moderne Frankreich sie noch heute in dem Rechtsleben bewahrt haben mit ihrer Unterscheidung von *barrister* und *solicitor*, von *avocat* und *avoué*. Im Byzanz Justinians gibt es *Barreaus* (*consortia*) der *advocati*, *togati*, der Leute, die als beredete Fürsprecher (*disertissimi advocati*) für die Partei bei der Darlegung der Parteianträge und bei dem Beweisverfahren in der mündlichen Verhandlung, reden. Das ist so bekannt, daß hierfür auf die geläufigen Darstellungen verwiesen werden kann<sup>1</sup>). Aber neben dem Plädoyer kommt die Vertretung der Partei in der Prozeßeinleitung und in der Erledigung der prozessualen Geschäfte in Betracht. Das tun die *executores*. Nach den justinianischen Konstitutionen laden sie im ordentlichen Prozesse durch *conventio libellis* wie im Reskriptsprozesse den Beklagten<sup>2</sup>, nehmen die Gestellungsbürgschaften von ihnen entgegen<sup>3</sup>, lassen sich andererseits von dem Kläger dessen Persistenz bis zur Litiskontestation garantieren<sup>4</sup>, laden dann Zeugen zur mündlichen Verhandlung<sup>5</sup>. Unsere Urkunde läßt erkennen, daß der *executor* während des Prozesses die Gerichtsbeamten bestimmt, an welche sich die Partei als zuständig wenden soll<sup>6</sup>. Endlich müssen die *executores* in der Vollstreckung ihre Rolle gespielt haben, die noch näherer Klarstellung bedürftig ist. Jedenfalls daher kommt ihr doppelter Name: *exactor et executor*<sup>7</sup>, *exactor* griechisch *πράκτωρ*, *executor* *ἐκβιβαστής*<sup>8</sup>. *Exsecutor negotii* heißt der Sachwalter oft entsprechend dem *ἐκβιβαστής τοῦ πράγματος* unserer Urkunde<sup>9</sup>. Diese Tätigkeit des *executor* wird nicht von den Angehörigen eines bestimmten Berufes wahrgenommen. Sie wird meist als Funktion der Offizialen geschildert. Aber unsere Urkunde spricht wohl dafür, daß auch *togati*, Advokaten für einen Prozeß zu *executores* ernannt werden konnten. Es ist nicht anders im heutigen England, wo auch der *solicitor* einer Partei von dieser auch einmal zu *barrister*-Funktionen ermächtigt werden darf, oder wie heute in Frankreich, wo besonders in der provinziellen Praxis mancher *avoué* eines kleineren Gerichtes zugleich auch plaidiert. Die Schärfe, mit der da-

<sup>1</sup> BETHMANN-HOLLWEG, Gem. Zivilprozeß 3, 161 ff. KUBITSCHKE art. *advocatus* in PAULY-WISSOWA.

<sup>2</sup> Ordentlicher Prozeß: Inst. 4, 6, 24, 25. Nov. 53 c. 3, 2. Nov. 79 pr. c. 3. Nov. 96 c. 1. Nov. 112 c. 2. Nov. 123 c. 8. Nov. 123 c. 27, 28. Reskriptenverfahren: Cod. 3, 2, 4 pr. Interpolation im Cod. 7, 39, 3, 1 a. E.

<sup>3</sup> Cod. 3, 2, 4. Nov. 53 c. 3, 2. <sup>4</sup> Nov. 96 c. 1. <sup>5</sup> Cod. 4, 20, 19, 2.

<sup>6</sup> Z. 56 ff. <sup>7</sup> Rubr. Cod. 12, 60.

<sup>8</sup> So Corpus gloss. lat. II, 415, 4. III, 447, 52. 480, 30.

<sup>9</sup> *Exsecutor negotii*: Cod. 3, 1, 13, 2, 9 c. 15 eod., 12, 60, 6, 2, sonst oft *ἐκβιβαστής τῆς ὑποθέσεως*, *executor litis*, oder *πληρωτής*, Nov. 96 pr. Lydus de mag. III, 68.

bei heute noch in vielen Ländern die Sitte die Scheidewand zwischen der Fürsprechertätigkeit und dem Sachwalterdienst aufrecht erhält, macht es ganz verständlich, warum Justinian im Cod. 13, 1, 13, 9 den Advokaten einschärft, durch *executores negotii* ihr Honorar von der Partei einzuklagen, während andererseits die *togati* selbst auch *executores* sein können. Übrigens ist nicht ausgeschlossen, daß der *Togatus Palladios* in unserem Falle zugleich auch als Fürsprecher den Klägern dienen sollte. Überall in der Urkunde wird hervorgehoben, daß *Palladios* den Klägern während des ganzen Verfahrens zur Seite stehen sollte. Allerdings wird eine Verpflichtung zum Reden für die Kläger ausdrücklich nirgends erwähnt. Aber sie durfte ja auch gar nicht schriftlich fixiert werden, wenn wirklich nach dem Gesetz *Valentinians I* und des *Valens* (Cod. Just. 2, 6, 6, 2) verboten war, daß der Advokat über seine Tätigkeit bei der *advocatio* einen schriftlich beurkundeten Vertrag abschloß<sup>1</sup>.

Die justinianische Bestimmung über die Notwendigkeit des *executor* zur Einklagung des Anwaltshonorars hängt mit dem eigenartigen Sachwalterzwang zusammen, der im justinianischen Prozeßrecht gilt. Bisher hatten wir nur verstanden, daß im Ladungsrecht bei dem Zivilprozesse wie im Vollstreckungsrechte der *executor* notwendig auftrat. Weil man ihn vielfach als Gerichtsorgan auffaßte, daher suchte man in ihm den Träger des rechtlichen Grundsatzes, daß nach justinianischem Recht die Ladung und die Vollstreckung durch Gerichtsorgane erfolge. Ob diese Lehre heute noch völlig standhält, wird unten geprüft werden. Jedenfalls deutet unsere Urkunde auf einen anderen Gesichtspunkt hin. Die drei Leute aus *Aphrodito* ernennen die *Konstantinopler* Anwälte zu ihren *exactores et executores*, „weil sie nach dem Gesetz einen solchen *exactor et executor negotii* brauchen“ (Z. 23f.). Ohne ihn können die Parteien anscheinend das erlangte Reskript gar nicht bei dem Provinzialstatthalter einreichen (*ἐμφανίζεσθαι*, *insinuare*). Man begreift, warum Justinian es gerade den *executores* und nicht dem Kläger im Reskriptenverfahren selbst einschärft<sup>2</sup>, daß das erlangte Reskript zunächst dem Provinzialstatthalter einzureichen sei, ehe der *executor* es den Beklagten zustelle. Zur wirksamen Einreichung bei dem *judex ordinarius* brauchte eben der Kläger den *executor*! Es ist seltsam, daß wir in den Rechtsbüchern eine gesetzliche Einführung dieses Sachwalterzwanges anscheinend nicht nachweisen können<sup>3</sup>. Daß die Notwendigkeit, sich durch den *executor* vertreten zu lassen, bestand, führt

<sup>1</sup> Vgl. hierzu allerdings die einschränkende Interpretation des Scholiasten, der nur einen für den Anwalt Vorteile ansbedingenden Vertrag als unwirksam betrachtet, schol. ad Bas. 8, 1, 15 (HEIMB. II 337).

<sup>2</sup> Cod. 3, 2, 4 pr. § 1. Cod. 12, 60, 7 pr.

<sup>3</sup> Die bis 452 zurückreichenden Belege für den *executor* vgl. bei BARON, a. O. III 189ff.

auf interessante Gedankengänge für den justinianischen Prozeßbetrieb überhaupt. Ehe in sie eingetreten wird, sei zunächst die Bedeutung der Urkunde als geschichtliches Zeugnis für das sittliche Niveau und die Erwerbsstellung des justinianischen Anwaltsstandes erledigt.

In dem Vertrage P. Cairo 67032 sichert der Sachwalter Palladios manches zu, was man bei dem modernen Vertrage zwischen Anwalt und Partei kaum zu hören bekommt: der Sachwalter werde allen guten Willen, allen Eifer und Aufmerksamkeit für die Durchführung des Prozesses daransetzen (Z. 34ff.), er werde ehrlich und rechtschaffen, in lauterer Weise, ohne Kollusion und frivolen Leichtsinn, ohne Verzögerung und Aufschub, ohne Übermut und Hohn die Sache der Kläger durchführen (Z. 53ff.). Auch die Abrede, daß der Sachverwalter nicht gegen die Interessen der Kläger handeln werde (Z. 68ff.), sondern vielmehr *alle* Gegner, die unter den Wortlaut wie die durch Interpretation sich ergebende Tragweite des Reskriptes fallen, bis zum Prozeßende verfolgen werde (Z. 70ff.), verrät deutlich die Besorgnis einer Kollusion des Sachverwalters mit den Gegnern. Worauf sich das Versprechen, „ohne Übermut und Hohn“ zu handeln, bezieht, ist für uns nicht ganz deutlich: fürchtet die Partei die unbändige Zunge des Sachwalters im Verkehr mit ihr selbst oder in der Art, wie der Sachwalter seine Tätigkeit gegenüber dem Gerichte wahrnahm — oder ist die zuchtlose Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Beklagten damit gemeint?<sup>1</sup> — Man ist versucht, aus mancher dieser Vertragsklauseln Schlüsse auf den sittlichen Tiefstand des Anwaltsstandes zu Justinians Zeit zu ziehen. Angesichts des Zeugnisses bei AMMIANUS MARCELLINUS XXX, 4, der allerdings eine ältere Zeit im Auge hat, wird ja heute das sittliche Niveau der Anwälte in der römischen Spätzeit ziemlich tief eingeschätzt. Unsere Urkunde stimmt zu diesem Bilde, wenn auch nicht verkannt werden darf, daß diese Vertragsklauseln im Byzanz des 6. Jahrhunderts weniger besagen, als sie in heutigen Lebensverhältnissen bedeuten würden. Diese Byzantiner sprechen eben mit redseliger Naivität aus, was heute der anständige Mensch niemandem zutrauen mag, und was die anderen sich nicht ins Gesicht zu sagen wagen.

Die Sachwalter bedingen sich in P. 67032 als Entgelt für ihre Tätigkeit zwei Arten vom Vermögensvorteil aus: einerseits die Beteiligung an den Sporteln, andererseits einen Anteil am Prozeßgewinn. Von den Sporteln, welche der einzelne Beklagte nach justinianischem Prozeßrechte bei der Zustellung der Klageschrift, resp. des Reskriptes an den exsecutor zu zahlen hat, sollen Dreiviertel an den exsecutor, ein Viertel an den Kläger fallen. Daß solche Verträge über Sporteln ge­läufig waren, konnten wir schon aus Nov. 96 pr. schließen. Dort er-

<sup>1</sup> Vgl. Cod. 2, 6, 1, 1 (Valent. et Val. a<sup>o</sup> 368).

scheint als Mißstand besonders in den Provinzen, daß die Kläger und ihre Sachwalter (exsecutores) eine Profitgemeinschaft eingehen. An Spekulation auf Prozeßgewinn ist dabei nicht zu denken, da der Kaiser diesen Mißstand gerade für solche Prozesse hervorhebt, in welchen es der Kläger zum Urteil oder nur bis zur mündlichen Verhandlung gar nicht kommen läßt. Dieser Vertrag über den Sportelanteil des Klägers ist für das Verhältnis von Sachwalter und Partei bezeichnend. Es ist auffallend, daß die Partei überhaupt etwas von den Sporteln erhalten soll. Bisher nahmen wir an, daß die Sporteln ausschließlich vom exsecutor verdient worden seien, und das ist auch als Rechtszustand nach den Rechtsbüchern<sup>1</sup> wie nach einer Nachricht bei JOH. LYDUS de mag. III 68 sicher, nach welcher ein schmutziger Chef seines Konstantinopler officium den Sportelgewinn seiner Offizialen in die eigene Tasche steckte. Wenn hier die konstantinopolitanischen Sachwalter ihren Klienten Anteil am Sportelgewinn bewilligen, erscheint das wie ein Zeichen dafür, daß die zur exsecutio Berechtigten sich bemühen mußten, Aufträge von Klienten zu erlangen. Daß es üblich war, so die Parteien selbst am Sportelgewinn zu interessieren, erklärt nun Justinians Bestimmungen über die pluris petitio: wer zuviel einklagte, um „seinen Gegner zu schädigen und ihn einem höheren Sportelsatze zu unterwerfen“<sup>2</sup> wurde gerade in seinem Sportelgewinn getroffen, indem er nach Cod. 3, 10, 2, Inst. 4, 6, 24 auf das Dreifache der infolge der Überforderung veranlaßten Mehrzahlung von Sporteln haftete.

Die Abrede über die Teilnahme des Sachwalters am Gewinn der Kläger aus Zahlungen, welche ihre Gegner ohne es zu dem Prozeß kommen zu lassen (πρὸ δίκης) und infolge des Prozesses machen würden, ist nicht ganz sicher überliefert. Das Wort für „Zahlung“ ist zerstört, aber nach dem Zusammenhange wie nach der ähnlichen Abrede in Z. 97f. ist der Sinn der Abrede wohl gesichert. Der Sachwalter macht sich neben dem Anteil an den Sporteln ein palmarium von 25% aus, das als Provision für allgemeine Unkosten und für Aufwendungen des Palladios und seiner Angestellten erscheint. Als Lohn für die advocatio war jede Forderung von Prozentsätzen des Streitgegenstandes als Honorar ausdrücklich verboten, Cod. 2, 6, 5.

Neben der Abrede über ein ähnliches palmarium, von 33⅓% für einen besonderen Punkt (Z. 98f.) ist das besondere Honorar bemerkenswert, das sich der exsecutor für diesen Sonderfall versprechen läßt, nämlich wenn es ihm gelingt nachzuweisen (βεβαιῶν), daß dem Dorfe Aphrodito das Privileg des αὐτόπρακτον στήμα zustehe, d. h. des schon oben (S. 208f.) erwähnten Vorrechts, die Steuern bei den Bürgern durch eigene Beamte einziehen zu lassen und sie selbst, bevor die Provinzial-

<sup>1</sup> Cod. 3, 2.

<sup>2</sup> Worte von Ps. Theophil ad Inst. 4, 6, 24.

behörde sie eintrieb, an die Staatskasse zu zahlen. — Wozu hat sich der Sachwalter mit diesem Versprechen des *βεβαιοῦν* verpflichtet? Daß er selbst als Zeuge auftreten will und dafür sich bezahlen lassen will, ist doch wohl ausgeschlossen. Das fiele ja unter die *lex Cornelia de falsis*, D. 48, 10, 1, 2. Gemeint ist also wohl ein Wortführen in der Verhandlung vor dem Statthalter über die rechtliche Begründung des Privilegs. Danach würde also an dieser Stelle die wahre Natur des ganzen Vertrages hervorscheinen: als redegewandten Anwalt nimmt sich die ägyptische Partei einen der berühmten Männer der Konstantinopeler Rechtsanwaltschaft mit. Der disertissimus togatus darf gar keinen schriftlichen Vertrag mit seinen Klienten schließen, noch viel weniger sich so exorbitante Vermögensvorteile ausbedingen. Aber was er als Advokatus nicht darf, macht er möglich, indem er sich gleichzeitig zum *executor* ernennen und als solcher bezahlen läßt.

Der eigenartige Sachwalterzwang, den wir auf Grund unserer Urkunde für den Reskriptenprozeß feststellen konnten (oben S. 234), ist eine allgemeine Erscheinung des justinianischen Prozesses. Für den ordentlichen Prozeß ist er im Ladungsrecht bezeugt<sup>1</sup>; für den Reskriptenprozeß durch unsere Urkunde und durch die interessante Interpolation im theodosischen Verjährungsgesetze, nach welcher die Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung im Reskriptenprozesse nur wirkt, wenn nach Einreichung des Reskriptes beim *judex ordinarius* die Zustellung des Reskriptes durch den *executor* an den Beklagten erfolgt ist<sup>2</sup>. Eine Einschärfung der Notwendigkeit des *executor* wie für die Honorarklage des Advokaten<sup>3</sup> belegt den Grundsatz, daß überall im justinianischen Rechte der *executor* zur Erhebung der Klage erforderlich ist. Überall muß der Kläger einen *executor* beauftragen, und daher heißt es auch, daß der Kläger bei der *conventio libellis* im ordentlichen Zivilprozesse Justinians den *executor* mit dem *libellus* dem Beklagten „zuschickt“<sup>4</sup>. Also der Kläger sucht sich einen *executor*, er beauftragt ihn, gibt ihm Instruktionen, tritt mit ihm vielleicht sogar in die besprochene (S. 235f.) Interessengemeinschaft für den Sportelgewinn. Und auf Betrieb des Klägers soll also der *executor* bei der Ladung handeln! Diese Beobachtung, die durch unsere neue Urkunde viel schärfer wird, steht in Widerspruch mit der heute herrschenden Lehre von dem justinianischen Ladungsrechte. Danach herrscht im Libellprozesse, aber ebenso auch im Reskriptenverfahren die amtliche Ladung durch den *judex ordinarius*. Der *executor* des byzantinischen Ladungsrechtes sei ein vom Gericht mit der Ladung

<sup>1</sup> Vgl. die Belege oben S. 232 Anm.    <sup>2</sup> Cod. 7, 39, 3, 1.    <sup>3</sup> Cod. 3, 1, 13, 9.

<sup>4</sup> Cod. Just. 3, 10, 2. Nov. 96 c. 1. vgl. Nov. 112 c. 3 pr.

beauftragter „Gerichtsbeamter“<sup>1</sup>. Oft sucht man den Unterschied vom spätklassischen Denuntiationsprozeß und justinianischen Prozeßrecht in der Gegenüberstellung von Parteiladung und gerichtlicher amtlicher Ladung. Im alten Denuntiationsprozesse, wie er in den Papyri des 2./3. Jahrhunderts, in Rechtsquellen noch des 4. Jahrhunderts erscheint, habe die Partei durch den Gerichtsbeamten zugestellt<sup>2</sup>, im Libellprozesse dagegen stelle das Gericht durch seinen exsecutor auf die insinuatio hin zu<sup>3</sup>. Diese Lehre erhält durch die Quellenbeobachtungen, die sich ungezwungen an die neue Urkunde anknüpfen, einen empfindlichen Stoß. Denn wir sehen, daß im Reskriptprozesse sich der Kläger selbst den exsecutor aussucht, der das Reskript insinuieren und nachher dem Beklagten zustellen soll. Wir sehen, daß ein Vertrag zwischen Kläger und exsecutor geschlossen wird, auf Grund dessen der exsecutor vom Kläger bezahlt wird. Allerdings werden die Vertreter der herrschenden Lehre sich ja darauf berufen können, daß P. Cairo 670<sup>32</sup> diese neue Feststellung nur für den Reskriptprozesse möglich macht. Man wird vielleicht den Unterschied betonen, der zwischen dem exsecutor im gewöhnlichen Libellprozesse und zwischen dem exsecutor, der im Reskriptprozesse vom Kaiserhofe in die Provinz reist<sup>4</sup>, besteht. Aber wer wird zwischen den beiden Prozeßarten des justinianischen Rechtes gerade fürs Ladungsrecht eine Unterscheidung machen wollten? Dieselben Verträge über Sportelbeteiligung zwischen Kläger und exsecutor sind ja auch für den Libellprozesse durch Nov. 96 pr. bezeugt, und die Quellen, welche vom Senden des Libellus durch den exsecutor sprechen, handeln eben vom Libellprozesse. Wahrscheinlich hängt das justinianische Ladungsrecht mit dem klassischen Recht der in ius vocatio wie mit dem Parteibetrieb im Litisdenuntiationsprozesse viel enger zusammen, als wir soeben noch glaubten, und wahrscheinlich hatte WIEDING<sup>5</sup> mit seiner Betonung der Tatsache recht, daß noch bei Justinian der Kläger durch den exsecutor den Beklagten ladet. Die wenigen Stellen, welche von der Ladung im Libellprozesse als einer vom Gericht verfügten und bewerkstelligten sprechen<sup>6</sup>, sind wohl von der herrschenden

<sup>1</sup> Vgl. die schulmäßige Formulierung bei GIRARD manuel<sup>4</sup> 1068, aber schon BARON a. O. 192ff. KIPP, Litisdenuntiation, 307.

<sup>2</sup> BETHMANN-HOLLWEG 3, 236. MITTEIS Corp. Pap. Rain. 1, 77, neuestens MITTEIS, Abhandlungen d. Sächs. Ges. d. Wissensch., Phil.-hist. Kl., 62 (1910), 70f. Die Bestreitung WENIGERS, Stellvertretung im Rechte der Papyri, S. 10, der eine Vertretung der Partei durch den Boten des Strategen für unmöglich erklärt, ist kaum berechtigt. Vgl. auch meinen Hinweis auf die eigenartigen Zustellungsklauseln in Longi temporis praescr. im klass. Rechte, S. 43.

<sup>3</sup> Vgl. die oben A. 1 genannten und BETHMANN-HOLLWEG, Ziv.-Pr. III 248f.

<sup>4</sup> Vgl. außer unserer Urkunde Cod. 3, 2, 4 pr. Cod. 12, 60, 1 Cod. 12, 60, 7 pr.

<sup>5</sup> Der justinianische Libellprozesse (1865), S. 512ff., wo allerdings jeder Unterschied zwischen Denuntiationsprozesse und Libellprozesse verwischt ist.

<sup>6</sup> BETHMANN-HOLLWEG 3, 248f.

Lehre überscharf beim Wort genommen worden. Steht ja doch auch in Nov. 112 c. 3, pr. § 1 genau wie in jenen immer wieder berufenen Wendungen, daß auch im Reskriptenprozesse der Richter dem Beklagten das Reskript vorlegen läßt<sup>1</sup> und also wohl die Ladung des Beklagten durch ein Dekret verfügt<sup>2</sup>, während wir in unserer Urkunde sehen, daß es mit solcher Verfügung des Richters sehr wohl vereinbar ist, daß die Partei sich lange vor der insinuatio beim *judex ordinarius* einen *exsecutor* aussucht und ihn mit der Insinuation und der Ladung der Beklagten beauftragt. Daß im justinianischen Prozeß der Richter die Ladung verfügt und also diese nicht nur wie bei der *in ius vocatio* im bloßen Parteibetrieb oder wie bei der *litsdenuntiatio* ohne notwendiges Eingreifen des Prozeßgerichtes erfolgt, wäre mit dieser Feststellung überhaupt nicht im Widerspruch. Es ist vielmehr zweifellos, daß die *insinuatio* bei dem *judex ordinarius* als erster Akt sowohl im Reskriptenprozesse nach Erlangung des Reskriptes wie im Libellprozesse notwendig war und der *judex ordinarius* eine Prüfung *a limine* vornimmt<sup>3</sup> und eine Verfügung erläßt, welche die Ladung zuläßt oder verbietet. Diese Verfügung tritt auch in den neuen Reskripten von Aphrodito mehrfach hervor: in P. 67024 heißt es (A Z. 45/46), daß der *dux et Augustalis* sich auch die im Zivilprozeß belangten Beklagten „vorführen lassen soll“ (*ἄξει*), ebenso in P. 67026 Z. 13: *θεσπίζομεν τοίνυν τὴν ἐνδοξ(ότητα) τὴν σὴν μέρος ἐκάτερον ἀγαγεῖν*, P. 67028 Z. 8: *θεσπίζομεν τοίνυν τὴν ἐνδοξ(ότητα) τὴν σὴν ἀγαγεῖν αὐτοῦς*. Dieses *ἄγειν*, das im Novellengriechisch allerdings nicht mehr als ein zahmes Vorladen zu sein braucht<sup>4</sup>, zeigt deutlich genug, daß die Ladung im Reskriptprozesse nicht nur vom *exsecutor* als notwendigem Vertreter des Klägers vollzogen wird, sondern daß bei dem Parteiakt der Ladung ein Befehl des *judex ordinarius* mit zugestellt wurde. Aber es wäre unrichtig, deswegen zu bestreiten, daß auch die justinianische Ladung noch ein von der Partei betriebener, durch den *exsecutor* als ihren Beauftragten vollzogener Akt war. Es hatte guten Grund, wenn Justinian das alte klassische Recht der *in ius vocatio* mit ihrem Parteibetrieb in den *Digesten* beibehielt.

<sup>1</sup> Pr. . . . εἶτε διὰ δεήσεων βασιλεῖ προσφερομένων καὶ τῷ δικαστῇ ἐμφανιζομένων καὶ δι' αὐτοῦ εἰς γνώσιν τοῦ ἀντιδικου φερομένων . . . εἰ δὲ παρὰ δικαστῆ προοίμιον ἢ δίκεν οὐκ ἐδέξατο ἀλλὰ μόνον . . . δεήσεων τῇ ἡμετέρᾳ γαληνότητι προσερχθεισῶν κέλευσις ἡμῶν περὶ τούτου προῆλθεν εἴτε ἐγγράφως εἴτε διὰ μανδάτων καὶ τῷ δικαστῇ γέγονεν ἐμφανὲς καὶ τῷ ἀντιδίκῳ ἐγνώσθη.

<sup>2</sup> In Nov. 112 c. 3, § 1 wirkt die Zustellung des Reskripts an den Beklagten wie die *conventio libellis*.

<sup>3</sup> Cod. 12, 60, 7 pr.; für das richterliche Dekret im Libellprozesse vgl. z. B. Nov. 112 c. 2 pr. Nov. 79 praef.

<sup>4</sup> Nov. 69 c. 1, § 1 ist das *ἄγειν* im *Authenticum* mit *convenire* übersetzt.

Unmittelbar wichtig ist unsere Urkunde in ihrem ganzen Inhalte für die Auffassung des justinianischen Reskriptenprozesses. Um diesen handelt es sich zweifellos in der vorliegenden Urkunde<sup>1</sup>. Die Kläger haben eine *δέησις καὶ ἰκετία*, wie die andern Aphrodito-Papyri sagen, eingereicht. Sie sind selbst in Konstantinopel erschienen und mögen in persönlichem Vortreten ihren libellus überreicht haben. Auf diese preces hin ist ein kaiserliches Reskript, *sacra iussio*, ergangen. Über die Formalien der Zustellung an die Kläger verlautet nichts. Nach Cod. Just. I, 23, 3 müßte man erwarten, daß das Original des Reskriptes mit der kaiserlichen Unterschrift, nicht nur eine Abschrift, den Petenten ausgehändigt worden ist. Die Urkunde spricht von der „besagten *sacra iussio* resp. dem kaiserlichen *ὑπομνηστικόν*“ (Z. 33), von „dem kaiserlichen *ὑπομνηστικόν*“ (Z. 87) schlechthin. *ὑπομνηστικόν*, conventionale, heißt das Reskript, weil es dazu bestimmt ist, bei der *ὑπόμνησις*, conventio, zu dienen<sup>2</sup>. Es soll nämlich im Original bei den „lokalen Gerichten“ insinuiert werden<sup>3</sup>, also hier bei dem officium des *dux et Augustalis Thebaidis*. Für dieses Empfangnehmen des Reskriptes bei dem statthalterlichen officium entstehen Kosten: *ἐμφανιστικά*, Insinuationsgebühren<sup>4</sup> und *sumptus officii* (*ἀναλώματα τῆς τάξεως*), Z. 42f. Leider hören wir nichts über die Behandlung des Reskriptes bei der nunmehr erfolgenden Ladung der Beklagten. Sicher ist nur, daß jeder der Beklagten eine Ausfertigung (*ἴσον*) des kaiserlichen Reskriptes erhielt<sup>5</sup>. Waren die obigen Ausführungen (S. 204ff.) richtig, so wurde in Fällen wie dem hier besprochenen von dem lateinisch ergangenen Reskript eine griechische Übersetzung angefertigt und deren Abschrift mit zugestellt. In Verfolg der Zustellung, welche die zotägige Frist der Nov. 53 c. 3 in Lauf setzte, verlangt der *executor* die in unserer Urkunde erwähnten Gestellungsbürgschaften von den Beklagten<sup>6</sup> und bekommt seinerseits die in Z. 43f. erwähnten Sporteln<sup>7</sup>. Von der Kautio, welche dabei andererseits der Kläger, um die Zustellung an die Beklagten zu erlangen, für Persistenz bis zum Urteil

<sup>1</sup> MASPERO bull. VI 104 hat die prozessuale Lage nicht klar erfaßt.

<sup>2</sup> Vgl. Cod. Just. 7, 39, 3, I *τὸ ὑπομνηστικόν* ist ähnlich gebildet wie *libellus conventionalis* im lateinischen Texte von Nov. 112 c. 2 pr.

<sup>3</sup> *ἐμφανίσσθαι*, Z. 33, vgl. Nov. 112 c. 1 c. 3 § 1. Cod. 3, 2, 4 pr. Cod. 12, 60, 7 pr., vgl. auch Nov. 113 pr.

<sup>4</sup> Dieser Charakter der *ἐμφανιστικά* (*insinuativa*) ist nach dem Wort und nach den ähnlichen *ἐμφανιστικά* in Nov. 56, welche Zahlungen für die geistliche Ordination der Kleriker sind, klar. BETHMANN-HOLLWEG, Gem. Zivilprozeß 3, 201 verwechselt die vom Kläger gezahlten Insinuationsgebühren für Empfang des Reskriptes seitens des statthalterlichen officium und die vom Beklagten an den *executor* des Klägers gezahlten Sporteln.

<sup>5</sup> Cod. Just. 3, 2, 4 pr.

<sup>6</sup> Vgl. oben S. 233 Anm. 3.

<sup>7</sup> Über welche vgl. Cod. 2, 7, 26 (27). Cod. 3, 2, 5. Cod. 12, 19, 12, 1. Nov. 53 c. 3, § 2. Nov. 123 c. 28. Nov. 124 c. 3.

leisten muß, findet sich wohl in dem Versprechen gleichen Inhaltes, welches dem exsecutor gegeben wird<sup>1</sup>, eine Nachwirkung. — Für das Verfahren nach dem Erscheinen der Parteien zur Verhandlung fehlt leider eine genauere Anspielung. Nur daß dauernde Präsenz der Partei bis zum Urteil ausbedungen wird (Z. 57—60), andererseits daß auch bis zum Ende des Prozesses noch Akte der *executio negotii* (wohl Ladungen von Zeugen, Bereitung anderen Beweismateriales) vorgesehen sind (Z. 41f.). Nur zwei Arten von Parteihandlungen sind erwähnt, zu deren Vornahme sich die Partei ihrem exsecutor gegenüber verpflichtet, weil sie zum Prozeßbetrieb nötig sind: einmal das *δικὰς λέγειν*, also das Auftreten in der mündlichen Verhandlung, vorher aber noch das *ἐκδοῦναι τοῖς ἐναγομένοις* [ . . . ], Z. 61. Was ist dieses edere gegenüber den Beklagten? Sicher nicht die editio rescripti, denn sie erfolgt ja schon bei der Zustellung des Reskriptes gelegentlich der Ladung und durch den exsecutor (vgl. oben S. 204). Wahrscheinlich ist die editio actionis gemeint, die Angabe des Anspruches der Kläger mit Hinweis auf das alte ediktale Formelschema, die sich praktisch trotz der Abschaffung der alten Formeln (Cod. 2, 57 (58), 1) bis in die byzantinische Praxis erhalten haben muß<sup>2</sup>. Leider fehlt in der Lücke die Bezeichnung dessen, was ediert werden soll. MASPERO ergänzt zweifelnd: *ἐκδοῦναι τοῖς ἐναγομένοις [προσώποις]*. Das ist möglich<sup>3</sup>, aber vielleicht stand hier [*τὰς ἀγωγὰς*]. Das neckende Spiel des Schicksals, das gerade hierher eine Lücke der schönen Urkunde verlegte,

<sup>1</sup> Nov. 112 c. 2, vgl. Nov. 53 c. 1 (Z. 12ff. ed. SCHOELL, p. 300). Die nach dieser Novelle dem Kläger obliegende Kautio mit Bürgenstellung wird anscheinend dem officium des die Zustellung bewilligenden *judex ordinarius* gestellt. Ohne diese Kautio darf der exsecutor nach Nov. 112 c. 2, § 1 niemals die Ladung des Beklagten vornehmen. Er läßt sich daher, um seines Sportelgewinnes sicher zu sein, die Versicherung geben, daß die Kläger bis zum Urteil ausharren und zur Verfügung des *judex ordinarius* stehen werden (Z. 56—60). Daß eine Verpflichtung dieses Inhaltes vom Kläger gegenüber seinem exsecutor übernommen zu werden pflegte, erklärt die auf den ersten Blick befremdliche Tatsache, daß nach der wenig älteren Nov. 96 c. 1 die ähnliche Kautio für die Vollziehung der *litis contestatio* im Libellprozesse innerhalb zwei Monaten sowohl dem Beklagten — wohl zunächst dem officium des *judex ordinarius* für den Beklagten — wie dem exsecutor negotii des Klägers zu bestellen ist. Justinian hat hier wohl an eine übliche Vertragsbestimmung in den Verträgen der exsecutores mit der klagenden Partei angeknüpft, indem er die dort übliche Abrede zur Prozeßvoraussetzung erhob.

<sup>2</sup> BEKKER, Aktionen, II 225ff. 358ff. WENGER art. formula in PAULY-WISSOWA, Realenzyklopädie, Sep.-Abdr. S. 6, Sp. 2. Derzeit sind wohl zu diesen Fragen Untersuchungen von PAUL COLLINET im Gange, vgl. Atti del congresso internazionale di Scienze storiche, Roma 1904 vol. IX sect. X. Nouv. rev. hist. 1910, p. 86.

<sup>3</sup> Vgl. die Verwendung von edere, editio in P. Lips. 33 und dazu MITTEIS, Zeitschr. Sav.-Stiftg., 27, 352f. 29, 471f. Andererseits genügt *ὁ ἐναγόμενος* als Bezeichnung des Beklagten im Griechisch dieser Zeit.

überließ es unserer Phantasie, in dieser Lücke ein Wort zu suchen, das deutlicher auf die alten Prozeßformeln hinweist, deren Fortleben als Form der Klaganträge in der byzantinischen Praxis ja seit BEKKER eine wohlbegründete Hypothese ist. Daß die ägyptische Praxis diese Erscheinung gekannt habe, ist natürlich damit nicht bewiesen, da die konstantinopolitanischen *executores negotii* die hauptstädtische Praxis zugrunde legten. Und wie man auch über die Einheit der zivilprozessualen Praxis im Reich in älterer Zeit denken mag, ist doch sicher, daß Justinian sehr wohl wußte, wie stark im einzelnen die provinziale Übung von der Hauptstadt abwich<sup>1</sup>. — Daß überhaupt die Formel im Reskriptprozeße gebraucht worden sein könnte, wird vielleicht manchem unwahrscheinlich sein, weil es unerweislich und wenig glaublich ist, daß jemals die klassischen Schriftformeln des ordentlichen Prozesses im Reskriptenverfahren eine Rolle spielten<sup>2</sup>. Aber diese Erwägung träfe sicherlich nicht zu. Da die Formel im Prozesse der Spätzeit nur die Formulierung des Antrags des Klägers war, konnte sie auch neben dem Reskript gebraucht werden, wenn dieses nur dem Richter nicht selbst einen bestimmten Bescheid vorzeichnete.

---

<sup>1</sup> Inst. 4, 11, 7.

<sup>2</sup> Vgl. PERNICE in Festgabe f. BESELER 1885, S. 71f.

6. J. MASPÉRO, Catalogue gén. des antiquités égypt.  
du Musée du Caire, Nr. 67001—67089, Pap. grecs  
d'époque byzantine, t. premier, prem. fasc.  
Le Caire 1910<sup>1</sup>.

[Göttingische Gelehrte Anzeigen 1911, 306—19]

JEAN MASPERO hat sich durch die Herausgabe der vorliegenden Urkunden der Cairener Sammlung ein hervorragendes Verdienst um mehrere Zweige der Altertumswissenschaft erworben. 88 Urkunden werden hier vorgelegt, die aus dem Funde LEVEFBRES im alten Aphrodito (Kôm-Ešquâw) stammen. Der Herausgeber selbst hatte zunächst im 6. Bande des Bulletin de l'institut français d'archéologie orientale (Le Caire 1908) eine Bearbeitung einiger wichtiger Urkunden nebst erklärenden Bemerkungen veröffentlicht, ohne allerdings selbst den eingehenden Kommentar zu geben, der in den heutigen Papyruspublikationen dem Herausgeber gestattet, alle Erklärungsarbeit an den neuen Texten zu leisten. Nach der besonderen Zählung der Urkunden in dieser vorläufigen Publikation wurden danach die Urkunden schon als P. Aphrod. Cairo zitiert und besprochen (vgl. WILCKEN, Arch. f. Papyrusforschung 5, 283ff., MITTEIS, Zeitschr. d. Sav.-St. 30, 403ff., GELZER, Studien zur byzantinischen Verwaltung Ägyptens 1909, passim). Jetzt erscheinen diese Urkunden mit Berücksichtigung dieser ersten Arbeiten in der großen Publikation des Cairener Kataloges, die uns schon so reiches Quellenmaterial für demotische und griechische Papyri vermittelt hat. Was diese Publikation der doch nicht ganz leichten Texte uns geleistet hat, ist von Sachkundigen schon hervorgehoben worden (vgl. WILCKEN und MITTEIS a. a. O.). Daß die Texte noch weiterer Ausbeute fähig sind, hat JEAN MASPERO selbst mit liebenswürdiger Bescheidenheit gesagt.

Es handelt sich hier um die erste größere Sammlung von Papyri aus dem 6. Jahrhundert nach Christus. Von JUSTIN I. bis zu JUSTIN II., vornehmlich aber aus der Regierung Justinians stammen diese Urkunden, die zum ersten Male nicht nur wie bisher fast ausschließlich Verträge, Quittungen und etwa Briefe, sondern auch Verwaltungs-

---

<sup>1</sup> Vgl. auch MITTEIS, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung 31 (1910), 392ff. WILCKEN, Arch. f. Papyrusforschung 5, 442ff. M. GELZER, ebenda 346ff. Das vorliegende Referat war schon im Druck, als diese beiden letzten Arbeiten erschienen.

akten bringen. Darunter erscheinen Urkunden, die uns neue interessante Blicke in die Provinzialverwaltung des Reiches gestatten, das wir bisher nur aus dem großen Gesetzgebungswerk des Kaisers und dürftigen literarischen Quellen kannten. Der moderne Historiker wie der Jurist sieht manchen Schatten schärfer fallen als im bisher erhaltenen Bilde. Die Anarchie der byzantinischen Verwaltung, deren Zentrale machtlos gegenüber der Willkür der Lokalbeamten ist, die Bedrückung der Untertanen durch Vertreter eines Amtsadels, die es trefflich verstehen, in eigene Tasche und für die Erweiterung ihrer persönlichen Machtstellung im Staate zu wirtschaften, die Machtlosigkeit der kaiserlichen Gesetzgebung gegen die mißbräuchliche Aufrechterhaltung alter grausamer Schuldrechtsformen — alles dies tritt in neuer Beleuchtung hervor, und wir erhalten neue reiche Kunde von der lokalen Verwaltungsorganisation und von der ständischen Gliederung der Bevölkerung. Um den neuen Stoff aufzuarbeiten, wird eine erneute Ausschöpfung der justinianischen Quellen nötig sein. Erst jetzt fühlt der Jurist, daß er von der praktischen Anwendung der großen Kodifikation im byzantinischen Rechtsleben doch nur eine sehr ungenaue Vorstellung hatte. Das byzantinische Privatrecht JUSTINIANS, die Gerichtsverfassung und die Verwaltungsorganisation müssen Gegenstand selbständiger Erforschung werden, während sie bisher nur die unentbehrliche Berücksichtigung in unseren Darstellungen von der Entwicklung des älteren römischen Rechtes fanden. Wie wenig zu diesem neuen Arbeitsprogramm heute geleistet ist, hat schon MITTEIS hervorgehoben. Auch die hier unternommene Besprechung kann nur eine oberflächliche Vorstellung von dem reichen neuen Gehalt dieser byzantinischen Quellen geben. Die Hauptarbeit bleibt einer neuen Forschung überlassen, welche jedes Detail dieser neuen Urkunden mit unseren Rechtsquellen in Beziehung zu setzen hätte. Für die Wirtschaftsgeschichte und die Auffassung der lokalen Kulturentwicklung sind diese Urkunden deswegen von hoher Bedeutung, weil sie nicht nur mit den Berliner und Londoner Papyri zusammen ein reiches Material zu der Erforschung des 6. Jahrhunderts liefern, sondern auch, weil sie die Brücke zu dem bedeutsamen Material griechischer Papyri aus arabischer Zeit schlagen, die soeben als P. Lond. vol. IV erschienen sind.

67001 enthält einen interessanten Dienstvertrag von 514 zwischen der „Genossenschaft“ (*κοινότης*, corpus) der Bauern des Dorfes Aphrodito und einer „Genossenschaft“ von Hirten; kraft dieses Vertrages haben die Mitglieder der letzteren, die wohl in Zahl von 13 sämtlich auftreten, die Bewachung der Dorpherden auf den Weiden rings um Aphrodito zu übernehmen, mit der Haftung für jedweden Schaden, den die Gemeindegasse (*δημόσιος λόγος*) oder die einzelnen Gemeindeglieder an dem weidenden Vieh oder den landwirtschaftlichen Ge-

rätschaften auf den Feldern aus Diebstahl erleiden. Diese Verpflichtung wird unter Ansatz des Lohnes für die Bewachung mit der üblichen Haftungsklausel erklärt und eidlich sowie durch Stipulation bekräftigt. Die Urkunde enthält im Stil des Chirographum nur die Unterschrift der auftretenden Hirten, ihrer Schreibvertreter, von drei Zeugen und dem Notar. Über die Verpflichtung zur Zahlung des Dienstlohnes bestand wohl eine besondere Vertragsurkunde, in der Vertreter der Gemeindeglieder unterschrieben. Juristisch bietet dieser Vertrag erneuten Anlaß zu der Frage, wie wir diese „Genossenschaften“ der byzantinischen Zeit zu denken haben. Hier handelt auf der einen Seite die *κοινότης* der *προτοκομηταί*, der *συντελεσταί* und der *κτήτορες*, also die Genossenschaft der „Dorfältesten, collatores<sup>1</sup> und possessores“. Irgendein Organ der „Genossenschaft“, das sie vertritt, ist dabei in der Vertragsurkunde gar nicht persönlich genannt. In der Urkunde ist die Genossenschaft so behandelt, als sei sie eine juristische Person, die als selbsthandelnd aufträte. Man könnte an die von jeher im hellenistischen Ägypten bestehende juristische Persönlichkeit der Gemeinde denken, die nach hellenistischer Rechtsanschauung regelmäßig durch ihre Vertreter handelt. Aber schließt die Gemeinde als solche den Vertrag? — Genannt sind nur die Personengruppen, in welche die Gemeindeangehörigen zerfallen. Und wenn wir in Oxy. 133 das *κοινόν* der *προτοκομηταί* des Dorfes Takona handeln sehen, wenn in Amh. 151 in Tachoi vier possessores ein Darlehen aufnehmen und auch „die übrigen possessores“ des Dorfes daraus haftbar werden sollen, so ist doch wahrscheinlich in unserer Urkunde eine Vereinigung dieser verschiedenen Personengruppen zu verstehen. Wie diese allerdings nun juristisch gestaltet waren, ob juristische Personen öffentlichen Rechtes in Gestalt von zünftigen Verbänden vorliegen, oder aber Personenvereine, die dann nach dem Gedanken der freien Körperschaftsbildung zustande gekommen sein könnten, darüber ist heute wohl noch nichts zu erkennen. Es wäre sogar möglich, daß überhaupt nicht an juristische Personen bei diesen Genossenschaften zu denken ist. Einmal weil hier die *κοινότης* als selbsthandelnd auftritt, und doch das spätere römische Recht jedenfalls eine Handlungsfähigkeit der juristischen Personen abzulehnen scheint. Außerdem aber ist bisher wohl nicht die Möglichkeit auszuschließen, daß diese *κοινότητες* oder *κοινά* weiter nichts sind als eine Bezeichnung für die Gesamtheit aller einzelnen *προτοκομηταί*, aller possessores usw. Die einzelnen Personen könnten

<sup>1</sup> *συντελεσταί* sind einfach collatores, Steuerzahler, Nov. Just. 128 c. 4, 5, also wohl im Dorf wohnhafte Nichtpossessores. Es sind wohl Kolonen, vgl. ähnlich *οϊκήτορες* statt *συντελεσταί* in P. 67002 l. 2 und Nov. 162 c. 2, 1. Anders M. GELZER, Archiv 5, 372, 3, der an Personen denken will, die etwas mit der Autopragie des Dorfes zu tun haben.

immerhin als Partei gedacht worden sein. Und so ist jedenfalls das „*κοιών* der Hirten und Feldwächter“ unseres Dorfes Aphrodito aufzufassen: 13 Männer werden als diejenigen genannt, „durch“ welche als Organ das *κοιών* sich verpflichtet<sup>1</sup>. Aber nachher wird die Verpflichtung des *κοιών* auf die Zeit des Lebens der persönlich auftretenden Mitglieder begrenzt (l. 20), so daß klar wird, daß dieses *κοιών* nicht juristische Person, sondern nur eine Bezeichnung für die Gesamtheit der Dorfhirten und Flurwächter ist. —

Der Vertrag der Dörfler mit den Hirten bietet eine gute Illustration zu den Agrarzuständen der Zeit: die Hirten sind in Aphrodito ebenso wie in den Verhältnissen, aus denen heraus die Konstitution in Cod. Th. 9, 31, 1 gesprochen ist, die gefürchteten Viehdiebe und Räuber (P. 67002 III, 4). Daher schließen die Dörfler mit den Hirten einen Schutzvertrag, der die Dörfler gegen Diebstahl versichert, indem er die Diebstahlsgefahr auf die Hirten abwälzt.

P. 67002 hat schon eingehende Besprechung bei WILCKEN und GELZER gefunden und kann daher hier kurz erledigt werden: die „Restbesitzer“ (*λεπτοκτίητορες*) und Coloni (*οικίητορες*) von Aphrodito wenden sich mit einer Bittschrift 554/553<sup>2</sup> an den dux et Augustalis Thebaïdis. Sie beschwerten sich über die Übergriffe des *παράγωγης* (oder *πάγαρχος*) Menas, der als *scriniarius* und *pagarchus* in Antaiupolis erscheint. Diese Pagarchen sind, wie M. GELZER a. O. erwiesen hat, kaiserliche Beamte, die als Untergebene des Provinzialstatthalters den ländlichen Bezirk der *civitas*, soweit dieser nicht der Gemeindeverfassung untersteht, verwalten. Die Gemeindebezirke, welche nach der Theorie des byzantinischen Reichsrechts das ganze Reich restlos in *civitates* aufteilen, sind also praktisch im 6. Jahrhundert nicht mehr die einzige Organisation der Lokalverwaltung, sondern in die spät-römische Munizipalverfassung greift jetzt ein Beamter der provinziellen Zentralgewalt ein, der das offene Land — *pagus* im Gegensatz zu *civitas* — verwaltet. Seine Untergebenen sind den städtischen Gemeinden nicht unterstellt. Andererseits gibt es auch im offenen Lande Dörfer, die von der Pagarchie bis zu einem gewissen Grade eximiert sind und bis zum Ablauf einer Frist selbst ihre Steuern einziehen. Das ist das Privileg der *Autopragie*, das dem Dorf Aphrodito auf Grund kaiserlicher Verordnung zustehen soll<sup>3</sup>. Der *pagarchus* versucht nun seine Kompetenz durch Übergriffe auf diese ihm nicht unterstellten Dörfer auszudehnen, die Abwehr solcher Übergriffe stellt die vorliegende Beschwerde an den dux et Augustalis Thebaïdis dar. Die Einzelheiten der Beschwerde sind schon von GELZER a. O. S. 92 ff. besprochen. Be-

<sup>1</sup> WENGER, Stellvertretung II 2 ff.

<sup>2</sup> So M. GELZER a. O. S. 24, A. I.

<sup>3</sup> p. III l. 7 ff.

merkwürdig ist, wie sich einzelne Beschwerdepunkte an Amtshandlungen knüpfen, welche die Rechtsquellen ausdrücklich verwerfen: I. 9—20: der pagarchus habe einem Dörfler Dioskoros seine Hufen entzogen, und zwar ohne gleichzeitig die Steuerlast dieser Hufen dem neuen Besitzer aufzuerlegen. Das könnte ein Verstoß gegen das konstantinische Gesetz im Cod. Just. 10, 19, 2, 2 sein, vgl. auch Nov. Just. 128. c. 7. 8. Im folgenden ist das Handeln des Menas nicht ganz klar: II, 1—16. Der Pagarch Menas hat schon unter dem früheren Statthalter, dem referendarius Kyros, bei einer Gelegenheit, als die Bauern von Aphrodito zum Jahresviehmarkt nach Tenis gegangen waren, sie durch den comes spectabilis und illustris Serenus, den *λογιώ(τατος) σχολαστικός*, verhaften lassen, dessen Leute die Arrestierung besorgten. Worin dieser Großgrundbesitzer wenigstens den formalen Anhaltspunkt zu seiner Eigenmächtigkeit findet, ist nicht deutlich. Außerdem wird dem Menas vorgeworfen (II l. 20), er habe die Getreideausfuhr aus dem Dorf für die annona absichtlich erschwert, was nach dem Edikte JUSTINIANS über die ägyptische Provinzialverwaltung (Ed. XIII, c. 24) mit Schadensersatz und Strafzuschlag zu büßen war; er habe den Nildamm um die Zeit der Überschwemmung zerstört (II l. 22) und dadurch das Ackerland trocken gelegt. Darauf steht die Strafe des Feuertodes, Cod. Theod. 9, 32, 1 = JUST. 9, 38, 1. Ferner (II l. 24ff.) habe er Steuern, die schon von dem Dorf selbst eingetrieben waren, nochmals eingetrieben, und zwar ohne *ἐντάγμια*, d. h. wohl ohne das zweite Mal Quittung zu leisten<sup>1</sup>. Zur Quittungsleistung sind nach den Rechtsquellen die einfordernden Beamten verpflichtet. Die Greuel, die bei dieser mit der Steuereintreibung zusammenhängenden Einquartierung von Soldaten im Dorfe begangen worden waren, werden anschaulich geschildert.

Im Text der Urkunde pag. III l. 2f. ist dabei wohl zu lesen: *μη ἀρεσθεις τοις κακοις τουτοις μονοις Μηνας ο αντος παγαρχος, αλλά και (ως) τας παρθένους διεκόρευσαν οι συννεπόμενοι αυτω εις βοηθειαν [π]αρορθων και (ως) τας ασκητρ[ι]ζας διελυσαν etc.*

P. 67003 ist ein Antrag von Mönchen eines Klosters an den dux et Augustalis Thebaïdis, einem gewissen Jesekiel Besitzstörungshandlungen an einem Grundstücke zu verbieten, das angeblich im rechtmäßigen Besitz der Mönche ist, auf Grund einer Schenkung der letzten Eigentümerin. Deren Verfügungsmacht wird allerdings in widerspruchsvoller Weise von den Mönchen begründet: einerseits auf ihr instrumentum dotale (*προικῶνον*), das der Frau diese ihrem Manne gehörigen Grundstücke wohl als *donatio ante nuptias* zugewendet habe, andererseits darauf, daß die Schenkerin nach der Schenkung durch Erbfolge

<sup>1</sup> Zu *ἐντάγμιον* = Quittung vgl. MITTEIS, Leipziger Papyri I, 183.

nach ihrem Mann und ihren Kindern Eigentümerin geworden sei. Dabei tritt der Gedanke des „Seelgerätes“ bei dem Bericht von dieser Schenkung hervor. Der Antrag geht darauf, daß der dux et Augustalis befehlen möge, daß der Pagarch und der *τοποτηρητής* über die Aufrechterhaltung der Antragsteller im ruhigen Besitze wachen sollten: der Pagarch ist hier wohl als Chef der Zivilverwaltung im Bezirk genannt, der *τοποτηρητής* als der Offizier, der die manus militaris befehligt. Denn als Offizier wird man ja den *τοποτηρητής* (vicarius) nach Nov. 128. c. 19, Nov. 134, 1 deuten dürfen.

67004 ist eine Anzeige an den dux et Augustalis Thebaïdis über hochverräterische Handlungen eines Mannes, der die Blemmyer in das Land gerufen hat. Die Urkunde ist zu zerstört, um derzeit viel Aufschluß zu bieten.

67005 ist eines der interessantesten Stücke der Sammlung, die ein seltsames Licht auf die Rechtssicherheit in Justinians Rechtsstaat werfen. Der Text ist zwar stark zerstört, und man wird über Kleinigkeiten der Ergänzungen anderer Meinung als der Herausgeber sein dürfen<sup>1</sup>; aber schon das Erhaltene gibt eine genügende Vorstellung: die Beschwerdeführerin gibt an, sie sei als Waise von ihren Verwandten mit einem Manne verheiratet worden, von dem sie ein jetzt fünfjähriges Kind habe. Nach dem Tode dieses Gatten sei sie um ihr donatio ante nuptias gebracht worden und habe, bedrückt von den Steuererhebern und anderseits den Brüdern ihres verstorbenen Mannes (?) das Haus ihres toten Gatten verlassen müssen, indem sie das ihr zukommende Vermögen in den Händen ihrer Bedrücker ließ. Später habe sie sich mit einem zweiten Gatten verheiratet, dieser sei von einem gewissen Senuthes für eine Bürgschaftsschuld haftbar gemacht worden, welche er für den *βοηθός* des Dorfes, Jeremias, eingegangen war. Dieser zweite Gatte soll anscheinend im Schuldgefängnis dieses Gläubigers umgekommen sein (16). Der Gläubiger soll sich dabei auch der Beschwerdeführerin selbst bemächtigt haben. Er soll sie in sein „privates Schuldgefängnis“ gesperrt und sie dort während fünfmonatlicher Haft mit Stockprügeln, Aufhängen und anderen Quälereien<sup>2</sup> mißhandelt haben. Trotz Befehl des Pagarchen, sie freizugeben, sei sie weiter gefangen gehalten und dann dem *βοηθός* Jeremias ausgeliefert worden. Sie selbst ist nachher freigekommen, ihr Söhnchen noch in der Hand des Jeremias geblieben. Die Beschwerdeführerin bitte um Verfolgung ihrer Peiniger und Freigabe (?) ihres unmündigen Kindes. Sie versichert, nichts von ihren beiden Gatten geerbt zu haben (22). Sie will damit augenscheinlich die Grundlosigkeit der gegen sie geübten

<sup>1</sup> I. 10 wohl [ὄρφ]ανικῶς statt τρωανικῶς; ich denke etwa [ὄρφ]ανικῶς τὸν βίον διατελοῦσα . . . oder ähnlich. I. 11 [μετὰ] statt ἀπό.

<sup>2</sup> πελματισθῆναι: MASPERO deutet es auf Fußtritte, MITTEIS auf Sohlenkitzeln.

Vollstreckung begründen, die aus der Bürgerschaft ihres zweiten Gatten gegen sie geführt wurde. Bemerkenswert ist hier die Wildheit, mit der der Gläubiger angeblich sein Recht verfolgt hat. Altes hellenistisches Schuldrecht, in dem ja auch das *ἀποβιάζεσθαι*, die Gewalt gegen die Person des Schuldners, ebenso eine Rolle gespielt hat, wie in der Schuldvollstreckung nach den Rechtsbüchern der indischen Weisen, mag bei dem Vorgehen des Gläubigers entfernt nachwirken. Jedenfalls beweist die Urkunde, was unter den Augen der justinianischen Beamten möglich war. Das private Schuldgefängnis hatten immer wieder die Kaiser verboten, Eigenmacht des Gläubigers war vom Privatrecht seit den Klassikern streng verpönt. Diese Beschwerdeschrift wirkt wie eine Illustration zu der Novelle JUSTINIANS, welche die Personalexekution gegen Frauen verbietet (Nov. 134, 9). Jenes Gesetz ist wenige Jahre jünger als unsere Urkunde. Daß der Mißstand allgemein war, zeigt das ausdrückliche Verbot der Gewalttat (*ἄβρις*) und der Schuldhaft bei Vollstreckung gegen die Nonnen in Nov. 123 c. 27 (a<sup>o</sup> 546).

67006 enthält eine Beschwerde an dux et Augustalis aus demselben Jahre: eine Witwe, die ihre Kinder angeblich mit Mühe aufzog, hatte von dem Dorfältesten ein Stück brachliegendes Ackerland zugeschlagen erhalten (l. 3 *ἐπιβαλεῖν*), um dafür die Steuern und öffentlichen Lasten aufzubringen<sup>1</sup>. Diese in JUSTINIANS eigenen Gesetzen aus Nov. 128 c. 7. 8 bekannte *superindictio* (*ἐπιβολή*) ist eines der Mittel der byzantinischen Steuerverwaltung, um Steuerzahler zu pressen. Die Anfänge dieser verhängnisvollen Praxis der römischen Verwaltung hat jetzt ROSTOWZEW, Kolonat, 196 richtig beobachtet. Die Beschwerde ist im Sinne von Nov. 128 c. 7 vielleicht eine Appellation, wie sie dort vorgesehen ist, obwohl nach dem erhaltenen Texte nur die Dorfbehörde die *superindictio* verfügt zu haben scheint.

Interessant für die Gliederung der Bevölkerung nach erblichen Ständen ist dabei die energische Betonung, daß die Beschwerdeführerin selbst und ihre Eltern und Vorfahren (l. 5f.) keine Landarbeit versehen hätten.

Auf dem verso steht ein schon von MITTEIS besprochener, leider sehr lückenhafter Heiratskontrakt, der noch viele Arbeit erfordert.

67019 gehört zu den Beschwerdeschriften in Sachen der Autonomie des Dorfes Aphrodito. Hier ist über die Nachrichten hinaus, welche schon M. GELZER bearbeitete, ein deutlicher Hinweis auf die Entwicklung der Pagararchie in der Lokalverwaltung des 6. Jahrhunderts gegeben:

<sup>1</sup> Vgl. auch Procop. hist. arcan. 23, 16. Dazu M. GELZER, Studien zur byz. Verwaltung Ägyptens 75. Für diese *ἐπιβολή* vgl. jetzt auch DE ZULUETA, de patrocinii vicorum p. 60, 65 ff., Oxford Studies in social and legal history (VINOGRADOFF) I (1909), sect. II.

zwar liege das Dorf im Antaiupolitischen, aber es gehöre noch immer unter das lokale städtische Amt, als selbsteintreibende und selbständig die kaiserlichen Staatssteuern abführende Gemeinde, die von Generation zu Generation niemals der Gewalt des Pagarchen unterstanden habe; die Vorfahren hatten dieses Privileg aus der kaiserlichen Verordnung LEOS. Also stammt die Pagarchie wohl nicht erst von der Jahrhundertwende des 6. Jahrhunderts, sondern schon aus Leos Regierungszeit, aus der Zeit vor 473. Der P. Wien. Stud. 5, 3 (a<sup>o</sup> 487), auf den sich M. GELZER stützt, um die Pagarchie erst später anzusetzen, kann dagegen nicht in Betracht kommen. GELZER selbst hob schon hervor, daß nach dieser Urkunde die civitas Arsinoitopolis in einem ihr unterstehenden Dorfe die Steuern einholt, was also nur bedeutet, daß das Dorf nicht zur Pagarchie gehört.

67020 ist wohl nur der Entwurf einer Bittschrift, welche die Entlassung von Gefangenen bei dem dux et Augustalis Thebaïdis erwirken soll. Warum die Leute verhaftet sind, ist aus der Urkunde nicht zu erkennen<sup>1</sup>. Daher bietet sie juristisch kein großes Interesse. Für das byzantinische Ständewesen ist das Dokument wichtig, weil es hier von den Tuchscherern (*ζναφεῖς*), Schmieden (*χαλκεῖς*), Zimmerleuten (*τέκτονες*) und Schiffsbauleuten (? *πακτωνοποιοί*) heißt, daß sie seit Eltern und Ureltern keine andere Handarbeit als die in ihr Handwerk fallende angelernte verrichtet hatten. — Man braucht die Handwerker, da die Feldarbeiten beginnen sollen.

67021 ist eine Bittschrift an einen unbekanntenen kirchlichen Oberen: die Mönche des Klosters von Psinepoïs sind von dem Pagarchen Menas von Antaiupolis belästigt worden. Es handelt sich angeblich um Plackereien der Steuerverwaltung. Zunächst scheint von nicht steuerkräftigen Hufen von Ackerland die Rede zu sein, das die Mönche nicht los werden können. Außerdem beklagen sie sich, daß von ihnen die Steuern für gewisse Grundstücke eingefordert werden, die sie als *φανερὰ κτήματα* bezeichnen und die von unrechtmäßigen Besitzern besessen und bebaut werden. Bei den *κτήματα φανερά* dachte ich an Nov. Just. 128 c. 8: *Εἴ ποτε δὲ συμβαίῃ δεσπότην οἰασθήποτε κτήσεως . . . μὴ φαίνεσθαι* — also vielleicht: „Grundstücke, die ‘deutlich’ in Eigentum der Mönche

<sup>1</sup> MASPERO will allerdings die Beziehung auf Steuerschulden aus l. 14 erkennen. Dort liest er: *οὐ καὶ ὑποτελεῖς [τυ]γγάνουσι | ἀλλὰ μόνον χειροτέχνοι τυγγάνουσι*. Aber hat das Sinn? — Ich glaube, auf der sehr guten Phototypie zu erkennen: *οὐκ ἀθυποτελεῖς [τυ]γγάνουσι ἀλλὰ μόνον χειροτέχνοι τυγγάνουσι*, also: „nicht unabhängige Leute sind sie, sondern nur arme Leute, die von ihrer Hände Arbeit leben müssen“. *ἀθυποτελής* ist zwar mir im Augenblick nicht nachweisbar, aber sicher ebenso sprachlich möglich wie *αὐτήκοος*, sich selbst gehorchend. *ἀτεπίτακτος*, sich selbst befehlend. WACKERNAGEL bestätigt mir diese sprachliche Auffassung.

stehen“? — Der Rest der Urkunde, der ziemlich zusammenhanglos ist, bezieht sich wohl auf die Ausschreitungen, die sich die Leute des Pagarchen bei dessen schon oben in P. 67002 erwähnten Anwesenheit im Dorfe hatten zuschulden kommen lassen. Also dürfte auch diese Urkunde aus Aphrodito sein.

67023, der Eingang eines Vertrags vom 15. V. 569. Die Urkunde belegt von neuem, was wir längst für die ältere Zeit wußten und noch für Justinians Zeitalter als einen der Mißbräuche kannten, gegen den der Kaiser in seinen Novellen ankämpft: im hellenistischen Osten und speziell auch in Ägypten, wo schon demotische Kontrakte ähnliche Geschäfte aufweisen, muß die Verpfändung freier Kinder seitens der Schuldner üblich gewesen sein<sup>1</sup>. Daß sie sich trotz aller Verbote des römischen Reichsrechts in der Kaiserzeit erhielt, zeigte schon MITTEIS<sup>2</sup>. Selbst JUSTINIANS erneutes Verbot in Nov. 134 c. 7 vermochte die Sitte nicht auszurotten. Wenige Jahre nach dieser Novelle wird der Pfandvertrag über das freie Mädchen als *ὑποθηκιμαία συγγραφή* offen bezeichnet, — ja die Schwester, welche das verpfändete Kind aus der Hand des Gläubigers loskaufen will, scheint gar nichts davon zu ahnen, daß die Verpfändung rechtswidrig und daher nichtig sei. Denn nur so ist doch wohl zu erklären, daß sie sich mit einem *vir illustris scriniarius officii ducalis Thebaïdis* in unserer Urkunde in Verbindung setzt, um durch das Einschreiten dieses vornehmen Mannes, der wohl als einer der Großgrundbesitzer des Landes zu denken ist, die Schwester freizubekommen. Schade nur, daß wir nicht wissen, was dieser *potentior* tun sollte! Einfach die Nichtigkeit des Geschäftes behaupten, während die Salzfleischhändlerin selbst das nicht wagt? — Oder aber den Pfandgläubiger zwingen, sein lebendes Pfand aufzugeben? — Auch ohne daß unsere Neugier über diesen Punkt befriedigt wird, gibt die Urkunde ein erschreckendes Bild von der Machtlosigkeit der Reichsgesetzgebung gegenüber den Rechtsunsitten der provinzialen Bevölkerungen, zugleich ein drastisches Beispiel von der Bedeutung der *potentiores* für das Rechtsleben der späten Zeit. Die Urkunde zeigt noch viel schärfer, wie wenig Nov. 134 c. 7 in Ägypten gewirkt hat, als der ähnliche PER 6014, den schon LEWALD<sup>3</sup> richtig in diesen Zusammenhang gestellt hat.

P. 67027—67028 werden mir an anderer Stelle, Gött. Nachrichten 1911, Heft 2 Gelegenheit zu ausführlichem Eingehen geben. Es handelt

<sup>1</sup> Für das griechische Recht vgl. mein Gr. Bürgschaftsrecht I, 45. WEISS, Pfandrechtliche Untersuchungen I, 30f. Die Polemik, die WEISS dort gegen meine Zitierung von P. Fir. 44, Tebt. 384 unternimmt, ist wohl ohne Grund, da ich selbst die Stellen nur als analoge vergleichsweise herangezogen und deutlich genug ausgesprochen habe, daß der Sohn als Knecht des Gläubigers für die Zinsen dienen soll.

<sup>2</sup> Reichsrecht 363f.

<sup>3</sup> Zur Personalexekution im Recht der Papyri 1910 S. 14f.

sich hier um griechische Texte von kaiserlichen Reskripten (*iussiones, κελεύσεις*), die dem Juristen viel Interessantes bieten<sup>1</sup>.

67031 ist das Original eines Statthalterediktes des *dux et Augustalis Thebaïdis* um das Jahr 547. Das ist aus dem Inhalt wie aus den Formalien klar: l. 1 ist *προθ* zu lesen, wohl eine Hindeutung auf das proponere des Ediktes, die Veröffentlichung<sup>2</sup>. Ebenso stand in der vorletzten Zeile am Ende nach WILCKENS neuester (*Arch.* 5, 445) Emendation *προτεθῆναι*. Am Ende, dort, wo der Herausgeber (l. 17) nach drei Chiasmazeichen Fofonat . . . liest, steht, wie auf der Phototypie schön zu lesen ist, nach zwei solchen Kreuzen prononatur, soll heißen Proponatur, also die Publikationsverfügung<sup>3</sup>. Der Inhalt ist leider arg zerstört, aber vielleicht doch noch weiter herzustellen als der Herausgeber es schon getan. Allerdings wird man darauf verzichten müssen, die Lücken rechts am Zeilenende als so kurz zu betrachten, wie es der Herausgeber in seinem Aufsätze im *Bulletin de l'institut français d'arch. orient.* VII, 127f. augenscheinlich will.

l. 5f. Der Präfekt hat erkannt, daß die Parteien im Verkehr mit den Beamten zuviel Sporteln an die Beamten seines statthalterlichen officiums zahlen müssen. Die Rechtsuchenden sind dabei wohl wie in *Cod. Just.* 3. 2, 4 als *ἐπιτελεῖς* bezeichnet worden. Wer diese besonders gierigen Beamten sind, müßte nach dem Rest *ἐξ[. . .]οαφ[. . .]* zu erkennen sein, aber ohne ein Faksimile wird man hier keine Vermutung wagen wollen.

<sup>1</sup> Vgl. *Gött. Nachr.* 1911 H. 2.

<sup>2</sup> MASPERO, *bull. de l'inst. fr. d'arch. or.* VII, 128 (1910) faßt *προθέμα* als „édit“, denkt, daß in der Lücke noch ein Wort für „veröffentlichen“ steht.

<sup>3</sup> Zum Wort vgl. der Nichtjurist etwa MOMMSEN, *Zeitschr. d. Sav.-Stiftung f. Rechtsgesch. Rom.* Abt. 12 (1892) 258 = *Gesammelte Schriften, Juristische Schriften* Bd. II, 184, wo es sich allerdings um die Proponierung der Reskripte handelt.

Die eigenhändige Verfügung des Edizierenden ist für die späte Zeit wohl nur durch Kaiseredikte wie *Nov. Val.* 9, 1 belegt, vgl. KRÜGER, *Gesch. d. Quellen* 266, 15.

Die Schreibung des Wortes unter unserer Urkunde ist auffallend. Ich zeigte sie meinem hochverehrten Kollegen WILHELM MEYER, dem ich die folgenden Bemerkungen verdanke. Das erste kursive p mit dem kleinen Kopf ist auffallend aber nicht anstößig, da ähnliche lang unter die Zeile herunterreichende Formen von jeher nachweisbar sind. Seltsam ist die Mischung der verschiedenen Schriftarten in den Buchstaben. Nach dem kursiven p folgt ein Majuskel-r, dann wieder die nur in der Kursivschrift ähnlich hoch gestellten Vokale o, o und u, die wir schon aus den von MASSMANN gedruckten lateinischen Reskripten aus Ägypten kennen, welche MOMMSEN im *Jahrb. d. gem. Rechts v. BEKKER und MÜTHER* VI (1863) 398—416 = *Juristische Schriften* 2, 342ff. besprochen hat. Das n ist halbnunzial. Das a ist halbnunzial, weder kapital noch unzial; es spielt bereits in die griechische Kursive hinüber. Diese seltsame Vermengung der verschiedenen Schriftzeichen beweist wohl, daß der Beamte, der diese Publikationsverfügung schrieb, der korrekten lateinischen Schrift nicht mehr mächtig war. Unter diesen Umständen ist der Schreibfehler um so leichter zu erklären.

1. 7. Wegen der Mißstände hat der Statthalter es für angemessen gehalten, seine Treue gegen den Kaiser zu betätigen, indem er gegen den Mißbrauch vorschreitet, durch den die kaiserlichen Verordnungen praktisch wie ungeschrieben wären.

1. 8. Besonders wird nun gehandelt von den *ἐγγράφοις ἐντετύξεσι*. Das Wort kann richtig sein, wenn es auch nach der Edition nicht sicher lesbar ist. Gerade auf diese schriftlichen Eingaben einer Partei (*ἐντετυξίς μονομερής*) bezog sich eine der einschneidenden Minderungen, die JUSTINIAN im Sporteltarif der officia herbeiführte, zum großen Leidwesen der Offizialen, die beweglich über den Verlust dieser Einnahmequellen jammern, vgl. LYDUS de magistratibus III, 25. Wahrscheinlich war also in unserem Edikte ein Hinweis auf diese justinianische Sportelordnung erhalten, die wir noch immer nicht kennen<sup>1</sup>.

1. 10ff. Hier folgt nun die Hauptbestimmung des Ediktes. Sie ist deswegen nicht sicher herzustellen, weil einerseits die Tarifsätze, die hier erscheinen, von denen der hauptstädtischen Beamten verschieden sind, über die allein wir etwas wissen; außerdem aber, weil die Einzelbestimmungen über die Sanktion, mit welcher die Überschreitung des Sportelsatzes bedroht wird, doch von JUSTINIANS Bestimmungen leicht im einzelnen abweichen konnten. Unter Vorbehalt möchte ich folgende Auffassung als wahrscheinlich richtige Hypothese vorläufig betrachten: in l. 11 ist mit 4 *κεράτια* (siliquae) der Normalsatz bezeichnet. Es handelt sich hier um die Sportel, die vom Beklagten im gewöhnlichen Prozesse für die conventio libellis an den zustellenden executor zu bezahlen ist. Das ist sicher, weil von *ὑπόμνησις*, also conventio, sowie von einem Zahlungsempfänger die Rede ist, dessen Tätigkeit das *ὑπομνησκειν* ist<sup>2</sup>. Der *αἰτιασάμενος* in l. 12 muß wie bei THEOPHIL. ad Inst. 4, 6, 25 und wie immer in den justinianischen Novellen der Kläger im Zivilprozesse sein. Die Sportel beträgt nach THEOPHIL. und Cod. Just. 3, 2, 5 für die üblichen Zivilprozesse der hauptstädtischen Gerichte  $\frac{1}{2}$  solidus bis zu 100 solidi Streitwert des erhobenen Anspruches; also hier wäre dieser Satz 12 siliquae, da 24 siliquae (*κεράτια*) auf den solidus gehen. Aber obwohl THEOPHILUS wie die Kodifikation nichts von solcher Beschränkung dieses Normalsatzes auf die hauptstädtischen Gerichte sagt, mag ebenso wie im Fiskalprozesse<sup>3</sup> auch im Zivilprozesse der Provinzen ein

<sup>1</sup> BETHMANN-HOLLWEG, Zivilprozeß 3, 201.

<sup>2</sup> Cod. Just. 3, 2, 4 pr. Vgl. auch Nov. 123 c. 27.

<sup>3</sup> Cod. 10, 11, 8, 8. Der Satz, daß von den provinziellen executores nur ein Drittel der hauptstädtischen Sportel gefordert wird, scheint mir auch aus Cod. 12, 21, 8 pr. klar. Dort wird einer privilegierten Klasse von Offizialen das Recht verliehen, dem executor höchstens nur 1 solidus an Sporteln zu bezahlen; wenn der executor ein apparitor eines vicarius oder eines Statthalters ist, bekommt er stets nur  $\frac{1}{2}$  solidus im Höchstfalle.

Drittel des Normalsatzes der Hauptstadt üblich gewesen sein<sup>1</sup>, also eben die vier siliquae unseres Ediktes. Gerade dieser Satz von vier siliquae ist ja auch im ganzen Reiche der Sportelsatz für die Kleriker nach Nov. 123 c. 28, nur daß diese auch nie ein Vielfaches desselben Satzes zu zahlen brauchten, selbst wenn der Streitgegenstand mehr als 100 solidi wert war.

Wie daneben der Satz von zwei siliquae zu erklären ist, bleibt dabei allerdings ganz dunkel. War hier von einer anderen Verrichtung als der conventio libellis die Rede? — Das ist ja sicher der Fall gewesen, wenn oben die *ἐντευξις* richtig verstanden wurde.

In der Lücke hinter l. 10 hieß es wohl: *τῷ ὑπομμνησκοντι [ἐκβιβαστῇ ἡγεμονικῶ ἢ οἰασδήποτε] ἄν εἴη τύχης*: der zustellende exsecutor ist entweder Official des praeses provinciae, also hier des dux et Augustalis Thebaidis oder ein Beamter eines anderen Offiziums, vgl. Nov. 86 c. 9, Nov. 124 c. 3.

l. 12. Hier soll anscheinend der Kläger (*αἰτιασάμενος*) selbst für die Mehrforderung der Sporteln seitens des Zustellungsbeamten haftbar gemacht werden. Zu dem Text *ὁ τῆς ὑπομμνησεως αἴτιος γεγονῶς καὶ τῆς τῶν εἰρη[μ]έ[γων] πο[ρο]τύλων ἀπαιτήσεως*, wie es wohl hieß, vgl. die Stelle bei Just. Cod. 3, 10, 2: *ἐάν τις τῶν ἐναγόντων ... πλείονος ζημίας αἴτιος τῷ αἰτιαθέντι γένηται*. Also sicherlich war auch in unserem Edikt von dem Kläger die Rede, dessen Klageerhebung für die Mehrerhebung von Sporteln Veranlassung gewesen war. Aber von einer Haftung des Klägers selbst wissen die Rechtsbücher nichts. Sie wäre ja auch sachlich bedenklich, da ja der exsecutor ohne Wissen des Klägers mehr Sporteln erheben kann, als er darf. Hieß es einfach, daß der Kläger selbst nicht hafte, aber der exsecutor von der sogleich zu erläuternden Rechtsfolge betroffen werde? —

l. 13f. Hier war die Haftung des exsecutor gegenüber dem geschädigten Beklagten bestimmt. Es ist der Fall der sog. actio condictia ex lege, wie JUSTINIAN in Inst. 4, 6, 25 diese von ihm neu erteilte Klage nennt: der exsecutor haftet dem unrechtmäßig zur Leistung der übermäßigen Sporteln Angehaltenen auf das Vierfache (vgl. THEOPHIL. ad h. l. Cod. Just. 3, 2, 2 pr. Nov. 124 c. 3, nach welcher letzteren Stelle das triplum aber an den fiscus fällt). In welcher Weise in unserem Edikt die Sanktion geordnet war, ist nicht sicher festzustellen. In der Lücke mag die Erwähnung der condemnatio auf das Vierfache fehlen. Jedenfalls besagte der Anfang von l. 13, daß dem unrechtmäßig Angeforderten der rechtswidrig eingezogene Betrag vom exsecutor zu erstatten sei. Was l. 14f. stand, ist noch unklar. WILCKEN schreibt mir,

<sup>1</sup> Cod. 3, 2, 5 darf nicht als Gegenbeweis dienen, da dort der Satz von ½ sol. nur beispielsweise erwähnt wird.

daß die Lesung des Herausgebers, die dieser selbst (bull. VII p. 129) als nur wahrscheinlich richtig bezeichnet hatte, unanfechtbar ist. Jedenfalls war eine besondere kriminale Sanktion angedroht. Vermutungen könnten an Nov. 86 c. 9 anknüpfen: entweder *σωφρονισμός . . . επαχθήσεται* oder *κίνδυνος . . . επαχθήσεται*.

I. 16. Hier folgte der Befehl der Übersetzung des Ediktes ins Koptische. Es ist eine hochinteressante Stelle für die Beleuchtung des Verhältnisses, in dem die byzantinische Verwaltung zur Landessprache stand: man mußte griechisch geschriebene Edikte ins Koptische übersetzen lassen! Das spricht für das Zurückgehen der griechischen Bildung unter der eingesessenen Bevölkerung. Andererseits ist im Vergleich mit modernen Rechtsanschauungen interessant, daß der römische Beamte sich anscheinend nichts dadurch vergab, daß er seine Verordnungen ins Koptische übersetzen läßt. Die ägyptischen Rechtssuchenden verkehren mit römischen Gerichtsbehörden, also müssen die römischen Behörden auch dafür sorgen, daß der Ägypter ihre Verordnungen versteht! — Die Lesung I. 16 am Ende ist leider unkontrollierbar, da hier einige Buchstaben nicht mehr auf das Faksimile gekommen sind. Über *proponatur* statt *fofonat* vgl. oben S. 252.

So bringt die Urkunde zwar sachlich wenig Neues für unsere Vorstellungen von dem justinianischen Gerichtswesen. Immerhin ist sie wichtig, weil sie, soweit ich sehe, der einzige Beleg für die Ausübung der *jus edicendi* durch einen Provinzialstatthalter im Reiche Justinians ist.

P. 67032 ist eine Vertragsurkunde von bedeutendem Interesse: ein Vertrag zwischen Personen, welche als Kläger im Reskriptenverfahren auftreten, mit ihren Sachwaltern (*executores negotii*). Da der Vertrag in Konstantinopel geschlossen ist, erhalten wir nun eine festere Grundlage für die Beurteilung des griechischen Geschäftsstils der byzantinischen Urkunden Ägyptens. Zwar wußten alle, die an den Urkunden mit rechtsgeschichtlichem oder wirtschaftsgeschichtlichem Interesse mitarbeiten, daß die späten Urkunden des sechsten Jahrhunderts eine ganz andere Sprache als die Geschäftsurkunden noch des vierten reden. Der Abstand vom zweiten Jahrhundert vor Christus und dem vierten nach Christus ist nicht so groß wie der zwischen dem zweiten und sechsten Jahrhundert nach Chr. Wir ahnten wohl, daß hier keine Entwicklung des ägyptischen Notariats vorliege, sondern ein Import des byzantinischen Kurialstiles, wie er in der Hauptstadt des Reiches ausgebildet war. Nun ist dies durch P. Cairo 67032 deutlicher geworden. Mit dem stärkeren Einflusse des Reichsrechtes auf das Rechtsleben hat sich eben auch die Rechtssprache der byzantinischen Praxis in Ägypten enger an die technische Sprache der konstantinopler Kanzleien angeschlossen. Und daraus erklärt sich das Auftauchen von *Termini*, die

bis zum sechsten Jahrhundert niemals in den ägyptischen Rechtsurkunden vorkommen. Weil diese byzantinische Amtssprache juristisches Kulturgut auch aus anderen hellenistischen Gebieten aufgenommen hat, deshalb sind gerade die byzantinischen Urkunden Ägyptens eine Fundgrube für denjenigen, der den älteren griechischen juristischen Denkformen in den Quellen der Spätzeit nachspürt.

Die Besprechung des sachlichen Inhaltes der Urkunde kann nicht ohne Eingehen auf den justinianischen Reskriptenprozeß erfolgen. Daher sei hier auf die Darlegung des Referenten über die neuen Urkunden zum justinianischen Reskriptenprozeß verwiesen, Gött. Nachr. 1911 Heft 2.

Neben den Urkunden aus dem byzantinischen Rechtsleben und aus der Provinzialverwaltung stehen die übrigen Stücke der Sammlung, Briefe, Quittungen, auch Vertragsfragmente, weit zurück, obwohl auch hier dem Herausgeber für die schnelle und umfassende Publikation der Dank der Fachleute sicher ist. Mit dem Dank an den Herausgeber, der mit seiner schönen Ausgabe uns die Hoffnung auf die schnelle Fortsetzung der Publikation gemacht hat, verbinden wir den Dank an die Cairener Museumsverwaltung, die durch die Beigabe schöner Phototypen den Fachleuten die Mitarbeit an dem schönen Werke MASPEROS ermöglicht hat.

Göttingen.

## 7. M. GELZER, Studien zur byzantinischen Verwaltung Ägyptens (H. XIII der Leipziger histor. Abh., auch als Leipziger philosophische Dissertation), Leipzig 1909.

[Göttingische Gelehrte Anzeigen 1911, 320—24]

Die vorliegende Schrift eines Schülers von ULRICH WILCKEN will einen ersten Versuch darstellen, die Papyri der späten Jahrhunderte, von Diokletian bis zur arabischen Invasion, für die Geschichte der byzantinischen Verwaltung Ägyptens auszuschöpfen. Die Geschichtsforschung wie die Erkundung der byzantinischen Verwaltungsorganisation und die Rechtsgeschichte können mit dieser Erstlingsschrift eines kenntnisreichen Verfassers sich reich befriedigt erklären. In vielen Fragen hat die Arbeit Grundlinien für weitere Forschung entworfen. Wo sie vorsichtig tastend auf Neuland vorschreitet, stellt sie neue wichtige Fragen für die Erkundung der byzantinischen Urkunden. Da diese Forschungen gleichzeitig mit dem Erscheinen der Cairener Papyri vom Dorfe Aphrodito (ed. JEAN MASPERO) vor die Öffentlichkeit treten, ist zu hoffen, daß mancher Jurist und Historiker diese byzantinische Zeit mehr zum Gegenstande selbständiger Erforschung machen wird als bisher, wo es vielfach in der Papyrologie nicht anders aussah als in der Forschung vom römischen Rechte. Wie man dort vielfach die justinianische Rechtsordnung nur als den historischen Abschluß älterer Rechtsentwicklungen würdigte, ohne sie als selbständiges Studienobjekt jemals in einer historisch-kritischen Darstellung zusammenzufassen<sup>1</sup>, so ist es in den jungen Jahren der Papyrologie auch gegangen: einzelne byzantinische Urkunden wurden mit der Behandlung von Fragen aus dem Wirtschafts- und Rechtsleben älterer Jahrhunderte verwoben, ohne daß ein jeder den Unterschied betonte, der zwischen dieser nachdiokletianischen Kulturwelt und der älteren Zeit und wiederum zwischen dem 4. und 6. Jahrhundert besteht.

In einem ersten Kapitel ist die Geschichte der ägyptischen Provinzen von 297—641 im Grundriß vorgelegt. Durch eine Verarbeitung der historischen und der kirchlichen Literatur einerseits, der Rechtsquellen neben den Urkunden andererseits gelangt der Verfasser zu einem in manchem Punkte neuen Bilde von der Entwicklung der ägyptischen

<sup>1</sup> Dazu vgl. MITTEIS, Zeitschrift d. Sav.-Stiftung f. Rechtsgesch. (rom. Abt.) 31, 392 f.

Provinzen: seit 297 zerfällt Ägypten in drei Provinzen, Aegyptus (Jovia) im Norden, Aegyptus Herculia oder Heptanomia als Nachfolger der alten Epistrategie gleichen Namens, endlich der Thebaïs im Süden. Nach einer Verschiebung in der Einteilung des Gebietes der Heptanomia sind von 341 bis 386 drei Provinzen erkennbar: Aegyptus, Augustamnica und Thebaïs, die seit 380/382 eine besondere Diözese unter dem praefectus Augustalis bilden, der selbst zugleich die Provinz Aegyptus regiert und den praesides der beiden anderen Provinzen übergeordnet ist. Seit frühestens 386 tritt dann die Provinz Arcadia, nämlich die wieder selbständig gewordene Heptanomis, neben der Augustamnica auf, deren Statthalter seit mindestens 383 corrector ist. Später ist dann eine Zweiteilung zwischen der Augustamnica und der Thebaïs erfolgt, und unter JUSTINIAN (Nov. 8 notitia) zerfällt auch die Provinz Ägypten in zwei Provinzen. Der Augustalis ist dabei nach Auffassung des Verfassers wesentlich ziviler Beamter mit militärischen Befugnissen nur für den Notfall. Dagegen steht die Thebaïs unter dem comes et dux, der selbst seit der Teilung der Provinz (schon vor 450) in der oberen Thebaïs seinen unmittelbar beherrschten Amtskreis hat. JUSTINIAN in seinem bekannten Edikte (XIII, von GELZER sicher auf a<sup>o</sup> 538 datiert) zerschlägt die Diözese Ägypten, hebt die alte Überordnung des Augustalis über das ganze Nilland auf und unterstellt als gleichgeordnete Einheiten die Aegyptus, die Augustamnica, die Arcadia, die Thebaïs dem praefectus praetorio orientis unmittelbar. Der Statthalter der Thebaïs ist nun auch dux et Augustalis ebenso wie der von Aegyptus.

Der zweite Teil der Arbeit ist dem Studium von Steuererhebung und Munizipalverfassung im 4. Jahrhundert gewidmet. Dem Stande unserer Kenntnis entsprechend finden sich hier nur interpretierende Bemerkungen zu einzelnen wichtigen Begriffen der Rechtsquellen und Urkunden, insbesondere zu der Analyse der Beamtschaft. Aber die Darstellung arbeitet doch weit schärfer, als es bisher geschah, den wesentlichen Zug der byzantinischen Verwaltungsorganisation heraus: im Anfange des 4. Jahrhunderts verschwindet die alte Gauverfassung, welche die Römer von den Ptolemäern übernommen hatten. Sie wird durch die civitates ersetzt, d. h. die Gemeinden, die nach der Anschauung der Rechtsquellen des 4. und 5. Jahrhunderts ganz Ägypten, das einstige Land der Gauverfassung ohne Städte, aufteilen und es ebenso zerlegen, wie die civitates sonst nach der gesetzlichen Theorie dieser Zeit das ganze Reich restlos aufteilen. In der einzelnen πόλις ist der exactor civitatis als oberster Lokalbeamter der Finanzverwaltung an die Stelle des alten *στρατηγός* getreten. Die Steuererhebung wird von den *ἐπιμεληται* (curatores) und den *ὑποδέκται* (susceptores) besorgt. Neben diesen liturgischen Beamten scheint doch nach Cod. Theod. 12, 1, 97 auch für die Steuerpacht noch ein gewisser Raum geblieben zu

sein, obwohl unsere Urkunden bisher davon wohl keine Spur enthalten. Die ländlichen Steuerbezirke stehen unter dem *praepositus pagorum*, alle liturgischen Beamten unter der Kontrolle von *compulsores*. Im einzelnen hat GELZER hier manches neue Ergebnis gut herausgebracht, manche weitere Fragestellung angebahnt.

Der dritte Teil der Arbeit enthält interessante Gesichtspunkte zu der Entwicklung der ägyptischen Agrar- und Gemeindeverhältnisse seit dem 4. Jahrhundert. Die Entstehung des schollenfesten Kolonates und des neuen Großgrundbesitzes der *potentiores* wird hier besprochen — Darlegungen, die schon gebührende Beachtung gefunden haben<sup>1</sup>. Im 4. Jahrhundert ist in Ägypten ein stark ausgebildeter Privatbesitz eines Bauernstandes vorhanden — im 6. Jahrhundert ist auch Ägypten ein Land der Latifundienwirtschaft mit den hörigen Kolonen. Der alte Bauernstand wird zugleich mit der oben geschilderten Munizipalverfassung in eine bedrängte Verteidigungsstellung getrieben. Während im Anfang des 4. Jahrhunderts noch die städtischen und ländlichen Grundbesitzer ausschließlich den Gemeinden steuerbar sind, beginnt im 4. Jahrhundert die Bildung der neuen Adelsklasse der *potentiores*: Offiziere, Kurialen, Beamte schlagen großen Grundbesitz zusammen. Da die Reichsgewalt allzu schwach ist, bieten die „mächtigen Leute“ ihr in der Steuereinhebung, in der Verwaltung, in der Rechtspflege Trutz. Freie Bauern treten in ein Schutzverhältnis zu diesen Grundherren, die ihre Klienten gegen den Staat protegieren. Vergebens bekämpft die Gesetzgebung der Kaiser diese *patrocinia*, bis sie im Jahre 415 (Cod. Theod. II, 24, 6) nachgibt und die bisherigen Schutzgenossen den Patronen überweist, damit diese für die Steuerleistung ihrer Hörigen fortan dem Staate haften. Die Lösung der Steuerzahler vom Gemeindeverbande ist damit wohl begonnen. Im 5. Jahrhundert erfolgt eine Neubildung in der Lokalverwaltung, welche den sich selbst verwaltenden *civitates* keinen Abbruch tut. Das sind die Pagarchen, Beamte, die für das offene Land (*pagus*) einer *civitas* eingesetzt sind und die von zahlreichen Steuerzahlern die Abgaben eintreiben. Die *civitates* sind damit nicht sogleich ganz ausgeschaltet, vielmehr finden sich Dörfer, welche noch nach autonomer „Verfassung“ (*κατὰ τὸ αὐτόπρακτον σχῆμα*) die Abgaben an ein lokales Rentamt zahlen. M. GELZER hat zu dieser Frage jüngst noch weitere wichtige Feststellungen beigetragen (Arch. f. Pap.-Forschung 5, 188f.). Die Autopragie ist das Privileg, während einer Viermonatsfrist nach Veröffentlichung des Steuerediktes selbständig und freiwillig, ohne Beitreibung durch die Provinzialbehörde, die Steuern zu zahlen (Cod. Theod. II, 22, 4. II, 1, 34). Dieses Selbsthandeln der privilegierten Gemeinden gibt also die Möglichkeit,

<sup>1</sup> Vgl. ROSTOWZEW, Studien zur Geschichte des Kolonates 1910 S. 225.

durch rechtzeitiges Beitreiben der Steuern von den Bürgern die staatliche Steuereinhebung auszuschalten. Aber die Pagarchen suchen ihre Macht auf Kosten der civitates auszudehnen, und so kommt es zu Plackereien der Pagarchen gegen die freien Dörfer, die das Recht der „Autopragie“ haben. Einen solchen Kampf zwischen Pagarch und freiem Dorf erläutert der Verfasser in einer interessanten Erklärung von P. Cairo 67002 (= P. Aphrodito Cairo 1). Diese Ausführungen erhalten jetzt Bestätigung und Ergänzung durch P. 67019.

Auf das Detail der Urkundenforschung des Verfassers einzugehen verbietet an dieser Stelle der Raum. Nur eine Bemerkung zu Cod. Just. II, 51, 1! Der von den Vorfahren bestimmte Rechtssatz (lex a maioribus constituta), der in den anderen Provinzen außer Palästina das Verlassen der Scholle dem Bauern (colonus) verwehrte, scheint in unseren Rechtsbüchern wie so viele andere Gesetze des 4. und 5. Jahrhunderts nicht erhalten zu sein. SEECK wollte allerdings Cod. Theod. 5, 17, 1 als dieses alte Gesetz ansprechen. GELZER lehnt das mit Recht ab, da diese Konstitution den Rechtssatz vielmehr schon voraussetzen scheint. Man könnte zweifeln, ob überhaupt ein älteres Kaisergesetz gemeint war. Lex a maioribus constituta kann trotz der üblichen Gegenüberstellung von jura und leges im Theodosianus auch ein Rechtssatz der älteren Zeit sein, der schon in den klassischen Rechtsbüchern des Verwaltungsrechtes seinen Niederschlag gefunden hatte. Wenn aber wirklich ein älteres Kaisergesetz hier vorläge, bliebe immer bemerkenswert, daß ein Rechtssatz des Reichsrechtes die Bindung des Bauern an die Scholle aus der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des colonus zum Bebauen des übernommenen Feldes entwickelt zu haben scheint. Jener alte Rechtssatz soll gelautet haben: ut illis non liceat ex his locis quorum fructus relevantur abscedere nec ea deserere quae semel colenda receperunt. Man kann streiten, ob darunter zwei Kategorien von Kolonen, die, welche eigenes Land bebauen und von dessen Früchten leben, und die Pächter, welche fremdes Land, meist kaiserliches Domänen- oder Staatsland zur Bebauung übernehmen, zu verstehen sind. Jedenfalls spielen die letzteren für das Gesetz und die daraus folgende Bindung an die Scholle eine besondere Rolle. Es ist sicher mehr als ein Zufall, daß in Ägypten der Pachtvertrag der Kolonen mit der Domäne oder dem Staat von jeher als „Annehmen des gepachteten Bodens zur Bebauung“ bezeichnet wird. ἐπιδέχασθαι ist der technische Terminus der griechischen ὑποστάσεις, also jener Pachtverträge, durch welche der βασιλικὸς γεωργός die gepachteten Hufen übernimmt, vgl. die Stellen bei WILCKEN, Archiv 2, 120; ROSTOWZEW, Kolonat 32. Schon in den demotischen Papyri des zweiten Jahrhunderts vor Chr. lautete der Terminus in der Erklärung des Pächters „Annehmen“ (shp.). ἐπιδέχασθαι τὰ τῆς γεωργίας sagt die ptolemäische Königsverordnung in P. Par. 63

Z. 90 (col. 3) (PETRIE III p. 26). Das *colendum suscipere* klingt wie eine Wiedergabe des technischen Wortes der ägyptischen Kolonatspacht. Und gerade bei Begründung dieses Kolonenverhältnisses durch Schuldvertrag wird seit Jahren in Ägypten vom Kolonen die Verpflichtung übernommen, daß er dauernd auf dem gepachteten Gute zur Bebauung zur Stelle sein werde (P. dem. Berl. (REVILLOUT *Mél. sur le métrol.* p. 146f.) P. Tebt. 216 (bei ROSTOWZEW, *Kolonat* 214). Im System der Zwangspacht mit Nötigung des Kolonen zum Neuabschluß der Pacht oder zum dauernden Einhalten des einmal eingegangenen Vertragsverhältnisses lag ohne weiteres, daß die Bindung an die Scholle für alle diejenigen, die einmal Kolonen waren, zum dauernden Lebensverhältnis werde. Die Bindung der ägyptischen Provinzialen an ihren Heimatsort (*idla*), wie ROSTOWZEW sie jetzt wirksam dargestellt hat, tat ein Übriges. Die übliche Übertragung des Grundstückseigentums an den *potentior* unter gleichzeitiger Mitübernahme ins Kolonatsverhältnis muß im 4. und 5. Jahrhundert diese Bindung kraft *Kolonates* auch in denjenigen Kreisen zur Regel gemacht haben, die nicht als Pächter von Staatsland schollenfeste Kolonen waren. Wie groß war praktisch hier noch der Schritt zu einem Rechtszustande, der kraft öffentlichen Rechtes den Bauern an die Scholle fesselte und ihn zum erblichen Landmann machte? — Rechtlich ist die Bindung des Kolonen an seine Scholle vielleicht nicht anders zu beurteilen als jene andere Entwicklung, die auch im spätrömischen Staate Justinians vollzogen ist: aus den anfänglich rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen, durch welche ursprünglich die Beamten dem Staate gegenüber die Gefahr aus ihrer Amtsführung mit Bürgenkaution übernahmen, ist die kraft öffentlichen Rechtes eintretende Garantiehftung geworden, wie sie im justinianischen Edikt XIII alle Beamten vom *Augustalis* bis herab zu den *curiales* trifft.

Göttingen.

## 8. D. P. PAPPULIAS,

*Ἱστορικὴ ἐξέλιξις τοῦ ἀρραβῶνος ἐν τῷ ἐνοχικῷ δικαίῳ.*

### Geschichtliche Entwicklung der Arrha im Obligationenrecht. Leipzig 1911.

[Göttingische Gelehrte Anzeigen 1911, 713—32]

Die Arbeit von DEMETRIOS PAPPULIAS über die historische Entwicklung der Arrha im Obligationenrecht hat deshalb ihre eigenen Verdienste, weil sie gerade aus der Verknüpfung der Papyrusurkunden mit den Nachrichten aus dem altgriechischen Recht zu mancher wertvollen neuen Feststellung gelangt. Nach einer kurzen treffenden Besprechung der wenigen literarischen Notizen, die wir aus der altgriechischen und hellenistischen Literatur über das Handgeld besitzen, das bei Abschluß von Verpflichtungsgeschäften gegeben wird (ARISTOT. Pol. I. 4, 5. ISAIOS Or. 8, 23. Inscr. Oib. Ditt. Syll. I 226) geht der Verfasser zunächst auf die Besprechung des altgriechischen Rechtes des ἀρραβῶν ein. Es handelt sich hier um die Erläuterung des berühmten Theophrast-Fragmentes aus Stob. flor. 44, 22. Der Verfasser nimmt im Gegensatz zu den modernen deutschen Philologen und den französischen juristischen Bearbeitern des altgriechischen Rechtes eine doppelte Rechtsnatur der altgriechischen Arrha an: er spricht einerseits vom ἐπιβεβαιωτικῶς χαρακτήρ, also von der Funktion der Arrha als Zeichen des bindend zustande gekommenen Kaufvertrages zu dienen (arrha confirmatoria), andererseits von der Rechtsnatur der Arrha als arrha poenitentialis, ὡς ποινή μετανοίας. Beide Funktionen der Arrha findet der Verfasser in dem berühmten Theophrast-Fragmente bezeugt. Dort, wo es heißt, daß „die ὀνή-προῶσις, wenn man die Arrha empfängt, wirksam sein soll zur Übergabe und zum Verkauf selbst“, soll es sich handeln um die bestärkende Arrha. Auf Grund der Verabredung über Ware und Preis soll aus dem Geschäfte, das mit Darreichung des Handgeldes erfolgt, eine Klage auf Erfüllung des Kaufvertrages gehen, die bei den Lexikographen die δίκη βεβαιώσεως heißt (HARPOKR. 44, 14. BEKKER Lex. Seg. 220, 3). Der Verfasser hält diese attische Klage für eine echte Klage auf Erfüllung. Er deutet die „Wirksamkeit zur παράδοσις und zum ἀπὸ τὸ πωλεῖν“ bei THEOPHRAST auf eine obligatorische Wirkung des Kaufgeschäfts, dergestalt, daß der Käufer die Klage auf Lieferung der Sache, der Verkäufer die auf Zah-

lung des Kaufpreises habe. Im Gegensatz dazu spricht er von der Arrha als Rücktrittsstrafe. THEOPHRAST berichtet von den griechischen Gesetzgebungen, welche den Fall regeln, daß der Verkäufer, der die Arrha empfangen hat, nicht den Preis empfangen will oder daß derjenige, der die Arrha gegeben hat, nicht den Preis binnen der gesetzlichen oder der von den Parteien gesetzten Frist zahlt. Der im Verzug befindliche Verkäufer haftet entweder auf die Zahlung der doppelten Arrha oder auf Zahlung des Betrages des Kaufpreises oder, kraft besonderer Abrede, sogar auf beides. Der säumige Käufer, der binnen der Frist nicht Zahlung des Preises und Übernahme der gekauften Sache angeboten hat, verliert die Arrha. Diese Reustrafen wurden bisher von den französischen Juristen DARESTE und BEAUCHET als Begleiterscheinungen einer unvollkommenen Bindung aufgefaßt, welche die Folge des Geschäfts mit der Arrha gewesen sei: bis zum Ende der gesetzten Frist hätten beide Teile ein Rücktrittsrecht gehabt, allerdings unter Verfall der gezahlten Arrha oder unter Zahlung des Reugeldes. Erst nach Ablauf der Frist hätten beide Parteien voll auf Erfüllung gehaftet. PAPPULIAS widerspricht dieser Auffassung mit Recht. Nach ihm hat die Frist die Bedeutung, daß bis zu ihrem Ablaufe der Käufer vom Verkäufer auf Erfüllung des Kaufs belangt werden kann. Nach dem Fristablauf kann der Käufer, wenn er nicht auf Erfüllung belangt ist, nicht mehr in Anspruch genommen werden. Er gilt als zurückgetreten und verliert seine Arrha. Andererseits muß der Käufer, wenn er die Übergabe verlangen will, bis zum Ablauf der Frist Zahlung angeboten haben. Sonst nimmt ihm die Rücktrittsvermutung, die mit dem Fristablauf eintritt, seinen etwaigen Anspruch gegen den nicht lieferungsbereiten Verkäufer. Diesen Rechtszustand will PAPPULIAS annehmen, indem er auf die hellenistischen Papyrusurkunden hinweist, nach denen bei einem Arrhageschäft, das ohne Bestimmung über einen Leistungstermin zur Zahlung und Abgabe der Sache erfolgt, der Verkäufer gegen den Käufer wahrscheinlich alternativ klagt auf Erfüllung des Arrhageschäftes oder Erlaß eines Urteils über die Verwirkung der Arrha. Die Haftung auf Erfüllung des Vertrages soll nach PAPPULIAS während der kurzen Frist zur Vollziehung des Barkaufs, von der THEOPHRAST berichtet, untergehen.

Dem Referenten ist es wahrscheinlich, daß PAPPULIAS mit seinem Widerspruch gegen die französische Lehre im wesentlichen recht hat: BEAUCHET und DARESTE gelangen zur Annahme eines zunächst unvollkommen bindenden Kaufes mit Rücktrittsrecht bis zum Fristablauf, nach Fristablauf zur vollen Haftung für Erfüllung aus dem Konsensualkontrakt. Davon steht nichts bei THEOPHRAST und es wäre seltsam, wenn THEOPHRAST über die nachher eintretende Haftung der beiden Parteien auf Erfüllung des Kaufes nichts gesagt hätte, während er die

Lehre von der Arrha als Reugeld für das oft nur einen Tag lang geltende angebliche Rücktrittsrecht ausführlich vorgelegt hätte. Außerdem müßte dann allerdings im hellenistischen Rechte konsequenterweise wie im römischen Rechte ein Erfüllungsanspruch beider Teile bestanden haben, auf Tradition und auf Preiszahlung, während PAPPULIAS richtig zeigt, daß dort aus dem Arrhageschäft nur der Verfall der Arrha bzw. die Zahlung des duplum der Arrha folgt. — Aber auch PAPPULIAS hat die Darstellung bei THEOPHRAST kaum voll verstanden, und was er bietet, ist eine den praktischen Juristenverstand wenig befriedigende Lösung: den Anspruch auf Erfüllung des Vertrages, d. h. den Anspruch des Käufers auf Übergabe der Sache, des Verkäufers auf Preiszahlung habe man nur binnen der kurzen, oft nur einen Tag währenden Frist gekannt, die nach Gesetz oder durch Parteibelieben zur Anbieten des Kaufpreises dem Käufer gesetzt war? — Und das zur Vermeidung der Prozesse (S. 18 Anm. 10)? Ich glaube, dieser Gedanke kann schon deshalb als ausgeschlossen gelten, weil kein entwickeltes Recht, soweit wir wissen, die Erfüllungshaftung auf den Kauf auf einen oder mehrere Tage beschränkt hat, um nachher den Verkäufer, der mit großen Kosten sich vielleicht die verkaufte Warenladung erst verschafft hat, auf den Betrag der Arrha zu verweisen.

Vielmehr muß das altgriechische Recht der Arrha eben auf einem Rechtszustande gewesen sein, der noch nichts davon weiß, daß aus dem mit Arrha geschlossenen obligatorischen Geschäfte der Verkäufer auf Leistung der Ware belangt und zu deren Leistung gezwungen werden kann, daß andererseits der Käufer auf Grund des Arrhageschäftes auf Zahlung des Kaufpreises belangt werden kann. Warum wissen die Papyri der hellenistischen Zeit nichts von solchem Anspruch des Käufers auf Lieferung der Sache, von einem Anspruch des Verkäufers auf Zahlung? — Immer findet sich nur die Haftung, die an die Arrha anknüpft. Der Verkäufer, der nicht leistet, wird zur Zahlung der doppelten Arrha verurteilt, der Käufer, der nicht den Preis anbietet und Tradition verlangt, verwirkt die gezahlte Arrha. Von einer entwickelten Erfüllungshaftung, die etwa mit einer *δίκη βεβαιώσεως* geltend gemacht wurde, ist in den Papyri m. W. keine Spur. Und ich glaube, wir kennen diese Erfüllungshaftung auch nur durch einen Interpretationsfehler, den wir alle — oder den mindestens die bisher zum Wort gekommenen modernen Autoren machten.

Vorsichtige Forscher haben schon festgestellt, daß man nichts von einer Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises nach altgriechischem Rechte wisse. Aber auch unsere Kenntnis über die *δίκη βεβαιώσεως* des Käufers gegen den Verkäufer auf Lieferung führt kaum zur Annahme, daß hier der Käufer vom Verkäufer die Tradition der Sache zu verlangen — und durchzusetzen imstande ge-

wesen sei. Die Lexikographen (HARPOKR. BEKKER 44, 14 Lex. Seguer. 220, 3) sagen, daß der Zweck der Klage gewesen sei, daß der Verkäufer dem Käufer „gewähre, wofür die Arrha gegeben war“. Heißt das, daß die *δίκη βεβαιώσεως* zu einer Verurteilung zur Tradition führte? — Diesen Nachrichten genügt es völlig, daß diese Klage praktisch für den Verkäufer einen so drohenden Nachteil im Gefolge hatte, daß er regelmäßig unter dieser Drohung die Erfüllung der Verpflichtung aus dem Arrhageschäfte vollzog. Welche drohende Folge kann das gewesen sein? Eine Verurteilung zur Leistung, eine Wegnahme der Sache in der Zwangsvollstreckung kommt kaum in Betracht. Denn obwohl die Möglichkeit solcher Urteile im attischen Prozesse gelehrt wird<sup>1</sup>, wären sie doch erst aus den Quellen zu erweisen. Die erhaltenen Schemata von attischen Klagen haben alle das *τίμημα*, den Antrag auf Geldkondemnation. — Aber was wissen wir denn sonst von der *δίκη βεβαιώσεως*? Sie ist zugleich die Klage aus der Gewährschaftsverletzung bei dem Angriff dritter besser Berechtigter auf den käuflichen Erwerber einer Sache<sup>2</sup>. Es darf heute als wahrscheinlich gelten, daß die Klage den Zweck hatte, den Vormann, der die Sache an den Besitzer veräußert hatte, zur Übernahme der Defension im Prozesse gegen den besser berechtigten Dritten herbeizuziehen<sup>3</sup>. Aber RABEL hat schon hervorgehoben, daß unmöglich das Urteil im Gewährschaftsprozesse einfach auf die Leistung der Defension lautete<sup>4</sup>. Er wies nach, daß der finanzielle Erfolg dieser Gewährschaftshaftung regelmäßig darin besteht, daß der Veräußerer, der nicht defendierte, den Kaufpreis oder ihn und den Schaden einfach an den Erwerber zu zahlen hat<sup>5</sup>. Also wird für diese *δίκη βεβαιώσεως* im Gewährsverfahren wahrscheinlich, daß der Antrag des Klägers und das Urteil lautete auf *βεβαιώσῃ ἢ ἐπίσῃ τὴν τιμὴν*<sup>6</sup>. Und nicht anders wird auch unsere *δίκη βεβαιώσεως* im Klageantrag und in dem Urteil gelautet haben: auf Übergabe der Sache oder Zahlung des Preises. Das darf nach der Identität des Namens *δίκη βεβαιώσεως* als wahrscheinlich gelten. Trifft aber diese Vermutung zu, dann ist klar, was diese *δίκη βεβαιώσεως* ist: nichts anderes als die Klage, welche nach THEOPHRASTS Bericht über

<sup>1</sup> LIPSIUS, Att. Prozeß, S. 220.

<sup>2</sup> BEKKER, Lex. Seguer. p. 214. POLLUX VIII 34. Dazu BEAUCHET, Hist. du dr. privé 4, 133 ff.

<sup>3</sup> Vgl. die Literatur bei PARTSCH, Bürgschaftsrecht I, 345, 3.

<sup>4</sup> So fürs römische und germanische Recht RABEL, Haftung des Verkäufers I, 20f.

<sup>5</sup> Vgl. schon LIPSIUS, Att. Prozeß 721. BEAUCHET, Histoire 4, 136. RABEL S. 146.

<sup>6</sup> Dazu vergleiche auch POLLUX VIII 34 für die Zahlung mit der *δίκη βεβαιώσεως*; . . . τὸν δὲ (der Verkäufer im Falle der Gewährschaft) προσήκει βεβαιῶν ἢ μὴ βεβαιῶντα ὑπεύθυνον εἶναι τῆς βεβαιώσεως. —

die Ordnung der Thurier und wohl auch anderer altgriechischer Gesetzgebungen den Verkäufer trifft, der sich weigert, binnen der gesetzlichen oder von den Parteien vereinbarten *προθεσμία* den Kaufpreis entgegenzunehmen! Es ist sehr zu beachten, daß auch nach dem Schema, das PAPPULIAS für die hellenistische Klage des Käufers bei Verweigerung der Annahme der Arrha nach den Papyri richtig herausgearbeitet hat, der Antrag und das Urteil lauten auf „Lieferung mit Annahme des Preises oder Zahlung des doppelten der Arrha“ (*καταγράφη ἀπολαμβάνων τὸ λοιπὸν τῆς τιμῆς ἢ ἐπίσειε τὸν ἀρραβῶνα διπλοῦν* [PAPPULIAS 69 nach BGU 446, 14. Lond. II, n. 143 p. 334, 21 ff.]). In diesem Schema vertausche man nur das duplum der Arrha nach THEOPHRASTS Anweisung mit der *τιμῆ*, auf welche im altgriechischen Recht nach wichtigen Gesetzgebungen gehaftet wird — und man findet unsere Hypothese bestätigt. Ich glaube also gute Gründe zu haben, wenn ich die *δίκη βεβαιώσεως* nicht als Geltendmachung einer Haftung auf Vertragserfüllung aus einem obligatorischen Kaufvertrage betrachte, sondern als die Form, welche die Klage auf Zahlung der doppelten Arrha in den Rechten angenommen hatte, welche statt auf die doppelte Arrha den säumigen Verkäufer auf die Zahlung des Preisbetrages haften ließen<sup>1</sup>.

Wie stellt sich darnach die Ausgestaltung des griechischen Arrha-rechtes? Wie kommen wir mit der Darstellung bei THEOPHRAST aus?

M. E. haben in der Auffassung des griechischen Rechtes bei dem Kaufe mit Arrha wie bei den Erläuterungen des Theophrastfragmentes die romanistischen Denkformen und das unbewußte Verweilen aller modernen Erklärer, auch der Philologen, bei den Pandektenbegriffen uns bisher an der richtigen Auffassung gehindert. Man denkt immer an den modernen Begriff des obligatorischen Kaufes: zwei Willenserklärungen, die sich auf dasselbe Ziel, Ware und Preis, vereinigen, ein Arrhasymbol als Zeichen für die Einigung, und als juristische Folge daraus zwei klagbare Verhältnisse, eine Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe, eine Verpflichtung des Käufers zur Preiszahlung. — Aber von allen diesen Vorstellungen wissen die griechischen Quellen nichts. Wann haftet der Verkäufer nach modernem Recht wie nach dem römischen Recht der klassischen Zeit? Wenn er nicht liefert, nicht tradiert. — Und wie beschreibt der griechische Lexikograph den Haftungsfall für den Verkäufer? — „wenn er nicht den Kaufpreis empfängt“. Wann ist das „Verkaufen“ nach römischem und modernem Recht vollzogen? — wenn die beiden Parteien über Ware und Preis die Einigung erklärt haben. — Aber im griechischen Recht ist das *πωλεῖν*,

<sup>1</sup> Die Zweifel, die LIPSIVS Att. Prozeß 721 gegen die Existenz der Klage ausspricht, sind m. E. nicht gerechtfertigt. PAPPULIAS S. 11 ff. hat den Text von Lex. Seg. 220, 3 m. E. durchaus befriedigend erklärt.

das Verkaufen, *erst eine Folge* der beiden sich treffenden Willenserklärungen! Das *πωλεῖν* ist ein den beiden Willenserklärungen gemäß erfolgendes und also notwendig ihnen nachfolgendes Ereignis, das der Philosoph mit der *παράδοσις* gleichstellt!

Danach schlage ich folgende dogmatische Auffassung des Arrha-Vertrages bei dem griechischen Kaufe vor: die bloße Willenseinigung, welche im römischen Recht zur Entstehung der beiden Obligationen des Verkäufers und des Käufers führt, hat im altgriechischen Recht für sich allein nicht haftungsbegründende Wirkung. Damit soll nicht die alte Hofmannsche Lehre aufgenommen sein, welche dem Konsensualvertrag bindende Wirkung nach altgriechischem Rechte absprach<sup>1</sup>. Nach unseren allgemeinen Begriffen vom attischen Recht müßte es möglich gewesen sein, daß die Parteien den Konsensualvertrag durch *ὁμολογία* vor Zeugen abschlossen und daß darum geklagt wurde. Auch der Abschluß des Kaufvertrages in einer mit rechtsbegründender Wirkung ausgestatteten Schuldurkunde (*συγγραφή* mit *κρίαι*-Klausel) erscheint uns denkbar. Aber von beiden Gestaltungen wissen wir nichts Genaueres nach attischen Quellen. Wahrscheinlich erzeugte die bloße ohne solche besondere Form erklärte Willenseinigung der Parteien keine obligatorischen Verpflichtungen, die mit einer *δίκη* geltend gemacht werden konnten. THEOPHRAST weiß sehr wohl, daß es die Hingabe des Angeldes ist, welche der Willenseinigung von Verkäufer und Käufer die Wirkung verleiht, Ansprüche zu erzeugen. In der Arrha liegt nach den Grammatikern die Sicherheit (*ἀσφάλεια*, Etym. Magn. Suid. Etym. Gud. s. v. *ἀρραβόν*) bei dem Vertrage. Die Arrha erschwert die Treulosigkeit gegen den Vertrag (Etym. Magn. Etym. Gud. l. c.). Wer hier die Arrha als bloßes *argumentum contractus* abtun will, bringt etwas in die Quellen hinein, was diesen fernliegt. Die Fragen nach der Beweisbarkeit des Vertrages, nach dem Moment, in welchem der Kaufvertrag zustande kommt, kommen im Theophrast-Fragment wie in allen anderen Äußerungen der griechischen Quellen über die Rechtsnatur des Institutes nicht in Betracht. THEOPHRAST spricht von der materiellrechtlichen Wirksamkeit des Arrhageschäftes zur *παράδοσις* und hebt die Voraussetzungen dieser Wirkung hervor. Die Arrha wird dabei vielfach als Pfand angesehen. PAPPULIAS betont richtig, daß dieser Pfandgedanke, der sicher aus Griechenland in die römischen Quellen kam, im Rechte der klassischen Quellen nicht ernst zu nehmen ist. Der Gedanke an die Sicherungskraft eines Pfandes entfällt in den zahlreichen Fällen, in denen die Arrha in einem Gegenstand, etwa einem Ring, besteht. Aber es bleibt doch bemerkenswert,

<sup>1</sup> HOFMANN, Beiträge zur Geschichte des gr. u. röm. Rechts. S. 105. Dagegen LIPSIVS, Jahresbericht f. d. Fortschr. d. klass. Altertumswissensch. 2 (1873) 1907. Von der Bedeutung des griechischen Rechtes 1893 p. 27.

daß der Arrha mit dem Pfand eine juristische Gemeinsamkeit bleibt: der Vorgang der Haftung wie der Einlösung des Pfandes.

Die Forschung hat herausgestellt, daß die primitive Form des griechischen Pfandes diejenige ist, bei der nur die Pfandsache als Haftung für die Erfüllung des Schuldvertrages steht. Die Zahlung aus dem Schuldvertrage ist dabei ursprünglich gar nicht mit einer Klage zu erlangen, sie erscheint nicht als Inhalt einer persönlichen Haftung des Schuldners. Ebenso ist bei dem Arrhakauf die Arrha das einzige Haftungsobjekt. Wenn der Käufer den Kaufpreis anbietet und dadurch sein Unterpfand in Gestalt der Arrha einlöst, zahlt er so wenig auf einen gegen ihn bestehenden schuldrechtlichen Lieferungsanspruch, daß das Recht ihn praktisch ganz anders behandelt als z. B. den persönlich haftenden Darlehens- oder Depotvertragsschuldner, der die empfangene Summe zurückzahlt. Das zeigt sich bei der Anwendung des Rechts der Legitimationsmarke. Wenn der Depositär die deponierte Summe an den unberechtigten Vorzeiger der vereinbarten Erkennungsmarke auszahlt, wird er frei<sup>1</sup>. Wenn dagegen statt des Käufers ein anderer die vereinbarte Erkennungsmarke dem Verkäufer vorzeigt und unter Zahlung des Restkaufpreises die Ware sich ausliefern läßt, ist nicht der Verkäufer einer Verpflichtung aus dem Arrhavertrage ledig geworden und daher gegenüber dem Käufer befreit, sondern es ist der nach dem Arrhageschäfte projektierte Kauf unmöglich geworden und der Verkäufer ist dem Käufer zur Herausgabe der Arrha verpflichtet. So erklärt sich wohl der Vorgang bei PLAUTUS Pseudolus, wo das griechische Vorbild getreulich vom lateinischen Dichter nachgebildet ist<sup>2</sup>.

Aus dem Arrhageschäfte haftet der Käufer nur mit der Arrha. Wenn er sie auslöst, indem er zahlt und die Tradition empfängt, erfolgt dadurch erst das *πωλεῖν*, das Verkaufen, der Austausch von Ware und Preis, von dem THEOPHRAST spricht. Noch die arabische Version des syrisch-römischen Rechtsbuches (Ar. 32) gibt hier gut die griechische Auffassung wieder, wenn sie bei der Darstellung des Verzugs des Verkäufers, der die Arrha empfangt, sagt: „wenn dann der Verkäufer ihn (d. h. den leistungsbereiten Käufer) täuscht und *nicht verkauft* . . .“. Ebenso spricht die Pariser Version P. 21 von „nicht kaufen wollen“ des Käufers, der die Arrha verwirkt.

Dieser Gedanke, daß der Käufer bei dem Arrhageschäfte ein Pfand

<sup>1</sup> PLAUTUS Curculio v. 554.

<sup>2</sup> Gegen eine schiefe moderne Auffassung bei FREUNDT, Wertpapiere im antiken und mittelalterlichen Rechte 2, 198ff., vgl. meine Ausführungen Ztschr. f. Handelsrecht 1911. Der unberechtigte Vorzeiger der Erkennungsmarke wird hier nach griechischem Recht nicht Eigentümer der ihm ausgelieferten Sache, da er nicht den Kaufpreis bezahlt hatte.

gibt, das er durch Vollziehung des folgenden Barkaufes einlöst, ist in dem Aufbau des altgriechischen Kaufrechtes klar: der Käufer muß den ersten Schritt zur Vollziehung des Barkaufes tun. Die Gesetze oder die Parteien setzen eine Frist für die Anbietung des Kaufpreises, nach deren Ablauf der Käufer als säumig gilt. Der Verkäufer kommt dadurch zu einer Haftung, daß er den angebotenen Preis ablehnt. Daß er selbst nicht liefert, wird nur als Konsequenz dieser Ablehnung stillschweigend vorausgesetzt. Und noch in der hellenistischen Klage auf Zurückziehung des Arrhageschäftes spielt diese Aufforderung an den Käufer zum Vollzug des Barkaufes eine Rolle. Praktisch unterscheidet sich dies ja nicht sehr bedeutend von dem klassischen römischen Zustande, wie ihn die herrschende Lehre heute noch im Anschlusse an KELLER auffaßt. Auch danach kann der Käufer nur die Verurteilung des Verkäufers verlangen, wenn er selbst den Preis anbietet. Aber zweifellos ist im römischen Rechte mit seinem Synallagma der beiden Schuldverhältnisse doch der Gedanke klar, daß der Käufer Lieferung der Sache verlangt und den Schadensersatz wegen Nichterfüllung dieses Anspruchs ohne Rücksicht darauf durchsetzt, ob der Verkäufer den Preis annimmt.

Der Gedanke, daß nach dem Arrhageschäft ein Barkauf stattfindet, dessen Zustandekommen durch das Arrhageschäft vermittels Haftung auf die Arrha gesichert wird, führt bei dem Gattungskauf zu eigenartigen Konsequenzen. In P. Magdola 26 (3. Jahrhundert a. Chr.) sehen wir, daß bei einer ersten Lieferung von Wein aus einem Lieferungskauf der Preis für die erste Lieferung bezahlt wird und eine Erhöhung der Arrha durch erneute Zahlung eines Handgeldes stattfindet. Die Arrha ist hier eben nicht Zeichen für Abschluß eines obligatorischen Vertrages, sondern nachdem wohl bei der ersten Zahlung die anfangs gegebene Arrha mitgerechnet worden ist, muß, wahrscheinlich damit eine Haftung für die zweite Lieferung entsteht, nochmals eine Arrha vom Käufer gegeben werden.

Wenn eine der Parteien nicht den Barkauf vollzieht, ist nach altgriechischem Rechte die ganze Haftung wegen Vertragsverletzung an die Arrha geknüpft. Wenn der Käufer, der versprochen hat, zu zahlen, nicht die Zahlung anbietet, verwirkt er die Arrha, entweder wie nach altgriechischem Recht bei THEOPHRAST nach Ablauf der zur Zahlung gesetzten Frist, oder wie nach PAPPULIAS' Nachweis im hellenistischen Rechte durch Urteil auf eine Klage, welche die Vertragserfüllung oder den Verfall der Arrha fordert. Sehr interessant ist die Behandlung des säumigen Verkäufers. Er hat gegen die Abrede gehandelt, unter der er die Arrha erhielt. Also haftet er nach gewissen altgriechischen und nach hellenistischem Rechte für die Zahlung des duplum der Arrha, eben weil sein Verstoß gegen das Gedinge, unter dem er die Arrha

empfang, in ähnlicher Weise den Strafzuschlag verdient wie der ungetreue Depositär, der das herausverlangte Depot nicht herausgibt. Die attische Rechtsentwicklung und anscheinend als führende Gesetzgebung die von THURIOI ist hier über die Auffassung des Realvertrages hinausgekommen, indem sie den säumigen Verkäufer auf den Betrag des Kaufpreises haften ließ. Aber die hellenistische Rechtsbildung in Ägypten zeigt uns, daß hierin nur ein Ansatz zu einer Weiterbildung lag, den das griechische Recht nicht entwickelt hat. Das hellenistische Recht Ägyptens wußte noch nichts von solchen Tendenzen, auf dem Umwege des Arrhavertrages zu einer Haftung nach Maßgabe des Vertragsinhaltes des konsensualen Kaufes zu gelangen. Davon überliefert eine hellenistische Quittung, Lond. II, 143, die erst PAPPULIAS richtig verstand, uns eine interessante Spur. PAPPULIAS (Zusammenfassung S. 59f.) legt dar, wie dort Kephalos von der Tapontos ein Grundstück von  $2\frac{1}{20}$  Aruren für einen unbekanntem Preis mit 100 Drachmen Handgeld ohne schriftlichen Vertrag gekauft hat. Da die Verkäuferin nicht erfüllte, mußte sie an Kephalos den doppelten Betrag der Arrha zahlen. In der Quittung ist die causa dieser Schuld, wie folgt, beschrieben: *ὄν ὄφειλεν ἀπὲρ Ταποντῶς διὰ χειρὸς ἀγοράφως — ἀπὸ λόγου ἀρραβῶνος*. Die Verkäuferin schuldete noch dem Käufer diesen Restbetrag „aus dem Grunde der Arrha ohne Schrift durch Handreichung“. Da hier die bekannte Bedeutung des *διὰ χειρὸς* als der „baren Zahlung“ im Gegensatz zum Bankakt keinen Sinn gibt, wird man in dem Text der Urkunde den Gedanken ausgedrückt finden, daß „durch die Darreichung der Arrha“ „ohne Schrift“ das Schuldverhältnis zustande kam, auf das hier gezahlt wurde. Also mit dem Gedanken des Realvertrages, der Hergabe eines Gegenstandes, die bei Nichteinhalten der eingegangenen Abrede zur Rückgabe verpflichtet, wird hier, wenn ich die Urkunde recht verstehe, gearbeitet. Diese Griechen wissen nichts von dem Gesichtspunkt des römischen Juristen, der die Arrha, wenn der Schuldvertrag nicht erfüllt wird, mit der *aº empti* aus dem Konsensualvertrage zurückfordern läßt. Und es entspricht dieser Rechtsauffassung nur, wenn der Vertrag über den Lieferungskauf nicht mit einer Feststellung der Verpflichtungserklärungen der Parteien beginnt, sondern mit dem Bekenntnis des Verkäufers über den Empfang der Arrha. Weil im altgriechischen Recht augenscheinlich der Gedanke des bindenden obligatorischen Kaufvertrages fehlt, ist es auch bedenklich, wenn PAPPULIAS vom Reurecht (*δικαίωμα τῆς μεταβολῆς*) der beiden Vertragsparteien des Arrhavertrages spricht oder vom Rücktritt vom Arrhavertrage. Diese Termini setzen doch einen bindenden, zur Erfüllungshaftung verpflichtenden Vertrag voraus. Aber an einem solchen fehlt es bei dem Arrhageschäfte. Die *ὠνή-προᾶσις* ist ein *Schuldvertrag*, bei dem die *Haftung* allein durch Hingabe der Arrha her-

gestellt wird. Wenn der eine der beiden Teile das im Schuldvertrag gegebene Versprechen nicht erfüllt, haftet er nicht schlechthin persönlich aus dem Schuldvertrage. Derjenige, der die Arrha gab, haftet nur gegenständlich beschränkt mit der Arrha, die verfällt. Derjenige, der die Arrha bekam, haftet wegen des Empfanges der Arrha auf deren duplum.

PAPPULIAS erklärt die Arrha wohl mit Grund als ein griechisches Rechtsinstitut, das in Rom mit dem griechischen Geschäftsverkehr bekannt wurde: der griechische Name, die Anlehnung VARROS (l. l. 5, 175) an die griechischen Schuldefinitionen, endlich die Bedeutung der Arrha als vorschußweise Zahlung eines Teiles des Kaufpreises in beiden Rechten deuten darauf. Weniger ist den Schlüssen zu trauen, die PAPPULIAS aus der römischen Komödie zieht: wenn er (S. 31) aus PLAUTUS, Pseudolus, ein Indiz dafür zu gewinnen sucht, daß auch das republikanische Recht die arrha poenentialis beim Kauf gekannt habe, bleibt doch wohl außer Ansatz, daß wir sonst nichts über eine solche Funktion der Arrha im römischen Rechte wissen und bei der bekannten Natur dieser römischen Nachdichtungen griechischer Vorlagen<sup>1</sup> daher in diesem Punkte aus PLAUTUS allein keinen Schluß auf römische Rechtsübung wagen dürfen. Wozu sollte auch die Arrha als Haftung aus dem Schuldvertrage in Rom nötig gewesen sein? — Die Entwicklung einerseits des altzivilen Stipulationsrechtes, andererseits die auch wohl sehr alte Ausbildung des Konsensualkaufes im ius civile mußte die Arrha hier in ihrer griechischen Funktion überflüssig machen. Daß sie als arrha confirmatoria schon früh auch in Rom denkbar wäre, ist natürlich nicht zu leugnen.

Gegenüber der Darlegung des griechischen Rechtsinstitutes der Arrha wirkt die Vorführung des klassischen römischen Arrharechtes durch den Gegensatz. PAPPULIAS hat auf 12 Seiten, ohne übermäßiges Unterstreichen der Antithese zum altgriechischen und hellenistischen Rechte die römischen Sätze über die arrha confirmatoria und über die „arrha und die lex commissaria“ zusammengestellt. Wirtschaftlich handelt es sich in Rom wie im Hellenismus um dieselbe Erscheinung: bei dem Abschluß des Kaufvertrages wird vom Käufer ein Teil des Betrages des Preises gezahlt und nachher bei der Zahlung des Preises auf diesen verrechnet. Juristisch wirken die Definitionen des GAIUS (Inst. 3, 139. D. 18, 13, 5 pr.) wie absichtliche Unterstreichungen des juristischen Charakters der römischen Arrha gegenüber dem griechischen: quod saepe arrae nomine pro emptione datur non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius

<sup>1</sup> Vgl. neuestens PARTSCH, Hermes 45 (1910), 613f.

probari possit convenisse de pretio. Gerade was hier abgelehnt ist (non eo . . . proficiat), entspricht der oben gegebenen Darstellung des griechischen Rechtes. In den praktischen Entscheidungen tritt überall hervor, daß die Arrha im klassischen römischen Recht nur Beweiszeichen für den Vertragsschluß und Vorauszahlung auf den Kaufpreis ist. Wenn der Kaufvertrag nachträglich unwirksam wird, wird daher die Arrha nach julianischer Praxis mit der *a<sup>o</sup> empti* als Rücktrittsklage zurückgefordert (D. 19, 1, 11, 6. Cod. 4, 45, 2 pr. § 1), nicht anders als die Vorauszahlung des Mietspreises, wenn der Mietvertrag durch nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung unwirksam wird, mit der *a<sup>o</sup> conducti* zurückgefordert wird (D. 19, 2, 19, 6). PAPPULIAS ist daneben auf D. 19, 1, 11, 6 eingegangen, eine Stelle, die immer noch der Arbeit bedarf. Mit der gewöhnlichen Auffassung denkt er im ersten Satz, wo JULIANS Meinung referiert ist, an einen unwirksam gewordenen Kauf mit Arrha, im zweiten an einen erfüllten Kaufvertrag mit Arrha. Aber, wenn der Text klassisch ist, wäre im zweiten Satze doch wohl etwas anderes vorausgesetzt: *si annulus datus sit arrae nomine et secuta emptio pretioque numerato et tradita re annulus non reddatur*. Das klingt nach einem mit Hingabe einer Arrha geschlossenen Vorvertrage, nach welchem erst die volle Einigung über Ware und Preis im Konsensualvertrage folgte. Das Nebeneinander von Kontraktsklage und *condictio* nach der von ULPIAN referierten Entscheidung des zweiten Falles ist anstößig. In der Fragestellung lag deutlich genug die Meinung, daß die *a<sup>o</sup> empti* die Anwendbarkeit der *condictio* ausschloß. Bei dem Klassiker ist diese Konkurrenz des Anspruchs aus dem kausalen Vertrag und des Anspruchs wegen Mangels der *causa* ebenso anstößig, wie sie für JUSTINIAN nur zu natürlich ist. Sollten hier nicht erst die Byzantiner die *condictio* eingeführt haben? — Übrigens ist es m. E. auch zweifelhaft, daß die Worte *secuta emptio pretioque numerato et tradita re* klassisch sind. Die Art, wie ULPIAN die Meinung JULIANS anwendet, deutet in der Tat darauf, daß in dem zweiten Fall, wo die Arrha im Ring besteht, derselbe Fall vorlag wie im ersten, wo die Arrha in Geld besteht. Nun ist aber die Arrha des ersten Falles zweifellos bei Abschluß eines Konsensualkaufs als Perfektionszeichen gegeben. Daß sie von ULPIAN ebenso im zweiten Falle behandelt war, ist auch aus der allgemeinen Behandlung der Arrha bei den Juristen wahrscheinlich. *Secuta emptio pretioque numerato et tradita re* zeigt sprachlich einen harten Aufbau der kopulativen Anreihung. Sachlich würde sich die Interpolation leicht aus derselben Anschauung erklären, die im Cod. Just. 4, 21, 17, 2 hervortritt, vgl. unten S. 277 f.

Im Vergleich mit der griechischen Arrha muß die römische Arrha bei dem Kauf mit *lex commissaria* eine besondere Aufmerksamkeit beanspruchen. PAPPULIAS betont, daß auch hier die Arrha im rö-

mischen Rechte immer nur als Beweiszeichen behandelt wird; ihre Verwirkung erfolgt nur nach den allgemeinen Grundsätzen, nach welchen der Käufer seine Rechte aus dem Konsensualvertrage verliert. Daß die *lex commissaria* dem hellenistischen Rechtsverkehr die Gelegenheit bot, die im Osten übliche griechische Arrha ins römische Rechtsleben einzubürgern, ist wahrscheinlich, wenn wir bei SCAEVOLA (D. 18, 3, 6, 1; 18, 3, 8) dieselbe Ausgestaltung des Kaufvertrages wie bei THEOPHRAST finden: der Kauf mit Arrha, die Fristsetzung für die Zahlung des Kaufpreises. Sogar den Inhalt der *lex commissaria*, die oft ausdrücklich von der Verwirkung des Handgeldes bei Verzug des Käufers spricht, konnte man aus den hellenistischen Formularen der Haftungsklausel übernehmen. Es ist vielleicht kein Zufall, daß gerade SCAEVOLA, bei dem die griechischen Fälle häufig sind<sup>1</sup>, diese Arrhageschäfte bespricht, und daß die Adressatin in dem Reskript (Cod. 4, 54, 1), das den gleichen Tatbestand behandelt, Claudia Diotima heißt.

Den größten Raum, fast die Hälfte der ganzen Schrift, nimmt die Darstellung des Rechtes des Hellenismus ein: die Urkundentypen für Kauf und Dienstvertrag, in denen die Arrha vorkommt, werden vorgelegt und mit sorgfältigen Interpretationen erläutert. Bei den Kaufurkunden steht an der Spitze das Empfangsbekanntnis über das Handgeld. Der Kaufvertrag mit Angabe von Ware und Preis wird nur als Gedinge zu diesem Empfangsbekanntnis erwähnt (*ἀπέχω... ἀρρόαβωνα... τῆς τιμῆς τῶν ὑπαρχόντων μοι... ἃ καὶ καταγράφω*). Das Versprechen in diesem Arrhavertrage geht auf „Lieferung der Sache — oder auf Ausstellung der *καταγραφή* an der Sache — wenn der Käufer es verlangt, indem ich, der Verkäufer, dann den Preis empfangen“. PAPPULIAS erklärt diese *καταγραφή* noch abweichend mit der neuerdings wieder hervorgetretenen Meinung der Mehrzahl der Papyrologen, indem er sich RABEL anschließt. Diese Frage kann hier beiseite bleiben, — jedenfalls handelt es sich bei dem Versprechen der *καταγραφή* um eine für den Eigentumsübergang wichtige Rechtshandlung des Veräußerers. — Neben dem Versprechen, das den Schuldvertrag bei dem Arrhageschäfte darstellt, folgt dann die Haftungsklausel, die ganz auf die Arrha abstellt: der Käufer, der nicht den Preis anbietet, verwirkt die Arrha, der Verkäufer, der trotz Preisangebot nicht liefert, soll auf Zahlung des doppelten Betrages der Arrha haften. —

Bei den Dienstverträgen wird eine hellenistische Urkunde aus römischer Zeit (P. Fay 91) neben eine byzantinische Urkunde aus der Zeit JUSTINIANS gestellt (Oxy. 140 a<sup>o</sup> 550 p. C.). Der Dienstherr gibt die Arrha dem Angestellten, der bei Bruch der Vertragspflicht zum

<sup>1</sup> Vgl. KÜBLER, Zeitschr. Sav.-St. 28 (1907) p. 174 ff., 29 (1908) S. 183 ff.

Ersatz des doppelten Betrages verpflichtet ist. Auch hier ist die Arrha Vorauszahlung auf den Dienstlohn, als dessen Teilbetrag sie nachträglich verrechnet wird, oder sie wird nach Ende des Dienstverhältnisses zurückgezahlt.

Nach einer gründlichen, schon erwähnten Exegese zu P. Lond. II, 143, der Quittung über Zahlung auf einen den Verkäufer treffenden Zahlungsanspruch auf das duplum der Arrha, geht der Verfasser auf die Klage der Aurelia Demetria ein, CPR I, 19 (a<sup>o</sup> 339 p. C.), den schon MITTEIS erörtert hat. Auf der Grundlage dieser wichtigen Prozeßurkunde und der Geschäftsurkunden gibt der Verfasser eine treffliche Zusammenfassung des hellenistischen Arrharechts. Beide Parteien sind frei von jeder Erfüllungshaftung. Der Verkäufer riskiert die Haftung auf die doppelte Arrha, „wenn er gegenüber dem Angebot des Kaufpreises die Vollziehung der *καταγραφή* verweigert“. Der Käufer unterliegt in den bisher bekannten hellenistischen Urkunden Ägyptens nicht der Frist, mit deren Ablauf er als zurückgetreten gilt. Aber der Verkäufer kann dieselbe Wirkung, welche für den Käufer den Verlust der Arrha zur Folge hat, dadurch herbeiführen, daß er gegen den Käufer klagt darauf, „daß er den vereinbarten Preis zahlt und die *καταγραφή* entgegennehme oder der Arrha für verlustig erklärt werde“. Dieselbe Formulierung wird mit großer Wahrscheinlichkeit herausgestellt für die Klage des Käufers gegen den Verkäufer: „daß er gegen Empfang des Restes des Preises die *καταγραφή* vornehme oder die doppelte Arrha herauszahle“.

PAPPULIAS hebt richtig hervor, daß hier also die Erfüllung des Arrhageschäftes nicht Inhalt einer Obligation ist. — Dieses Arrharecht gilt nicht nur, wie eine Meinung annahm, für mündliche Schuldverträge, sondern auch für schriftliche. Es beruht in dieser Form nicht auf ausdrücklichen Vereinbarungen, sondern auf dem in den Urkunden erwähnten „Gesetz über die Arrha“ (*ὁ τῶν ἀρραβίωνων νόμος*), das selbst die Verwirkung der Arrha für den Geber der Arrha verfügte, wie die Haftung auf das duplum für den Empfänger, der seinem Versprechen untreu wird. Daneben bespricht der Verfasser die von dem Gesetzeswortlaut abweichenden Vereinbarungen. Auch die verschiedenen Möglichkeiten der Behandlung der Arrha bei Erfüllung des unter Arrha zustande gekommenen Schuldgeschäftes werden hier überblickt: die Rückgabe der Arrha nach Erfüllung des Kaufes oder die Verrechnung der als „unentziehbar“ (*ἀναπόρριπτον*) gegebenen Arrha auf den Kaufpreis.

In dieser Ausgestaltung erhielt sich der Rechtszustand bei dem obligatorischen Kauf griechischen Rechts bis in die byzantinische Zeit hinein. Das syrisch-römische Rechtsbuch (*leges Constantini, Theodosii, Leonis*) zeigt, daß auch in diesem Punkte das hellenistische Recht sich

nicht gefügig in die zu Gebote stehenden römischen Formen einschmiegte, sondern sich in der Praxis behauptete, als gelte der alte *νόμος τῶν ἀρραβίωνων* weiter.

Allerdings hatte der BRUNS'sche juristische Kommentar dieses Ergebnis, das aus mehreren Stellen der Versionen (L 51. R I 22. R II 32. 99. R III 51. Ar. 32. Ar. 38. Arm. 27. Arm. 97) folgt, durch den Hinweis auf andere Stellen in den verschiedenen Versionen verdunkelt, die nahezu legen schienen, daß auch der Erfüllungsanspruch aus dem bindenden Konsensualkontrakte und die arrha confirmatoria diesen mesopotamischen Rechtsbüchern bekannt gewesen sein dürfte. PAPPULIAS stellt fest, daß dort, wo überhaupt die Arrha erwähnt ist, die griechische Reustrafe vorliegt. — Man wird die Worte in P. 21, nach denen es dem Käufer und dem Verkäufer bei dem Arrhakauf nicht gestattet ist, zurückzutreten, keineswegs auf den Ausschluß der griechischen arrha poenitentialis deuten dürfen, zumal ja unmittelbar darauf das griechische Arrharecht dargestellt ist. Der Verfasser hätte, wenn er das attische Material mit uns verstände, darauf hinweisen können, daß ja auch bei den Grammatikern ähnliche Wendungen für das attische Arrharecht vorkommen<sup>1</sup>, in welchem auch nur die griechische arrha poenitentialis bekannt ist.

Das syrisch-römische Rechtsbuch ist ein wichtiges Denkmal für die Praxis vor JUSTINIAN. Hier finden wir die historische Erklärung für die justinianische Reform des Rechtes der Arrha. PAPPULIAS stellt zunächst die justinianischen Bestimmungen dar: Cod. 4, 21, 17. — Inst. 3, 23 pr. Er hebt hier den Gegensatz hervor, der zwischen diesen beiden justinianischen Stellen den Worten nach für jeden bestehen muß, der sie nur mit dem Hinblick auf die römische Rechtsordnung liest: in Cod. 4, 21, 17, 1 bezieht sich die Bestimmung über die Arrha anscheinend auf einen Vorvertrag über den künftigen Kaufvertrag, in Inst. 3, 23 pr. ist diese justinianische Ordnung zitiert, als werde die Arrha zum Kaufvertrage selbst bestellt. Soll man die Bestimmung JUSTINIANS, wie BECHMANN und MITTEIS denken, nur auf einen Vorvertrag beziehen und annehmen, daß Cod. 4, 21, 17 nur für den Vorvertrag die Bestimmung gebe, daß bei Nichtzustandekommen des schriftlich zu schließenden Hauptvertrages die Arrha verfallen solle? — Oder soll man mit WINDSCHEID und DERNBURG aus den beiden Bestimmungen die Regel entnehmen, daß die Parteien bei dem mit Arrha abgeschlossenen Kaufvertrage die Wahl zwischen dem Erfüllungsanspruch und der Geltendmachung der Rechte aus der Arrha haben? —

<sup>1</sup> Etym. magn. Etym. Gud. s. v. ἀρραβίων: οὐδ' συγγορεῖται ζαιβήν γενέσθαι τήν πιστῶν τῶν συναλλαττόντων . . . ἀφ' οὗ γὰρ δοθῆ ὁ ἀρραβίων οὐ μετακωεῖται εἰς ἄλλον.

PAPPULIAS hat sich nur referierend gegenüber dieser berühmten Streitfrage über die Erklärung von Cod. 4, 21, 17, 1 und Inst. 3, 23 pr. verhalten. M. E. liegt hier ein Musterbeispiel für den bedeutenden Wert vor, den die Erforschung des griechischen und des hellenistischen Rechtes für die Erkennung der justinianischen Quellen hat. Zwei Fragen sind zu trennen: was wollte JUSTINIAN mit seiner Konstitution sagen, und wie erklärt sich die anscheinende Differenz der Stelle im Kodex und des Referates der Institutionen? — Andererseits: wie haben wir uns die praktische Gestaltung des Rechtes der Arrha danach vorzustellen? Für die Exegese von Cod. 4, 21, 17 ist der Charakter dieser justinianischen Verordnung nicht ohne Interesse. Es ist keine von den Reformkonstitutionen, die an Technik und Denkformen des klassischen Rechtes anknüpfen und diese weiterbilden. Sondern diese Verordnung arbeitet mit den Denkformen der byzantinischen Notariatspraxis, wie sie andererseits auf das Bedürfnis des Tages deutlich genug abstellt. Dieser Praxis bietet sie die einfache Regel, welche durch die Anwendung des klassischen Kontraktsrechtes in dem ganz auf das Urkundenwesen eingerichteten justinianischen Geschäftsleben notwendig war: der nach gesetzlicher Regel oder nach Parteivereinbarung schriftlich geschlossene Vertrag soll erst zustande kommen, wenn die Urkunde vollzogen ist. Die besondere Bestimmung über die Anwendung des alten Rechtes auf die noch nicht vollzogenen Urkunden zeigt, wie sehr man an die Bedürfnisse der zeitgenössischen Praxis dachte. Unter dem Gesichtspunkt des byzantinischen Notariates aber gewinnen die Worte dieser justinianischen Ordnung einen eigenen Klang. Dieses byzantinische Notariat handhabt ja die alten hellenistischen, durch das römische Recht leicht umgestalteten Formulare der Verträge und in ihnen zahlreiche Denkformen hellenistischen Rechtes. Man braucht nur den Text dieser Konstitution zu lesen, um festzustellen, daß diese hellenistischen Denkformen der Urkunden gar nicht ohne Einfluß auf die Redaktoren des Gesetzes waren. Da wird neben dem *contractus venditionum vel permutationum vel donationum* auch noch die *datio arrae* als Vertrag genannt, offenbar weil diese Byzantiner noch neben der *δμολογία* über den Kauf den besonderen Urkundentyp des Arrhavertrages haben, dessen Formular mit dem Empfangsbekennnis über die hingeebene Arrha beginnt. Wie die folgenden detaillierten Bestimmungen über die Urkundenerrichtung auf die byzantinische Notariatspraxis abstellen, bedarf keines Wortes. Deutlicher wird diese Beziehung zu den hellenistisch-byzantinischen Urkunden noch in dem letzten Paragraphen über die Arrha. Da wird ein Rechtszustand bekräftigt, der „auch künftighin“ (*et in posterum*) gelten soll. Und das ist die Verwirkung der Arrha seitens desjenigen, der sie empfangt, wenn er das Versprechen nicht hielt, andererseits die Zahlung des doppelten Betrages der Arrha, wenn der-

jenige, der sie nahm, das Versprechen nicht erfüllte. Auf Grund welchen Rechtssatzes galt dieser Zustand bisher für die Arrha nach älterem Recht? Doch wohl überhaupt nicht nach römischem Gesetzes- oder Gewohnheitsrechte, das nur die *arrha confirmatoria* und die Verwirkung der Arrha infolge der *lex commissoria* kennt! Aber JUSTINIAN selbst sagt ja, auf welcher Grundlage bisher der für die Zukunft kraft seiner Bestimmung eingeführte Rechtszustand bisher gelebt hatte: die besondere Klausel im Vertrag soll nicht mehr nötig sein: *licet non sit specialiter adiectum*, und die Institutionen sagen, daß jetzt dieser Rechtszustand gilt: *licet nihil super arris expressum sit*. Der Kaiser rezipierte also das in der hellenistischen und byzantinischen Urkunde fortlebende hellenistische Recht der Arrha ins römische Recht. Die Urkunden in ihren Haftungsklauseln hatten ja nachweislich solche Bestimmungen über die Verwirkung der Arrha und über die Zahlung des duplum der empfangenen Arrha. Bei dieser Sachlage aber ist es wahrlich nicht waghalsig, den § 2 der const. 4, 21, 17 eben nach seinen Vorlagen in der byzantinischen Urkundensprache zu beurteilen, nach den alten hellenistischen Denkformen, die wir bis in die Sätze des syrischen Spiegels hinein deutlich verfolgen können. Dann aber ist die *facienda emptio*, für welche die arrha gegeben wird, nicht ein Konsensualvertrag, welcher durch das Arrhageschäft als Vorvertrag angebahnt werden soll, sondern es ist der Barkauf, der als Vollzug des Arrhageschäfts nach griechischer Rechtssitte durch Austausch der Leistungen erfolgt, welche im Arrhageschäft versprochen waren:  *vendere pollicitus est — emere pactus est*, das sind die Erklärungen des obligatorischen Kaufgeschäftes, für welches die Arrha gegeben wird. Und der Verkäufer der  *venditionem recusans in duplum eas (arras) reddere cogetur* ist der Verkäufer, der nach dem Abschluß des Arrhakaufes erst den angebotenen Kaufpreis annimmt, d. h. also auch seinerseits erst liefert. Es ist derselbe juristische Gedanke, den wir oben bei THEOPHRAST und noch im syrischen Rechtsbuch fanden.

Die Probe auf die Richtigkeit dieser Behauptung wird durch die Institutionen geliefert. Der moderne Romanist, der mit leisem Grauen dieses Zurückgreifen auf griechische Denkformen in einer Erläuterung justinianischer Quellen mit ansieht, weiß wohl, mit welchem Auge die Verfasser der Institutionen die justinianische Konstitution lasen. Den Anfängern, denen man die Denkformen der klassischen Jurisprudenz einprägte, mußte die justinianische Verordnung in der Sprache der klassischen Quellen klargemacht werden. Und so wird aus dem hellenistischen *Arrhavertrage*, der in *scriptis sive sine scriptis super facienda emptio* geschlossen war, die  *venditio in scriptis sive sine scriptis celebrata*, aus dem gräzisierungenden Arrhavertrage über den künftigen Barkauf ein römischer Konsensualvertrag mit dem *synallag-*

matischen Schuldverhältnisse auf Tradition und Kaufpreiszahlung. Statt des gräzisierungenden Barkaufs in Cod. 4, 21, 17 steht in Inst. 3, 23 pr. das *adimplere contractum*. Im Codex wie in den Institutionen ist derselbe Fall gemeint, nämlich die Arrha beim Abschluß des Kaufvertrages<sup>1</sup>.

JUSTINIAN hatte mit einem kurzen Satze den griechischen Kauf mit Arrha ins römische Privatrecht rezipiert und hatte dadurch die *arra poenentialis* für das römische Recht, soweit wir dessen Quellen übersehen, erst geschaffen. Wie verhielt sich dieses Institut zu dem römischen Kaufrechte? Der Kaiser selbst hat sich nicht dazu geäußert, und es scheint auch an einem Zeugnis dafür zu fehlen, wie die byzantinische Praxis sich half. Wahrscheinlich ist doch wohl die Lehre von WINDSCHEID und DERNBURG das sachlich Angemessene: das Wahlrecht der Parteien zwischen der Erfüllung des obligatorischen Kaufvertrages und den Rechten aus der Hingabe des Handgeldes. Ist das Handgeld gegeben, ohne daß ein schriftlicher Kaufvertrag perfekt geworden ist, so kann es allerdings zu dem Zustand kommen, daß nur Rechte aus der Hingabe der Arrha entstehen, vgl. den Satz in Inst. 3, 23 pr.

PAPPULIAS hat diesen Charakter der justinianischen Arrha als einer *arra poenentialis* im justinianischen Rechte und in den Sätzen der byzantinischen Rechtsbücher nach JUSTINIAN weiter verfolgt. Er hätte auch andererseits den Spuren nachgehen können, welche die griechische Auffassung des Kaufrechtes in den byzantinischen Rechtsbüchern ließ. Dort finden sich mehrfach Definitionen des Kaufes, welche den Kauf gar nicht als Konsensualkontrakt behandeln, sondern als Bargeschäft mit Lieferung und Zahlung Zug um Zug erklären<sup>2</sup>. Auch hier erhielt sich die alte hellenistische Denkform bis in die spätbyzantinischen Quellen hinein.

Der Blick, den PAPPULIAS auf die griechischen Quellen des byzantinischen Mittelalters, auf moderne Rechtsbücher und Gesetze wirft, ist für den westländischen Juristen instruktiv.

Noch reizvoller ist es, aus den Ergebnissen, die wir soeben mit PAPPULIAS herausgestellt haben, die Frage aufzuwerfen, wie sich das altgriechische, das hellenistische Recht sachlich zu den ähnlichen Gedankengängen des germanischen verhalten, andererseits, ob die späten

<sup>1</sup> Die tatsächlichen Feststellungen über das Verhältnis der Codexkonstitution und der Institutionenstelle hat auch PAPPULIAS schon gemacht: cf. S. 100 über „*super facienda emptione*“ und die Erfüllung des Kaufs, über *non procedente contractu* als Ausdruck für Rechtserfüllung des Konsensualvertrages.

<sup>2</sup> Prochiron Bas. 14, 1: *πράσις καὶ ἀγορασία συνίσταται ἡνίκα περὶ τοῦ τιμήματος ἐξάτερον συναυέσαν μέρος ὁ μὲν τὴν καταβολὴν ποιῆσῃται, ὁ δὲ παραδοίῃ τὸ πωρασκόμενον*. Dazu Ecl. 9, 1. Harm. 3, 3, 1. Vgl. FERRARI: Documenti greci Medioevali, Leipzig 1910 (Byz. Archiv 9) S. 100.

hellenistischen Formulare des Arrhavertrages nicht durch die byzantinische Praxis hindurch auch auf die abendländische Entwicklung Einfluß geübt haben. Es fehlt hier an Raum, um das Problem in seinem ganzen Umfange aufzurollen. Hier sei nur angedeutet, daß sich ganz ähnliche Gedanken wie in der hellenistisch-byzantinischen Quellenwelt auch in den altgermanischen Rechten wiederfinden. Daß die arrha dort aus der Teilleistung entstand und ihrem Wesen nach eine auf die endgültige Leistung anzurechnende Vorleistung ist, hat SOHM<sup>1</sup> herausgestellt.

Wie im griechischen Rechte ist der Arrhavertrag ein neben dem selbst nicht zur Obligation führenden Konsensualvertrage stehendes Haftungsgeschäft<sup>2</sup>. Wer die Arrha nimmt, haftet bei Nichterfüllung der gegebenen Zusage. Nur entsteht nach der herrschenden Lehre aus dem germanischen Arrhavertrage von jeher eine Haftung des Nehmers der Arrha auf die Erfüllung des unter Arrha geschlossenen Vertrages<sup>3</sup>. Der Verkäufer, der die Arrha für den Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages empfing, haftet mit seinem ganzen Vermögen für die Lieferung der verkauften Sache. So steht es zweifellos schon in I. Visigoth. V, 4, 9 und schon bei RECESSVIND (Leg. Visigoth. antiqu. 151). Dagegen ist im älteren germanischen Recht die Verwirkung der Arrha von seiten des nicht Zahlung anbietenden Käufers nicht geltendes Recht<sup>4</sup>. Erst die lex Baiuvariorum kennt eine beiderseitige Verpflichtungswirkung aus dem Arrhageschäft<sup>4</sup>.

Diese Grundlagen der altgermanischen Quellen sind gegenüber dem altgriechischen und dem hellenistischen Recht wesentlich verschieden, bieten doch aber zum Teil ähnliche Erscheinungen, so in der Auffassung des Arrhageschäftes als eines Haftungsvertrages, so in der Auffassung der Arrha als einer teilweisen Vorausleistung. Ob nicht noch engere Beziehungen zwischen der Ausgestaltung in beiden Rechten bestehen, mögen die berufenen Kenner der germanischen Rechtsquellen entscheiden. Man wird einmal die Parallele bemerken, die zwischen lex Baiuvariorum (16, 10) und den hellenistischen Formularen besteht: wie im altgriechischen und noch vielfach im hellenistischen Recht, ist ein dies constitutus zum Vollzug des Barkaufs gesetzt. Wie dort verwirkt der säumige Geber der Arrha das Handgeld; wie dort ist die Arrha normal Teilleistung und wird auf den Kaufpreis angerechnet. Und wie in BGU 446 ist dort vorgesehen, daß in diesem Falle es trotz der Verwirkung der Arrha noch zu einem Erfolg des Kaufes, zu einer Zahlung des Kaufpreises seitens des Käufers kommt. Auch schon die

<sup>1</sup> Das Recht der Eheschließung (Weimar 1875) S. 28ff.

<sup>2</sup> Vgl. v. AMIRA, Nordgerm. Obligationenrecht I 318ff. 333ff. II 342ff. GIERKE, Schuld und Haftung S. 343ff.

<sup>3</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei GIERKE S. 345ff. <sup>4</sup> L. Baiuvar. 16, 10.

älteste germanische Quelle, welche die Arrha erwähnt, bietet Erscheinungen, welche den hellenistisch-byzantinischen verwandt sind. Danach (Cod. Eurici c. 297b) gilt allerdings nur einseitig verpflichtende Wirkung der Arrha. Wer sie gab und säumig wird, haftet nicht, sondern hat Anspruch auf Rückzahlung der Arrha. Aber genau wie in den altgriechischen Gesetzgebungen, die nach Vorbild der Thurier die Haftung des Empfängers auf den Betrag des vereinbarten Kaufpreises kannten, heißt es dort: *qui arras pro quacunq̄ue acceperit re, praetium cogatur implere quod placuit*. Nach den Beobachtungen am griechischen Recht wird man sich fortan vielleicht hüten, für unmöglich zu erklären<sup>1</sup>, daß hier, wie nach dem Wortsinne scheint, der Verkäufer einfach auf Betrag des Kaufpreises haftet. Wie sich die Parallele zum altgriechischen Rechte hier erklärt, muß dahingestellt bleiben. Haben hellenistische Formulare in der römischen Notariatspraxis den altgriechischen Rechtszustand der Gesetzgebung von Thurioi durch die Jahrhunderte fortgesetzt, wie diese Formulare ja andererseits die Haftung auf das duplum arrae bis in die byzantinische Zeit lebendig erhalten haben? Oder, was wahrscheinlicher ist, steht der Codex Euricianus als Markstein einer alten Entwicklung des Arrharechtes da, welche ursprünglich auch bei den Germanen nur eine Haftung mit der Arrha und ihrem Vielfachen kannte, nachher zur Haftung auf den Kaufpreis fortschreitet, um in den jungen Westgotengesetzbüchern — vielleicht nicht ohne Berührung durch römischen Einfluß — zur vollen Erfüllungshaftung aus dem Kaufvertrage zu gelangen? — Der Wert der rechtsvergleichenden Forschung liegt auch hier darin, daß sie für die Beurteilung längst gekannter Erscheinungen uns neue Möglichkeiten eröffnet, wenn sie auch nicht immer gestattet, die neuen Fragen zu beantworten.

Göttingen.

---

<sup>1</sup> So tut noch GIERKE, Schuld und Haftung S. 347 A. 46.

9. M. ROSTOWZEW, Studien zur Geschichte des  
römischen Kolonates (Arch. f. Pap., 1. Beiheft).  
Leipzig und Berlin 1910.

[Deutsche Literatur-Zeitung 1911, 2345—48]

Während der letzten umfassenden Studien zur Geschichte des Kolonates im römischen Kaisereich wesentlich auf der Grundlage der lateinischen Quellen des römischen Rechts wie der römischen Verwaltungspraxis aus Italien und Afrika geführt wurden, hat ROSTOWZEW in dem vorliegenden Werke den Grund zu einer neuen Behandlung dieses wichtigen Problems der antiken Agrargeschichte gelegt. In vier großzügigen Kulturgemälden baut er die Grundfesten einer Geschichte des Staatslandes im ptolemäischen und römischen Ägypten, in Sizilien und Kleinasien, sowie im römischen Afrika auf. In imponanter Beherrschung des Materials, mit reichen Perspektiven ist hier monumentale Arbeit geleistet, welche der Wirtschaftsgeschichte wie der Rechtswissenschaft reiche neue Anregungen gibt.

Die beiden ersten Abschnitte über das ptolemäische und römische Ägypten stellen eine meisterhafte Leistung moderner Urkundenforschung dar. Noch ist das ägyptische Material zu lückenhaft und allzu ungleichmäßig auf Raum und Zeit verteilt, um eine Agrargeschichte Ägyptens zu ermöglichen. Der Verf. hatte hier eine vornehmlich exegetische Aufgabe zur Erklärung des weitverstreuten Papyrusmaterials zu lösen. Gleichwohl ist das Buch nicht von trockener Gelehrsamkeit; der Verfasser gruppiert seine Untersuchung so geschickt und gibt so scharfe neuartige Gesichtspunkte für die ägyptische Entwicklung, daß der Erklärung der Texte niemals der Reiz einer großzügigen historischen Darstellung fehlt. Nach einer tiefgehenden Untersuchung über die wirtschaftlichen und rechtlichen Arten des Grundbesitzes in der Ptolemäerzeit stellt der Verfasser die Bewirtschaftung des Königslandes dar und kommt zu der nicht ganz neuen, aber doch erst von ROSTOWZEW nun überzeugend nachgewiesenen These, daß es der Staat, d. h. der König ist, welchem wirklich das Eigentum am Grund und Boden Ägyptens zusteht; die große Menge derjenigen, welche das Land bewirtschaften, sind nur Besitzer, im Grunde genommen eigentlich nur erbliche, unbefristete oder lang- und kurzbefristete Pächter. Was im römischen Recht der Kaiserzeit staatsrechtliche Theorie ist, wirkt im Ptolemäereich als realer Faktor des Rechts- und Wirtschaftslebens mit ähnlichen

Bewegungen: nicht nur der staatliche Bodenzins beruht auf diesem Gedanken, sondern auch die Rücknahmebefugnis, die der Staat bezüglich des Privatlandes hat, ferner die eigenartigen Rechtsverhältnisse zwischen dem ptolemäischen Staat und der Tempelverwaltung, die Leihverhältnisse zur Ausstattung der Armee mit Land. Der Boden Ägyptens ist danach entweder Königsland oder *γη ἐν ἀφέσει*, vom König „abgelassenes“ Land. Ein Eigentum des einzelnen am Boden scheint nur auf geringem Raume, von altersher für Wein- und Gartenland, auf Häuser- und Baugrund bestanden zu haben. Erst in römischer Zeit soll nach dem Verfasser das Eigenland der ägyptischen Bauern (*γη ιδιόκτητος*) in den Quellen hervortreten. Dieser Untersuchung und der Darstellung der Entwicklung von kaiserlichem Hausgut (*οἰσῖται*) neben dem Staatsland, gilt der zweite Teil des Werkes. Hier finden sich neue wichtige Untersuchungen zu der Vollstreckung der Fiskalforderungen im Wege eines zunächst den wirtschaftlichen Ertrag des haftenden Landstückes ergreifenden Zwangsverwaltungsverfahrens, sowie eine Darstellung der Pachtverhältnisse mit der Staffelung von Großpächtern und Unterpächtern. Und an diese Zeichnung der Staatspacht schließt sich der Nachweis der Entwicklung, auf Grund deren der Pächter des Staatslandes wie der Bauer, der zum eigenen Boden ein Stück Staatsacker als öffentliche Fronde pachten mußte, schollenfest wurden. Bis ins 3. Jahrh. wird diese Geschichte der Staatsbauern mit reichen neuen Ergebnissen verfolgt und mit einem Ausblick auf die Jahrhunderte beschlossen, in denen der frühbyzantinische Großgrundbesitz des Beamtenadels durch die Ausbildung der Patronatsverhältnisse den Privatkolonat entstehen ließ.

Diese Darstellung der ägyptischen Verhältnisse wird nach aller Voraussicht für die künftige Forschung die höchste Bedeutung haben. Daß an vielen Punkten der Verfasser Widerspruch hervorrufen wird, ist schon heute sicher. Der Jurist wird in zahlreichen Punkten dem Buche nur die erneute Stellung der Probleme entnehmen dürfen, in anderen die Tatsachen leicht zusammenstellen können, für welche der Verfasser eine eingehende Bearbeitung verlangt. So hat das ptolemäische Verfahren, welches zur Auferlegung einer Buße (*πρόστιμον*) gegen den unberechtigten Okkupanten und dabei zu dessen Anstellung als Staatsbauern führt, wohl im griechischen Eigentumsprozesse seine Vorbilder. Die Pachtverträge über Staatsland gelten nur deswegen auch gegen neue Erwerber, weil der Staat diese Geltung zur Vertragsbedingung gegenüber dem Erwerber macht (vgl. für den allgemeinen Rechtszustand z. B. Tebt. 423, 26 [3. Jahrh. n. Chr.]) —, die Haftung der Beamten gegenüber dem Staat für jeden dem Staat erwachsenden Schaden aus ihrer Amtsführung geht einerseits auf hellenistisches Gesetzesrecht zurück, nach welchem der Anspruch, den der Beamte nicht zugunsten

des Staats geltend macht, gegen den Beamten selbst sich richtet, andererseits auf die ausdrücklichen Garantien, welche die römischen liturgischen Beamten am Anfang ihrer Amtszeit für Schadloshaltung des Staates regelmäßig unter Bürgschaft bieten.

Die Ergebnisse aus den griechischen Quellen Ägyptens werden vom Verfasser zu neuen Fragen an das hellenistische Quellenmaterial Siziliens und Kleinasiens verwendet. Auch in Sizilien ist der Rechtszustand nachweisbar, daß die ganze Bevölkerung des Landes als „Bauern des römischen Volkes“ betrachtet wird, weil die Römer hier die Rechtsnachfolger Hierons II. sind. Wichtiger für die Parallele zur ägyptischen Entwicklung des Staatslandes sind die Beobachtungen über Kleinasien. Hier will ROSTOWZEW annehmen, daß bezüglich des Bodeneigentums ein Unterschied zwischen den Stadtterritorien und dem freien, dem König gehörenden Lande bestand. Im Stadtgebiet volles Bodenrecht der Privaten, im offenen Lande nur Pacht von Königsbauern oder Lehen, die der König vergibt, indem er selbst das Obereigentum behält. Die Geschichte dieser Königsbauern unter den Seleukiden, im Attalidenreiche und unter der römischen Herrschaft ist aus dem urkundlichen Material aufgebaut, die Rechtsstellung der Königsbauern wird nach ihrer Steuerpflicht, nach ihren Rechtsverhältnissen zum Boden, sowie in ihrer Bindung an die Scholle untersucht, auch die bewußte Erfassung dieses Rechtsgebildes des Staatskolonates in der hellenistischen Staatstheorie ist nachgewiesen. Hier entsteht ein Kulturbild, das vielfach zur Bestätigung und Ergänzung des ägyptischen wertvoll ist.

Reich an juristisch neuen Gedanken ist der vierte Abschnitt, der über das römische Afrika. Der Raum ist hier zu eng, um auf alle die aufgerollten Probleme einzugehen. Für den Juristen ist die Besprechung der römischen Inschriften über provinziale Kolonate und Bergrechte besonders bemerkenswert. ROSTOWZEW hat hier sehr ernste Erwägungen über die Abhängigkeit des Rechtszustandes nach der *lex Manciana*, der *lex Hadriana de rudibus agris*, der Domäneninschrift vom *saltus Burunitanus*, der *lex Metallis dicta Vispacensis* und der neuen Fragmente von Aljustrel (vgl. MISPOULET „Le régime des mines . . .“, Paris 1908) von den hellenistischen Staatspachtgesetzen angestellt. Wenn die Ergebnisse des Verfassers in diesem Punkte vor der juristischen Prüfung standhalten, ergeben sich wichtige neue Tatsachen sowohl für die römische Rechtsentwicklung wie für das hellenistische Recht: es wird sich einmal darum handeln, in den Fragmenten der Rechtsbücher dieser anscheinend vom Verfasser nachgewiesenen Rezeption hellenistischen Verwaltungsrechtes ins kaiserliche Recht Roms nachzugehen. Andererseits werden an diesem latinisierten hellenistischen Material dann auch Fragen lebendig, die wir heute nach dem griechischen Materiale allein nur unzureichend behandeln können. Der Verfasser hat nachgewiesen,

daß ein enger Zusammenhang zwischen dem hellenistischen öffentlichen Verkauf des Staatslandes nach Heroldsruf und dem Verfahren besteht, in dem der *fiscus Caesaris* dem ersten Schürfer nach Heroldsruf das Bergbaurecht zuschlägt (S. 357 ff.). Er findet es mit Recht seltsam, daß hier (nach *lex metalli Vispac.* 13 f., 15 f.) die Römer die Formen der Auktion übernehmen, da doch der vom ersten Schürfer zu leistende „Preis“ für die Ablösung des kaiserlichen Miteigentums aus der Hälfte des Wertes des nach Schatzrecht behandelten Erzlagers (Fragm. von *Aljustrel* 4 ff.) feststeht und zunächst nur der erste Schürfer den Zuschlag erhält. Wenn nach den Quellen wirklich die *Assignation* an den ersten Schürfer auf Grund einer Auktion mit Heroldsruf erfolgt, liegt eine andere Erklärung für die Beibehaltung des öffentlichen Verkaufs auf Heroldsruf viel näher. Der Ausruf war notwendig, damit sich ein etwaiger früherer Schürfer als besser Berechtigter melden und das *pretium* anbieten konnte. Und damit hätten wir denjenigen Gedanken, den ich schon bei der hellenistischen Auktion aus der Hand des Staates besonders beachtenswert fand (*Gött. gel. Anz.* 1910, S. 739 [oben S. 173]). Auf der Ausbietung durch Heroldsruf muß es beruhen, wenn der hellenistische Staat den Zuschlag erteilt mit Erlöschen jedes besseren Rechtes früherer Berechtigter. Der Heroldsruf ist hier *Publizitätserfordernis* zum wirksamen Erwerb nichts anders als bei dem rechtsgeschäftlichen Erwerb des Grundeigentums nach altgriechischen Stadtrechten bei *THEOPHRAST* (*Stob. Floril.* XLIV, 22, 1).

Göttingen.

## 10. H. LEWALD, Zur Personalexekution im Recht der Papyri. Leipzig 1910.

[Berliner Philolog. Wochenschrift 1911, 678—80]

Der kenntnisreiche Verfasser der Beiträge zur Kenntnis des römisch-ägyptischen Grundbuchrechtes legt hier eine anregende Studie zum Recht der gräko-ägyptischen Personalexekution vor. Ausgehend von den *obaerarii* bei VARRO *de re rustica* I 17, 2, die richtig als Schuld-knechte gedeutet werden, welche der Gläubiger zur Feldarbeit verwendet, bespricht er zunächst die griechischen Urkunden, welche einen Vertrag über Schuldabarbeitung bei Gelegenheit einer Darlehenshingabe zeigen: PER 6014, wo die Dienste für die Kapitalrückzahlung Ersatz sind, Tebt. 384. PER 138. Fior 44, wo ein Verwandter oder ein Sklave des Darlehensempfängers Zinsen ab dienen soll, endlich BGU 1126, wo im Stil der Darlehensurkunde Dienste verabredet werden, für deren Leistung der Darlehensempfänger die Darlehensurkunde und 40 Drachmen dazu erhält, während er bei Nichtleistung für die Darlehensrückgabe mit sofortiger Zwangsvollstreckung in Person und Vermögen haftet. Dieser Vertrag über Abarbeiten einer Schuld wird vom Verfasser mit Recht aus dem Vergleich mit den Schuldknechten, die VARRO für Ägypten erwähnt, ausgeschieden; es handelt sich hier nur um einen Vertrag über Dienste, in welchem das Entgelt auf die Darlehensschuld verrechnet wird. Dagegen scheinen die *obaerarii* des VARRO in einer eigenartigen Institution der gräko-ägyptischen Personalexekution wirklich erkennbar zu sein.

Die ordentliche ptolemäische Personalexekution aus dem Urteil oder der das Urteil ersetzenden Vereinbarung der *προᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* erfolgte zunächst durch Haft im öffentlichen Schuldgefängnis (*δεσμοτήριον*). Der Verfasser stellt dafür die Belege neu und in selbständiger Kritik gegenüber den Vorgängern (vgl. z. B. S. 35 f. über Oxy 259) zusammen und hält mit Recht daran fest, daß die ordentliche Vollstreckung gegen die Person stets unter behördlicher Intervention erfolgt (P. LILLE 7 ist wohl mit Grund nicht als Beweis gegen diese These aufgefaßt.) Gegenüber diesem Rechtszustand lenkt der Verfasser die Aufmerksamkeit auf die alexandrinischen Urkunden (BGU 1053—1057, 1106, 1115—1119, 1121, 1122, 1133, 1142, 1143, 1145—1147, 1150 Z. 14—25, 1151 Z. 26—49, 1156), welche interessante, sicher nicht nur formale Abweichungen enthalten: der Schuldner soll hier *παραχρήμα ἀγώγιμος* sein und in Haft gehalten werden (*συνέχεσθαι*) können; daneben ist die sofortige Vollstreckung *καθάπερ ἐκ δίκης* vereinbart. Die Urkunden sind durchweg *συνχώρησις*-Urkunden, und in BGU 1156

scheint die Vereinbarung *ἀγώγιμον εἶναι* im Zusammenhange mit der Eigenschaft des Apollophanes als „Perser“ zu stehen (*ἢ εἶναι τ[ὸν Ἀπολ]λοφάνην ἀγώγιμον ὡς κεχρηματικῶτα Πέρσῃν τῆς ἐπιγρονῆς*). Der Verfasser sieht hier eine von der Regelform abweichende Exekutionsform vereinbart, die neben der *προᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* ihre selbständige praktische Bedeutung hätte. Wie aus der gemeingriechischen Bedeutung von *ἀγώγιμος* hervorgeht, konnte der Gläubiger auf Grund dieser besonderen Vereinbarung den Schuldner eigenmächtig, ohne Anrufung der Behörde ergreifen und — wahrscheinlich — bei sich in Privathaft als Dienstknecht halten, bis er Zahlung anbot. Die Beweisführung erscheint zwingend und erklärt befriedigend das ägyptische Material. Vieles bleibt allerdings noch unklar; so einmal die seltsame Beschränkung auf die „Perser“, anderseits die seltsame Tatsache, daß in Alexandrien ein Vollstreckungsverfahren, das in griechischen Städten noch im 3. Jahrh. die gesetzliche Vollstreckung aus dem Urteil war (vgl. das delphische Gesetzesfragment unter dem 235/230 v. Chr. datierten Ehrendekret Bull. corr. hell. XXVI 254, wo als Folge des *κατάδικον γεγενῆσθαι* das *ἀγώγιμον εἶναι* erscheint), um Christi Geburt als Abweichung von der gesetzlich nach Königsrecht (*διάγραμμα*) des 3. Jahrh. normalen Vollstreckung vereinbart wird.

Seine Auffassung der *ἀγώγιμος*-Klausel verwendet der Verfasser einerseits für die Erklärung der juristischen Theorie des DIONYS von Halikarnaß. Schon PFLÜGER hatte daran gedacht, daß die Berichte des Historikers über altrömisches Schuldrecht stark von griechischer Rechtsanschauung durchsetzt sein müssen: *εἰ τινων ἤδη τὰ σώματα ὑπερημέρων ὄντων ταῖς νομίμοις προθεσμίαις κατέχεται* (DION. VI 83); das sind wahrscheinlich eben *ἀγώγιμοι*, wie DIONYS sie aus seiner asiatischen Heimat kannte, wo VARRO ja auch die *obaerarii* als lebendige Institution zeitgenössischen Rechtes erwähnt.

Vom *obaerarius* blickt der Verfasser sodann zur Varronischen Definition des *nexus* (l. l. VII 105) und von dieser zu dem rätselhaften Geschäft *per aes et libram*. Wahrscheinlich stellte sich VARRO den *nexus* vor der *lex Poetelia* als einen Schuldner vor, der sich verpflichtete, im Falle des Verzuges so lange bei dem Gläubiger unentlohnte Dienste als Knecht zu tun, bis er ihm die Zahlung der Schuld anbieten konnte. Daß das alte Haftungsgeschäft kein Abarbeiten der Schuld kannte, wäre sehr einleuchtend. Sehr fein ist die Analogie mit dem *ab hostibus redemptus* des älteren klassischen Rechts herausgearbeitet. Daß dieser *servi loco* bei dem *redemptor* ist, bis die Loskaufsumme bezahlt wird, ist nicht nur wahrscheinlich gortynisches Recht, sondern auch in Attika (DEMOSTH. 53, 11) ganz sicher. In beiden Rechten hat wohl der *redemptor* ablösbares Eigentum am Losgekauften, vgl. Bürgschaftsrecht I 390, 1.

Göttingen.

# II. Rechtsgeschichtlicher Beitrag in: Die Demotischen Papyri Hauswaldt. Verträge der ersten Hälfte der Ptolemäerzeit (Ptolemaios II—IV) aus Apollinopolis (Edfu).

Herausgegeben und übersetzt von W. SPIEGELBERG. Leipzig 1913.

## Die rechtliche Bedeutung der Verträge<sup>1</sup>.

VON J. PARTSCH.

Wie sonst in den demotischen Urkunden der Ptolemäerzeit ist auch in den frühptolemäischen Hauswaldt-Papyri immer ein Paar von Urkunden über jeden Grundstückskauf angefertigt: die „Schrift über Geldbezahlung“ (*πράσις*)<sup>2</sup> und die „Abstandsschrift“ (*συγγραφή ἀποστασίου*). Unsere Papyrus zeigen kein neuartiges Formular. Es sind nur die alten Klauseln, die schon öfters publiziert<sup>3</sup> und von den Juristen besprochen worden sind<sup>4</sup>. Aber diese Klauseln sind hier durchweg ausführlicher gegeben: durch einige Einzelheiten erhalten schon oft besprochene Pro-

<sup>1</sup> Da ich nicht Ägyptisch kann, haben die folgenden juristischen Darlegungen nur denjenigen Wert, den das Arbeiten mit Übersetzungen überhaupt haben kann. Durch stete Fühlung mit K. SETHE und W. SPIEGELBERG glaube ich wenigstens schwere Verstöße gegen den sprachlichen Befund des publizierten Materials vermieden zu haben.

<sup>2</sup> Daß früher die Spaltung der Urkunden nicht bestanden habe, behauptet REVILLOUT, Précis I, 568. 570f. Volle Klarheit darüber, ob nicht beide Urkunden auch in eine vereinigt werden konnten, bietet das Material übrigens wohl doch nicht. Es gibt auch nach Darius Urkunden, in denen einerseits am Anfang die *πράσις* deutlich hervortritt, während andererseits nachher die typische Klausel der *συγγραφή ἀποστασίου* folgt: so Notice des papyrus archaïques démotiques Nr. 96, 97 (p. 410f. Sklavenverkauf), Nr. 111, 112 p. 432f. Grundstückskauf Nr. 117 (p. 436). Aber in all diesen Fällen bleibt es möglich, daß hier daneben eine besondere Abstandsurskunde ausgestellt war, da nach SPIEGELBERG in diesen Fällen keine intakten Funde vorliegen. Vgl. Notice p. 502 Nr. 135/136, 137/138.

<sup>3</sup> Außer den zahlreichen Arbeiten REVILLOUTS, besonders Chrestomatie démotique I, S. XLII f. Propriété en droit égyptien 414; 416f., 470f. Précis I, 488—490, 506—524, 541, 551f., 565—573, 605 vergleiche SPIEGELBERG z. B. Demot. Urk. Straßburg Bibl. sowie GRIFFITH, Rylands-Papyri p. 118f., vgl. auch die bei MITTEIS, Grundzüge 167 Anm. 1 zitierten Bilinguen und griechischen Übersetzungen demotischer Urkunden.

<sup>4</sup> RABEL, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht. I, 38f., 50f. MITTEIS, Grundzüge 167f., auch BRY, Essai sur la vente dans les papyrus gréco-égyptiens, p. 1—55.

bleme eine neue Wendung, so daß sich ein nochmaliges Eingehen verlohnt. Verglichen mit dem bisherigen Material, heben sich die Hauswaldt-Papyri sehr deutlich von den späteren Ptolemäertexten des zweiten und ersten Jahrhunderts wie der römischen Zeit ab. Sie stehen den von REVILLOUT publizierten demotischen Urkunden aus der Zeit des Darius I.<sup>1</sup> und den ältesten Ptolemäerurkunden näher. SETHE hat beobachtet, daß in diesen Texten Klauseln, welche den alten Formeln der Ptolemäerzeit angehörten, in das übliche Formular der Ptolemäerzeit, das wir bereits aus den alten Urkunden kennen (Berlin, dem. Pap. 3089. 3096. Euergetes I.) eingebaut sind. Neben den jüngeren Ausdrücken für „Schrift“ und „prozessuale Urkunden“ steht die alte Bezeichnung „ihre alten Papyrus und ihre neuen Papyrus“. Für den Juristen besteht der besondere Wert der neuen Texte darin, daß die hier gegebenen Übersetzungen SPIEGELBERGS zusammen mit denen von GRIFFITH (Rylands Papyri) die von REVILLOUT in den „archaischen Papyrus“ veröffentlichten in manchem Punkte bestätigen.

Es ist bekannt, daß die „Schrift über Geldbezahlung“ stets vor der Abstandsurkunde ausgestellt ist. Das geht, von der ausdrücklichen Angabe Pap. dem. Berlin 3112 (Text S. 8) abgesehen, auch daraus hervor, daß die spätere Abstandsurkunde oft auf die vorhergeschriebene *πρωσις* Bezug nimmt<sup>2</sup>. Schon schreibtechnisch ist das Zeitverhältnis klar, indem diejenigen Papyrusblätter, welche beide Urkunden enthalten, die *πρωσις* stets rechts, also am Anfang der Schreibflächen zeigen. Wieviel später die zweite Urkunde aufgesetzt wurde, geht aus den frühptolemäischen Urkunden nicht hervor, da sie im Protokoll nur den Monat, nicht den Tag nennen. Die bisher bekannt gewordenen Verträge der spätptolemäischen Texte nennen für die beiden Urkunden denselben Tag, so daß der Annahme nichts im Wege steht, daß sie auch in der früheren Zeit unmittelbar nacheinander aufgesetzt wurde. Auch SETHE nimmt das an.

I. Das dunkle Problem, welches das Nebeneinander der Urkunden für die sachliche Auffassung darstellt, ist durch die Hauswaldt-Papyri nicht aufgeklärt. Dem modernen Juristen liegt es nahe, bei der Trennung der beiden Urkunden das Kaufgeschäft und seinen Vollzug zu scheiden, vente und transmission, sale und cession. Es scheint ja so einleuchtend, daß die Aufnahme zweier Notariatsakte über dieselbe Veräußerung notwendig dieselbe Rolle wie im gemeinen und im modernen deutschen

<sup>1</sup> Notice des papyrus démotiques archaïques du Louvre (Paris 1895). Ich setze dieses demotische Material mit dem inventory bei GRIFFITH, papyri of the Rylands library S. 15f. in Parallele.

<sup>2</sup> Für die Hauswaldt-Papyri vgl. Schema b § 17, für die jüngeren vorlängst bekannten Urkunden vgl. z. B. Pap. WESSELY, specimina isagogica tab. 13 Nr. 29, I, 9.

Rechte hat, wo der Kaufvertrag noch nicht das Eigentum verschiebt, vielmehr der Verkäufer das Herrschaftsrecht vorerst behält und es so in der Hand hat, erst dann zu übertragen, wenn der Preis gleichzeitig mit der Auflassung gezahlt werden kann. Dabei kommt man zu der Scheidung von Kausalgeschäft und Auflassungserklärung auch für die demotischen Urkunden<sup>1</sup>, oder von Kaufpreisquittung und Traditionsurkunde; es ist nur ein Gebot der Vorsicht, das die herrschende Lehre erfüllt, wenn sie nicht geradezu die *προῶσις* als die Urkunde über den obligatorischen Vertrag und die Abstandsurkunde als die Eigentumsaufgabe des Veräußerers anspricht.

Man fände es nur unvorsichtig, wenn kurzweg behauptet würde, daß mit der *προῶσις* ein Recht des Käufers auf Übergabe der verkauften Sache entsteht, kraft dessen der Verkäufer vom Käufer zur Auflassung gezwungen werden kann. Denn von solchem obligatorischen Ansprüche auf Erfüllung einer Schuld, die durch die *προῶσις* begründet würde, und durch das *ἀποστάσιον* erfüllt würde, bieten die Quellen schlechterdings nichts.

Ob die romanistische Fragestellung richtig, ob sie schlechthin zu verwerfen ist, das kann heute wohl noch nicht mit Sicherheit entschieden werden. Die Wahrscheinlichkeit scheint mir dagegen zu sprechen, daß die Unterscheidung von Kaufgeschäft und Auflassung richtig ist.

Auch in diesen neuen Urkunden steht nichts völlig Schlüssiges über die Einräumung der tatsächlichen Gewalt. Allerdings scheint es auf den ersten Blick, daß die neuen Urkunden noch deutlicher in der *προῶσις* einen Barkauf beurkunden, die Hingabe des Geldes auf der einen, die Einräumung des Grundstücks auf der anderen Seite. Nach den üblichen Klauseln, welche die Preiszahlung feststellen, (du hast mich voll bezahlt . . . , du hast mein Herz zufriedengestellt mit dem Wert in Silber) sowie der Gegenstandsbeschreibung folgt nämlich in der *προῶσις* ein Satz, der bezeichnend zu sein scheint: „Ich habe sie (die Grundstücke) dir um Silber hergegeben. Du hast mir ihren Wert in Silber gegeben.“ Diese Klausel ist bisher schon mehrfach an der entsprechenden Stelle der *προῶσις* und in verschiedener Form überliefert. So wohl zuerst in Pap. Paris, 12. Jahr des Darius I., REVILLOUT, Notice p. 414: GRIFFITH inv. (49) „Ich habe dir dieses obige Haus gegeben. Du hast mein Herz mit dem Silber zufriedengestellt“. Ferner in der thebanischen *προῶσις* aus der Zeit Alexanders des Großen, Pap. dem. Paris Nr. 2439, REVILLOUT, Notice p. 485 (GRIFFITH, Rylands Papyri p. 113): Nach der üblichen Einleitung der *προῶσις* heißt es: „Du hast mein Herz mit dem Silber zufriedengestellt. Ich habe seinen Wert in Silber aus deiner Hand erhalten, indem es vollständig ist ohne einen Rest. Mein Herz ist damit

<sup>1</sup> Vgl. statt aller MITTEIS, Grundzüge S. 169f., auch neuerdings WENGER, Archiv f. Kulturgeschichte 1913, 395.

zufrieden. Ich habe es dir gegeben“ (SPIEGELBERG). Ferner entspricht jener Fassung der Hauswaldt-Papyri genau die thebanische *προῶσις* aus der Zeit Alexanders IV. Pap. Paris E. 2440 Notice p. 503: „Ich habe es dir gegeben. Dir gehört es (nämlich) dieses dein Haus. Du hast mein Herz zufriedengestellt mit seinem Silber.“ — Oder wie der thebanische Text aus der Zeit des ersten Ptolemäers Pap. dem. Rylands 11 lautet, eine Vermögensübergabe, wo an derselben Stelle der Urkunde die Klausel steht: „I have given them to thee; they are thine (folgt Wiederholung des Gegenstandes); I have received their price in silver at thy hand“<sup>1</sup>.

In älteren Urkunden wie in jüngeren steht an Stelle dieser Klausel nur die Behauptung, daß der Verkäufer dem Käufer die verkauften Grundstücke „gegeben“ habe: so Pap. Paris E. 9204, Notice p. 431f. GRIFFITH inv. Nr. (58). REVILLOUT, Précis 1, 551, Anm. 1. 552. (31. Jahr Darius I.) „Ich habe sie dir gegeben. Dir gehören sie, nämlich deine Teile“ (SPIEGELBERG). Daß hier diese Erklärung: „Ich habe gegeben“ nach dem normalen Wortsinne die tatsächliche Hingabe des Grundstückes bedeutet, wird dringend wahrscheinlich, wenn dieselbe Erklärung in Schenkungen steht. Vgl. Pap. dem. Turin, Notice p. 413 (GRIFFITH inv. Nr. (48), REVILLOUT, Précis 1, 514.), eine Schenkung aus dem zehnten Jahre des Darius I.: Je t'ai donné la moitié de cette maison (folgt Beschreibung). Je t'ai donné la moitié de maison ci-dessus. A toi cette moitié. A moi son autre moitié<sup>2</sup>.

Das Wort „geben“, das dort in der Schilderung des Barkaufs, hier in der Schenkung durch Datio, sonst auch im Tauschvertrag vorkommt, scheint zunächst nichts anderes bedeuten zu können, als die körperliche Hingabe des Verkaufsobjektes, sei es, daß im Moment der *προῶσις* die Gewalt am Grundstück wirklich hergestellt war, sei es, daß nach Wirksamwerden der *προῶσις* der Käufer die Möglichkeit hat, sich eigen-

<sup>1</sup> Das Formular kommt in jüngerer Zeit bekanntlich oft vor, Pap. dem. Straßburg 7 (a<sup>o</sup> 112/111 a. C.) Pap. dem. Berl. 5507, ebenso Pap. gr. Leiden P. X. 1. 28: ἔδωκά σοι [ . . . σοῦ εἰσὶν οἱ]τάφοι . . . (32) [καὶ ἐ]δεξάμην] παρὰ σοῦ τὴν τοῦτω[ν] τιμὴν ἐκ πλήρους] ἄνευ παντός [ὑπ]ολόγου.

<sup>2</sup> Diese Beobachtung wird fester werden können, wenn erst einmal die archaischen demotischen Urkunden, die REVILLOUT, Notice, herausgab, gesichtet und mit moderner Kritik übersetzt sein werden. Die zum großen Teile sicherlich nicht phantastischen Übersetzungen REVILLOUTS zeigen, welche Bedeutung die Klausel in der demotischen Urkunde gespielt hat: Pap. Paris E. 3168, REVILLOUT, Notice p. 205. (Gutsübernahme, von REVILLOUT auf Bokchoris zurückdatiert, von GRIFFITH, Rylands-Papyri p. 15 n. 1 auf Tarakus oder Psammetik I.) — Pap. Paris 3228 D (Tauschvertrag?, Notice p. 221, Sabakon (?), vgl. GRIFFITH a. O. 15). — E. 7858 (Tauschvertrag, Notice p. 302, Niku) vgl. auch die Urkunde aus dem 15. Jahre des Darius, die GRIFFITH anscheinend nicht identifiziert hat, bei REVILLOUT Notice p. 415f., Précis 1, 520.

mächtig in den Besitz des Grundstückes zu setzen<sup>1</sup>. Vielleicht bedeutet diese Klausel wirklich soviel. Dann wäre wenigstens die Anschauung widerlegt, daß die *πράσις* neben der Abstandsurkunde mit Rücksicht darauf formuliert wurde, daß der Verkäufer das Grundstück zunächst nicht aus der Hand ließ. Es wäre ferner dadurch gegeben, daß auch die Eigentumsübertragung durch die *πράσις* selbst erfolgt war: denn hat einmal der Käufer das gekaufte Grundstück im Besitz, so gelten ja zweifellos die Gewährschaften, die der Verkäufer zugesagt hat: daß er jeden Drittvindikanten entfernen wolle, — daß er zur Beweishilfe gegen die Vindikation des Dritten verpflichtet sei. Der Käufer ist dann auch zur Verteidigung der Sache gegenüber Dritten befähigt —, kurz im römischen Rechte würde man sagen: er ist materiell Eigentümer, wenn der Verkäufer es gewesen war. So wahrscheinlich auch die Auffassung ist, bleibt doch vielleicht ein Zweifel. Wäre es nicht möglich, daß ein Wort, das ein „Hingeben um Geld“ bedeutet, während es zugleich schlechthin das Wort für „verkaufen“ ist<sup>2</sup>, rechtlich noch nicht das Hingeben, sondern nur eine Erklärung bedeutet, deren Sinn es ist, daß sie ihm *versprochen* wird. —? —. Auch im Lateinischen liegt im *emere* und *vendere* von Haus aus nur das Nehmen und Geben. Und doch ist das Konsensgespräch bei dem Kaufe uralte, und es bedeutet in historischer Zeit nicht mehr: „Hast du genommen“, sondern „hast du gekauft“. Jenes Konsensgespräch soll im römischen Rechte nicht Besitzübergang oder Eigentumserwerb durch die mündliche Erklärung kennzeichnen; wenn nachher die Sache nicht zur Verfügung des Käufers steht, ist nicht ein Eigentumsprozeß des Käufers als Vindikanten möglich, sondern nur eine *actio empti*, die ursprünglich wegen der *rupta fides* dem Käufer gegen den vertragsbrüchigen Verkäufer zustand. Diese Tatsache der römischen Rechtsentwicklung, die auch durch Parallelen der Rechtsvergleichung unterstützt werden könnte, mahnt zur Vorsicht gegen Schlüsse aus einem Wort wie dem „Hingeben“ unserer Urkunden. Deshalb wage ich auch nicht diese Klausel, die in den Hauswaldt-Papyri besonders deutlich den Barkauf hervorhebt, als durchschlagendes Argument dafür zu verwenden, daß stets die *πράσις* ausgestellt wurde, nachdem die gekaufte Sache in die Hand des Käufers

<sup>1</sup> Ob die entsprechende ältere Klausel, welche nach REVILLOUTS Übersetzung ausdrücklich auch die Gebrauchsüberlassung unterstreicht, in Pap. dem. Turin (GRIFFITH inv. Nr. 6), REVILLOUT, Notice p. 281f. (30. Jahr des Psammetik, 5. Pharmouti) von REVILLOUT richtig übersetzt ist, lasse ich dahingestellt, da der Text noch nicht kontrolliert ist.

<sup>2</sup> Die koptische Form des Ausdrucks ist [aus Mangel an Lettern hier nicht abdruckbar. PRI.] „verkaufen“ (SPIEGELBERG), vgl. dazu schon die Note REVILLOUTS, Notice p. 285f. Schon im Demotischen ist es ganz sicher, daß das „Geben für Geldzahlung“ ein Wort für verkaufen ist, vgl. die Bilingue demot. Pap. Eleph. I (*ἐπράθη*), worauf SETHE mich aufmerksam machte.

gegeben war. Aber das Wahrscheinlichste bleibt es doch. Auch die griechische Übersetzung *ἔδωκα* stimmt dazu. Zu den Erwägungen aus dem Wortbild fügt sich der sachliche Inhalt der Urkunde, der allzuwenig gewürdigt wird, wenn man in der Urkunde nur das Kausalgeschäft oder die Kaufpreisquittung findet.

Der Inhalt der *πρᾶσις* scheint dafür zu sprechen, daß die *πρᾶσις* den Übergang der Sache vom Verkäufer auf den Erwerber darstellt, nicht anders als die römische *mancipatio* am Grundstück. „Von heute an“, also vom Momente der *πρᾶσις* an hat der Verkäufer „kein Recht, kein Gerichtsverfahren oder irgend ein Wort der Welt des verkauften Grundstücks wegen gegen den Käufer geltend zu machen“. „Nicht soll irgend ein Mensch der Welt darüber Macht haben außer dir, dem Käufer.“ Das klingt nicht so, als wäre die *πρᾶσις* noch nicht eine Aufgabe der rechtlichen Gewalt über die Sache, und als behielte sich der Verkäufer immer noch vor, die Sache nicht zu liefern, wenn etwa künftig ein Preis, der nur versprochen wäre, nicht gezahlt würde. Vor allem heißt es doch, daß von heute an, also vom Momente der *πρᾶσις* an, nur der Käufer die Notwendigkeit und die Befugnis hat, die Sache gegen Dritte zu verteidigen. Der Käufer wird in der *πρᾶσις* deutlich als derjenige bezeichnet, gegen den hinfort sich ein Dritter angeblich Berechtigter zunächst zu wenden hätte. Daß jemand nach der *πρᾶσις* und bis zur Erteilung der Abstandsschrift einen Angriff auf den Verkäufer noch machen könne, liegt den Urkunden ganz fern. Wäre ein Angriff gegen den Verkäufer noch vorerst möglich, so dürfte doch die Gewährschaftsklausel gegen Störungen seitens des Verkäufers wie gegen Angriff von Dritten gar nicht in der *πρᾶσις*, sondern nur in der Abstandsurkunde stehen. Aber etwas ganz anderes ist der Fall: schon vom Momente der *πρᾶσις* an soll gerade diejenige Lage bestehen, die auch im römischen Recht bei der *mancipatio* genau ebenso sich findet, wenn mit der *mancipatio* zugleich der Besitz überging: der Käufer allein ist den Angriffen der Dritten ausgesetzt, da er allein von heute (das ist der Momente der *πρᾶσις*) an die Sache hat. Der Veräußerer muß hinfort *herbeigeholt* werden, um den Dritten, der stört, zu entfernen, — um ferner den Beweis anzutreten, den der Besitzer oder der Verkäufer selbst auferlegt erhalten. Und deswegen sichert man sich besonders, daß der Verkäufer kommen wird, „ohne es auf einen Prozeß ankommen zu lassen“. Es gab also einen Prozeß gerade wie die römische *actio auctoritatis* nach fruchtloser *denuntiatio* an den auctor, wie die hellenische *δίκη βεβαίωσης*, und gerade wie für diese hellenische Gewährschaftsklage<sup>1</sup> scheint auch hier die Tendenz zu sein, daß der Verkäufer zur Defension angehalten wird.

<sup>1</sup> Zu den Ausführungen bei RABEL, Haftung 1, 23 f. vgl. die Äußerungen bei THALHEIM, Art. *Bebaiosis* in PAULY-WISSOWA. BRASSLOFF, zur Kenntnis der Volksrechte, 15 f. Mein Gr. Bürgschaftsr. 1, 345 Anm. 3. Gött. Gel. Anz. 1911, 716 f.

Diese ganze Rechtslage soll aus der *προῶσις* folgen. Ist dann denkbar, daß die *προῶσις* nicht gleichbedeutend war mit der Entstehung des Eigentums des Erwerbers und der Defensionsstellung, die der Eigenbesitzer gegen den Dritten hat. Daß hier nur der Gedanke vorgelegen habe, diese Rechtslage für den Fall zu erzeugen, daß künftig die Abstandserklärung erfolgte, ist durchaus unwahrscheinlich: wie könnte sonst die Wirkung der *προῶσις* schlechthin auf sofort datiert sein? Daß dieser Gedanke des sofortigen Eigentumsübergangs in der ägyptischen *προῶσις* lebendig war, hat schon RABEL behauptet<sup>1</sup>.

So halte ich es nicht für richtig, die Abstandsurkunde als eine solche zu bezeichnen, welche die in der *προῶσις* übernommene Leistung des Verkäufers darstellt und der modernen Auffassung entspricht. Daß die „Schrift über Geldbezahlung“ kein Traditionsversprechen enthält und keine Verpflichtung zur Übereignung für den Verkäufer bedeutet, scheint mir zweifellos. Daß keine Traditionsverpflichtung ausdrücklich übernommen wird, ist ja sicher: nichts von den üblichen Formen des verpflichtenden Versprechens: „auf mir liegt es zu tun“, oder „du bist hinter mir mit dem Rechte der Schrift“. „Ich tue dir ihr Recht zu jeder Zeit“. Ja noch mehr: es fehlt auch in der *προῶσις* an jedem Zeichen dafür, daß der Käufer ein Interesse daran gehabt hätte, sich gegen die Säumigkeit des Veräußerers mit der Übergabe der Sache oder mit der Abgabe einer besonderen Auffassungserklärung zu schützen: wir haben<sup>2</sup> heute mehrere Beispiele für Konventionalstrafen in der *προῶσις*. Immer sind sie nur für den Fall vereinbart, daß der Verkäufer nicht die Gewährschaft leistet. Ich kenne in dem großen Material keine Konventionalstrafe wegen Verweigerung des *ἀποστάσιον*, und auch SETHE und SPIEGELBERG ist kein solcher Fall bekannt. Wirkliche Verpflichtungen zur Lieferung oder zur Herausgabe von Sachen, sehen im demotischen Notariatsstil ganz anders aus, vgl. den Vertrag über künftige Herausgabe eines Tiers aus dem 35. Jahr des Darius Pap. dem. Berlin, Nr. 3110.

<sup>1</sup> RABEL, Haftung I, 48f. RABEL spricht vom relativen Eigentum, das durch die *προῶσις*, dem absoluten, das durch die Abstandsurkunde entstehe, und verstand unter dieser in seinem ersten Buche S. 55 wohl mit REVILLOUT „die äußere Manifestation der Übertragung, . . . . ., die Veränderung im Besitz bzw. in der Nutzung der Kaufsache . . .“ Diese Charakteristik des *ἀποστάσιον* ist mir bedenklich, soweit sie den Inhalt der Abstandsurkunde betrifft. Wahrscheinlich ist auch mir, daß die Wirkung der Abstandsurkunde, das Herrenrecht des alten Eigentümers untergehen zu lassen, zu einer ähnlich absoluten Wirkung führte, wie bei der römischen in jure cessio. Auch eine besondere relative Wirkung der bloßen *προῶσις* ist mir nicht glaublich.

<sup>2</sup> Pap. Turin, 5. Jahr des Darius des I., Notice p. 410f. (GRIFFITH inv. Nr. [46]). Übersetzung auch REVILLOUT, Précis I, 489. GRIFFITH, Rylands-Papyri p. 58. (Kauf über einen Sklaven). Pap. Turin, Notice p. 415. (GRIFFITH inv. Nr. [50] 15. Jahr des Darius I., Kauf über eine Kuh). — Pap. Paris 9292 Notice p. 412. Übers. REVILLOUT, Précis I, 509. (9.—11. Jahr Darius' I., GRIFFITH inv. [55]).

(dem. Pap. Berlin, p. 4. REVILLOUT Notice p. 442, Revue égyptol. 12. (1907) 70. GRIFFITH inv. Nr. (62).)

Aber nicht nur vom Standpunkte der *προῶσις* aus gesehen, ist es kaum möglich, die Abstandsurkunde als eine Auffassungserklärung zu betrachten. Die Worte dieser Urkunde geben durchaus nicht die Sicherheit, mit der man sie bisher deutete. „Ich bin fern von dir in bezug auf deine Liegenschaft“. Das kann allerdings zweierlei bedeuten: nach diesen Worten könnte man denken, daß der Verkäufer jetzt Eigentum und Besitz der Liegenschaft aufgibt. Nur wäre die Form dafür etwas seltsam. Stets ist nämlich schon in den ersten Worten der Abstandsurkunde die Liegenschaft als diejenige des Käufers bezeichnet. Aber zur Not könnte man dies ebenso auffassen, wie das: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* in der römischen *mancipatio*: die Behauptung des eingetretenen rechtlichen Erfolges könnte als prägnante Form für die Erklärung gewählt sein, welche auf Eintritt dieses Erfolges abzielt. Aber der Gedanke, daß nur diese Auffassung möglich sei, träge doch nicht zu. Es ist sehr wohl denkbar, daß schon durch die *προῶσις* das Eigentum übergang, soweit es durch den Parteiwillen allein überhaupt sich verschieben konnte. Dann wäre das *ἀποστάσιον* nur eine Erklärung gewesen, in der sich der Veräußerer ausdrücklich dem von ihm geschaffenen Eigentum des Erwerbers unterwarf. Und als solche Erklärung müssen wir die *συγγραφή ἀποστασίον* nach dem größten Material auffassen, das uns die letzten Jahre gebracht haben.

„Ich bin ferne von dir in bezug auf — — —“. Diese Erklärung bedeutet von Haus aus nachweislich nicht eine Besitzaufgabe, keine Auffassung eines Rechtes, das eben noch der Verkäufer hatte. Denn dieselben Worte stehen ja immer in den Rezeßerklärungen, mit denen sich der abgewiesene Kläger im Eigentumsprozesse dem Urteil unterwirft, oder im außergerichtlichen oder zu Protokoll des Gerichts eingereichten Vergleiche das Recht des beklagten Besitzers anerkennt<sup>1</sup>. Es ist be-

<sup>1</sup> Vgl. das Material in der Besprechung zu GRADENWITZ-PREISIGKE-SPIEGELBERG, ptolemäischer Erbstreit (1912), Zeitschr. der Savigny-Stiftung 33, 614f. Pap. dem. Wiss. Ges. Straßburg, 16. — Giess. 1, 36. II. 7—27 und die Erwähnung in Pap. gr. Wiss. Ges. 277. Stück B. II, l. 70f., in der Publikation von GRADENWITZ-PREISIGKE-SPIEGELBERG. Pap. Tor. 4. Pap. Grenf. 1, II, 19 (MITTEIS, Chrestomathie 32), ferner die Londoner und die Berliner demotische Urkunde bei REVILLOUT, Rev. égypt. 3, 15f. Pap. Eleph. dem. 12 (vgl. GRIFFITH, Gött. Gel. Anz. 1909 Seite 85). Ich benutze die Urkunden nach Übersetzungen SETHES. SETHE macht mich auch darauf aufmerksam, daß dieselbe Anwendung desselben Begriffes in der Eidesfolge des Eides Pap. dem. Rylands 36 vorkommt. REVILLOUT hat schon bemerkt, daß auch in den neuen aramäischen Papyri von Elephantine solche Rezeßerklärungen vorkommen, vgl. Origines égyptiennes du droit civil romain 1912, p. 92, 95. Die dort zitierte Publikation von CLERMONT-GANNAUD ist mir nicht zugänglich. Vgl. aber Pap. aram. Mus. Cair. 37107, 37111, 37112, übers. von STAERK.

zeichnend, daß in den älteren Urkunden diese Erklärung des Anerkenntnisses des Klägers in dinglichen Prozessen in augenfälliger formaler Beziehung zu der Rechtsbehauptung steht, mit der er als Vindikant aufgetreten ist. Als solcher sagte der Kläger: „Die Sache ist nicht dein“. Sein Rezeß lautet: „Dein ist die Sache (*à toi ces choses*)“<sup>1</sup>. Diese Auffassung der Abstandsurkunde als einer von Haus aus prozessualen Rezeßerklärung, welche den Angriff aufgibt, oder das Recht des Gegners anerkennt, stimmt auch durchaus zu der griechischen Übersetzung *ἀφίστασθαι ἀποστάσιον*<sup>2</sup>. Und für diese Bedeutung der Abstandsurkunde beim Kauf meines Erachtens eine Hypothese gesucht werden, die befriedigen kann.

Ich meine, die Bedeutung des *ἀποστάσιον* ergibt sich aus der Tatsache, daß die *πρᾶσις* ein Barkauf war. Es muß für das ägyptische Landesrecht — ebenso wie für das hellenische — mit dem Rechtssatz gerechnet werden, daß der Veräußerer trotz der *πρᾶσις* so lange das Recht hat, die veräußerte Sache zurückzuholen, als er nicht voll bezahlt ist. Nur wenn kraft Rechtssatzes der Eigentumsübergang abgeschlossen ist, ist es meines Erachtens denkbar, daß einerseits in der *πρᾶσις* ein Eigentumsübergang erklärt ist, andererseits daneben noch der Verkäufer sich dem Eigentum des Käufers unterwirft. Dieses *ἀποστάσιον* wird wohl deswegen ausgestellt, damit die Annahme abgeschlossen wird, daß trotz des Willens der Parteien zur Übereignung das Eigentum des Verkäufers weiter besteht, weil dieser in Wahrheit nicht bezahlt war. Das Nebeneinander von *πρᾶσις* und *ἀποστάσιον* führt meines Erachtens mit Notwendigkeit auf die Hypothese<sup>3</sup>. Wie das *ἀποστάσιον* wirkte, wenn die *πρᾶσις* geschlossen, und der Kaufpreis in besonderer Urkunde kreditiert war, ist noch nicht klar. Das Wahrscheinlichste ist wohl, daß dann die Abstandsurkunde auch trotz des Ausstehens der Preiszahlung das noch bestehende Eigentum des Verkäufers beseitigte. Man stelle sich im römischen Recht eine *traditio ex justa causa* an einer *res nec mancipi* und folgende in *iure cessio* vor. Diese Konstellation, die ja von der romanistischen Schultheorie fürs klassische römische Recht erwogen wird, ist meines Erachtens diejenige, auf die wir uns im ägyptischen Landesrecht gefaßt zu machen haben,

<sup>1</sup> So lautete die Abstandserklärung in den älteren Urkunden, REVILLOUT, Notice p. 241 f.

<sup>2</sup> RABEL, Savigny-Zeitschr. (rom. Abt.) 27, 322 ff.

<sup>3</sup> In der römischen *mancipatio* ist der Eigentumsübergang nach der wahrscheinlich richtigen Meinung wohl unabhängig von der realen Kaufpreiszahlung. Den Grund dafür suchte man bisher darin, daß eben im Wäageakte ein Preis figurierter, der ja jedenfalls in ziviler Form gezahlt war. — Aber vielleicht beruht der Untergang des alten Eigentums doch auf einem andern Gedanken: nicht umsonst ist es den Romanisten immer wieder aufgefallen, daß die *mancipatio* mit denselben Worten, wie die *cessio in iure* vollzogen wird, eingeleitet ist

wenn wir das Nebeneinander von *πρᾶσις* und *ἀποστάσιον* verstehen wollen.

Es liegt auf der Hand, daß mit dieser Auffassung der Gedanke durchaus nicht abgelehnt ist, daß im *ἀποστάσιον* eine Art Auflassungserklärung liegt, eine Erklärung, deren Wirkung unter Umständen erst die definitive Rechtsaufgabe war, weil sie das bisher noch bestehende Anfechtungsrecht des Verkäufers, das bestand, solange der Preis nicht gezahlt war, beseitigte. Das „sich entfernen von“ ist daher im Demotischen, worauf mich SETHE aufmerksam macht, auch der Ausdruck für „lassen“ geworden (jemand „freilassen“, jemandem Steuern „erlassen“, jemandem etwas „überlassen“).

Einen Anhalt findet diese Auffassung des Verhältnisses von *πρᾶσις* und *ἀποστάσιον* in den „Kaufpfandverträgen“<sup>1</sup>. SETHE wies mich auf die Tatsache hin, daß die Kaufpfandverträge in der Regel nur in einer „Schrift über Geldbezahlung“ vorliegen, die unter Suspensivbedingung wirkt, also für den Fall der Nichtrückzahlung des Darlehns ihre Wirkung äußern soll: so sehr deutlich in Pap. Hauswaldt 18a; in Hauswaldt 18b ist nun eine Abstandsurkunde erhalten, die ein Jahr nach der entsprechenden *πρᾶσις* (18a) wahrscheinlich einen Tag nach Pfandverfall ausgestellt ist, nachdem die Schuld nicht zurückgezahlt war. SETHE hat diese Zeitdifferenz festgestellt und SPIEGELBERG die Lesung am Original nachgeprüft. Die Übersetzung SETHEs liegt mir mit seinem Kommentar vor. Es ist deutlich, daß hier das *ἀποστάσιον* nur eine ausdrückliche Unterwerfung unter ein Eigentum sein kann, das schon suspensiv bedingt begründet war<sup>2</sup>. Das *ἀποστάσιον* hatte hier nur zu verdeutlichen, daß der Schuldner-Veräußerer auf die Behauptung verzichte, daß jene Bedingung noch nicht eingetreten sei<sup>3</sup>. Der Gedanke, daß hier im *ἀποστάσιον* der Geldnehmer Besitz und Eigentum durch rechtsgeschäftliche Erklärung aufgibt, ist handgreiflich unrichtig. Denn die Wirkung der *πρᾶσις* ist ja, daß mit Eintritt der Bedingung das Eigentum anfällt. Und mit dem Verfall ist der Geldgeber berechtigt, sich in den Besitz der haftenden, ihm übertragenen Sache einseitig zu setzen, wenn er den Besitz noch nicht hat. Das *ἀποστάσιον* kann hier füglich nichts anderes als die ausdrückliche Unterwerfung des Schuldners sein, der nichts mehr abzutreten braucht, weil sein Recht schon verwirkt ist.

Wenn diese Hypothese richtig ist, erklärt es sich, warum in den meisten Fällen der Urkunden über den gespaltenen Kauf es sicher ist, daß die beiden Urkunden zu gleicher Zeit entstanden wie sie auf dem-

<sup>1</sup> SPIEGELBERG, Rec. d. trav. XXXI (1909) S. 91 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu E. RABEL, Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, Seite 79 ff.

<sup>3</sup> Also anders als Pap. BGU. 1158 (MITTEIS Chrestom. 234), wo bei Rückzahlung eine Eigentumsübertragung erfolgen soll und der Gläubiger unbedingte Sicherungsübereignung erhalten hatte.

selben Blatte stehen. Die Verschiedenheit der beiden Urkunden erklärt sich eben nicht aus einer notwendig getrennten wirtschaftlichen Funktion von *προῶσις* und *ἀποστάσιον*, sondern es handelt sich nur um zwei verschieden juristische Ausdrucksformen für denselben Geschäftswillen, der den doppelten Ausdruck brauchte, weil mit der *προῶσις* allein noch nicht gegeben war, daß wirklich die Absicht der Parteien, das alte Herrenrecht auszuschließen, erreicht war. Andererseits wäre auch gerade diejenige Verwendung möglich, die REVILLOUT für die ägyptische *προῶσις* oft angenommen hat<sup>1</sup>, ohne daß ich gerade für die Richtigkeit seiner historischen Darlegung eintreten möchte. In den Quellen finden sich häufig Vermögensübergabeverträge in der Form des Kaufes. REVILLOUT meint, hier sei es üblich gewesen, vorerst nur die *προῶσις* auszustellen. Da hier ein wahrer Preis nicht gezahlt wird, hätte der Vater, der an seine Kinder eine solche *προῶσις* ausstellte, allerdings die Befugnis gehabt, noch sein altes Herrenrecht bis zum Tode geltend zu machen. Endlich ist für meine Lehre eine Erscheinung erklärt, welche sonst schwer verstanden werden kann und bisher wohl noch nicht beobachtet worden ist: Oft sehen wir in einer Abstandsurkunde die Erklärungen der Verwandten des Verkäufers, die das Eigentum des Erwerbers anerkennen. Die *προῶσις* wird hier auch einmal von dem Eigentümer allein ausgestellt, in der Abstandsurkunde treten die Verwandten bei<sup>2</sup>.

Die vorliegende Darstellung war abgeschlossen, als ich durch SETHE, dem ich sie vorlegte, auf den Pap. dem. Berlin 3108 hingewiesen wurde, eine interessante Urkunde, die meines Erachtens voll bestätigt, was ich im Vorstehenden aus den bisher bekannten Urkunden entwickelt habe. Ich gebe die Übersetzung des Textes nach SETHE, dem auch SPIEGELBERG zustimmt.

- 1 Jahr 16, Monat 4 der Überschwemmungszeit (Choiak), Tag 20. Mentemes,
  - 2 der Sohn des Herieus, ist es, der sagt zu Nechtmonthes, dem Sohne des Horus:
  - 3 Es findet (sich) ein Depositum (?) zu meinen Lasten, welches beträgt  
9 Statere —
  - 4 2 Feuerbecken
  - 4 x . . .
  - 1 y . . .
  - 5 1 z . . .
  - 1 n . . .
- } Gegenstände
- 6 Der Gegenstand, welcher fehlen sollte von ihnen, dessen Wert in Silber werde ich beschwören,

<sup>1</sup> Propriété p. 481. Précis I, 678, 690. RABEL, Zeitschr. Sav.-St. 28, 316.

<sup>2</sup> Pap. WESSELY, Specim. isagog. tab. 13 Nr. 29. MITTEIS, Grundzüge p. 169.

- 7 und du wirst ihn entgelten. Und ich gebe dir es zurück  
 8 bis zum Monat 1 der Winterjahreszeit (Tybi) Tag 30 [d. h. also nach  
 40 Tagen]. Der Gegenstand, welcher fehlen sollte von ihnen,  
 9 den wird Nechtmonthes beschwören  
 10 und Mentemmes wird ihn entgelten in Silber.  
 11 Wenn es geschieht, daß du gelangt bist zum Monat 1 der Winter-  
 jahreszeit (Tybi) Tag 30 und das  
 12 Pfand lösest in bezug auf die oben geschriebenen Gegenstände  
 13 so bin ich entfernt von dir in bezug auf jene Geldzahlungsschrift,  
 die ich gemacht habe  
 14 dir“  
 (folgen Unterschriften dreier unbeteiligter Personen).

Ich denke, daß hier der folgende Vorgang deutlich ist:

Mentemmes hat an den Nechtmonthes die genannten Geräte verkauft. Er hat ihm eine „Geldzahlungsschrift“, d. h. eine *πρᾶσις* ausgestellt. Aber der Preis von 9 Stateren (36 Drachmen) war nicht bezahlt. Daher ließ der Käufer Nechtmonthes dem Verkäufer die gekauften Sachen zur Verwahrung. Es wird einer der üblichen Verwahrungsverträge abgeschlossen. In diesem Vertrage erklärt der Depositär, daß „es auf ihm liegt“ die deponierten Sachen herauszugeben. Während der Verwahrung trägt der Käufer die Gefahr des Verlustes. Der Verkäufer sagt ausdrücklich: er selbst solle den Verlust schätzen dürfen und der Käufer solle den verlorenen Wert ersetzen. Es wird ein bestimmter Auslieferungstermin für diesen Verwahrungsvertrag vereinbart, bis zu dem die Gegenstände zurückgegeben werden sollten. Leistet Mentemmes nicht vollständig, so wird Nechtmonthes Recht auf Ersatz des nicht Geleisteten haben, indem er seinerseits in diesem Falle den zu zahlenden Wert durch Eid bestimmt. Wird vom Käufer Nechtmonthes das Pfand, das die Gegenstände darstellten, eingelöst, so ist damit auch die Anfechtung der *πρᾶσις* durch die Vindikation des Verkäufers ausgeschlossen. Mit der Einlösung „ist der Verkäufer entfernt“. Es ist keineswegs versprochen „ich werde mich entfernen“. Das heißt also, er kann nicht mehr die *πρᾶσις* anfechten, die er anfechten konnte, wenn nicht am Termin der Preis bezahlt war.

Wenn ich recht verstehe, kann gar nicht schärfer gesagt sein, daß die *πρᾶσις* kein obligatorischer Vertrag ist. Nicht aus der *πρᾶσις* kann der Käufer Tradition verlangen, sondern auf Grund des besonders abgeschlossenen Vertrages über die Verwahrung.

Nicht aus der *πρᾶσις* entsteht eine „Kaufpreisschuld“, sondern es besteht nur die Einlösungsbefugnis, die der Käufer an seinem haftenden Pfande hat. Man ist zunächst überrascht, nichts über die künftige Zahlung des Preises in der Urkunde zu finden: das erklärt sich aber daraus, daß der „Kauf“ keine Forderung erzeugt, sondern der Ver-

käufer kraft älteren Herrenrechts die Sache wieder an sich ziehen kann, wenn der Käufer nicht zahlt. Statt der Kaufpreisschuld kennt dieser Vertrag nur die Einlösungsbefugnis des Käufers, die dieser in bezug auf sein Pfand hat.

Das alte Herrenrecht des Verkäufers aber, das diesen zur Rückholung berechtigt, erlischt mit der Kaufpreiszahlung. Durch diese wird der Verkäufer „entfernt von der *πρωσις*“. Man fragt nach dem *ἀποστάσιον*. Dieses scheint aber gar nicht nötig zu sein, wenn der Preis wirklich gezahlt ist. Wenn es etwa noch besonders aufgesetzt werden sollte, kann es nur die Bedeutung gehabt haben, daß der Verkäufer noch besonders anerkannte, daß er nun kein Rückholungsrecht mehr hätte.

Was im Vorstehenden auf Grund der Urkunden allein ausgeführt ist, bleibt natürlich Hypothese wie alles, was wir heute von den ägyptischen Urkunden aussagen dürfen, ohne eine Kenntnis der geltenden Rechtsätze zugrunde legen zu können.

II. Welchen konkreten Vorgang stellt die *πρωσις*-Urkunde dar? Bisher antwortete man häufig: eine Kaufpreisquittung. Die Übersetzung „Silberschrift“ oder Geldschrift trug dazu bei. Aber es wird über den Betrag niemals quittiert, und niemals findet sich das übliche Versprechen der gräko-ägyptischen Quittungen, daß der Verkäufer künftig nichts mehr auf den Preis fordern werde. Dafür sind die Urkunden bezeichnend, welche zufällig einmal den Betrag des Preises erkennen lassen. Die Regel ist nicht streng, daß die ägyptische *πρωσις* nicht den Betrag des Preises nennt. Es gibt ältere Urkunden welche den Preis nennen<sup>1</sup>. Auch sie enthalten keine Versprechen, daß der Verkäufer künftig nichts mehr auf den Preis fordern würde. Die Erklärung liegt eben darin, daß der Gedanke an eine Kaufpreisschuld auch den ägyptischen Urkunden fern liegt. Daß der Käufer zur Zahlung kraft Versprechen verpflichtet ist, ist ein rein römischer Gedanke. Wer ihn für ägyptisches Recht behaupten will, müßte ihn nachweisen; vorzusetzen ist die klassisch-römische Denkform keineswegs.

Für ein Recht, das jede käufliche Übereignung als Barkauf auffaßt, ist auch dieser Gedanke nicht der nächstliegende. Wenn wirklich, wie oben vermutet, der Verkäufer bis zur Zahlung des Preises trotz der *πρωσις* doch dingliche Rückholungsbefugnis hat, wird er nur entweder in dieser Form der Zurückholung der Sache kraft alten Herrenrechtes geschützt oder in der Form der Schuldklage aus dem besonderen Kreditgeschäfte, in welchem für den Kaufpreis eine besondere Forderung, etwa in Form eines fiktiven Darlehens erzeugt worden war. Also nicht Quittung über eine Kaufpreisschuld, sondern Urkunde über einen

<sup>1</sup> Pap. Paris des 9./29. Jahres des Darius, Notice p. 412, bei REVILLE, Précis I, 508f. [GRIFFITH inv. Nr. (55).] — Pap. Turin aus dem 15. Jahre des Darius, Notice p. 415, bei REVILLE, Précis I, 520. [GRIFFITH inv. Nr. (56).]

Barkauf, den Austausch von Ware und Geld, liegt in der *πρῶσις* vor. „Weggeben für Geld“, so ist das ägyptische Wort für verkaufen. Was wurde hier bei Gelegenheit der Ausstellung der *πρῶσις*-Urkunde gegeben und genommen? Diese Frage ist vielleicht heute noch dunkel, soweit sie den Preis betrifft; sie ist wohl mit Präzision für die Frage zu beantworten, was vom Verkäufer geleistet wurde.

Der Preis war als gezahlt beurkundet; oft ist das Geben des Preises neben dem Geben der Sache in jener oben besprochenen Klausel besonders betont, die sich regelmäßig in den Hauswaldt-Papyri findet. Daß der ganze Preis real gezahlt wird, ehe die *πρῶσις* aufgesetzt wird, ist natürlich möglich. Aber es ist sicherlich nicht notwendig gewesen und war gerade beim Grundstücksgeschäft auch kaum die Regel. Da es unnachweislich ist, daß der Kaufpreis jemals in einer Urkunde versprochen wurde, welche die Schuld des Käufers als Kaufpreiszahlungspflicht auf den Kauf begründet, bleibt nur die Hypothese, daß oft die mündliche Beredung genügte, da ja der Verkäufer bis zur vollen Zahlung die Rückholungsbefugnis kraft Herrenrecht gehabt haben dürfte. Nur vermuten können wir, daß sehr oft ein besonderer Schuldtitel, ein Anerkenntnis, oder ein Darlehnschuldschein ausgestellt wurde, um dem Verkäufer auch eine Forderung auf den Preis zu verschaffen<sup>1</sup>. In dieser Beziehung ist der Rechtszustand nicht anders als in Rom im 2. Jahrhundert v. Chr.: dort wird neben der Mancipation regelmäßig die Stipulation über den Preis geleistet. Wenn dann im ägyptischen Recht in Wahrheit kein realer Preis vor der *πρῶσις* gezahlt war, entsteht die Frage, wie sich zu dieser Tatsache das Bekenntnis im Urkundenformular verhielt: „Du hast mein Herz zufriedengestellt —“. Wurde hier nur das Formular des Barkaufes durch Jahrhunderte mitgeschleppt, während im übrigen ein Geben und Nehmen gar nicht stattfand? — oder fungierte als Preis ein Scheinpreis, ähnlich dem in der römischen Mancipation mit dem Kupferpfennig? — Gerade diese letztere Frage wird Aufmerksamkeit verdienen. In einer Zeit, wo das Kupfer stark als Zahlungsmittel in Betracht kommt, muß man die immer wiederkehrende Erwähnung des Silberpreises im Formulare der *πρῶσις* notwendig als rein formulare Tatsache betrachten. Ich vermag diese Tatsache nicht sicher zu deuten. Liegt in der Klausel nur, daß in einer älteren Zeit einmal das Silber allein Zahlungsmittel war? Ist also das Wort Silber nur der Terminus für *Geld* schlechthin geworden, wie französisch *argent*? — Oder wurde auch in der Zeit, da unsere *πρῶσις*-Urkunden immer wieder vom Silberpreise sprechen, wirklich stets ein Stück Silber vom Käufer hingereicht wie in Rom das Stück

<sup>1</sup> So schon REVILLOUT, *Propriété* p. 425, des angeblich in den demotischen Akten des Hermiasprozesses zuerst die Tatsache beobachtete. *Précis* I, 686. MITTEIS, *Grundzüge* 117, 171.

rauhes Erz bei dem Erz- und Wägegengeschäft? — SETHE erklärt sich mir bestimmt für die erstere der beiden Auffassungen, ebenso wie vorlängst REVILLOUT, *Propriété* 404.

Auf der anderen Seite wird in der Klausel, welche den Barkauf betont, als Leistung des Verkäufers bezeichnet, daß er das Grundstück „weggegeben“ habe (vgl. oben S. 290f.). Man könnte glauben, daß wirklich eine körperliche Übergabe des Grundstückes stattfand, und vielleicht ist dies in grauer Urzeit auch so gewesen. Aber in der ptolemäischen wie vorher in der persischen Zeit ist deutlich, daß statt des Grundstückes körperlich etwas anderes gegeben wurde: die Urkunde. Diese Tatsache, die ja nicht überrascht<sup>1</sup>, geht aus dem gesamten Materiale mit großer Schärfe hervor. Zunächst gibt es eine, von REVILLOUT übersetzte *πράσις* aus der Zeit Alexanders, die das mit dürren Worten sagt; an Stelle der Barkaufklausel „ich habe es dir gegeben, du hast mir seinen Wert in Silber gegeben . . . .“, steht hier die Erwähnung „ich habe dir die Schrift der Silberbezahlung gegeben“<sup>2</sup>. Wenn diese Besonderheit sich aus den Umständen des Falles erklären mag<sup>3</sup>, so bleibt sie doch bezeichnend. Denn dazu kommt nun, daß in den Urkunden es deutlich erweisbar ist, daß wirklich der Verkäufer dem Käufer die Urkunde tradiert. Oft tritt ein Garant neben dem Verkäufer auf, der die beurkundete Verfügung bestätigt und, wie sich nachweisen läßt, als Garant auch im Gewährzunge haftet. Er sagt im Protokoll: „nimm du (Käufer) die Urkunde aus der Hand des X (Verkäufers)“. Statt vieler verweise ich auf Pap. dem. 15 Wiss. Ges. Straßburg<sup>4</sup>:

„Du hast mein Herz zufriedengestellt mit dem Preise der 13 Landellen . . . (folgt Gegenstandsbeschreibung), ich habe sie Euch gegeben. Euch gehört es: (nämlich) Euer Baugrundstück, das oben erwähnt ist.

<sup>1</sup> RABEL, Haftung I, 48. Savigny-Zeitschr. (Rom. Abt.) 28, 336ff. hat schon mit echter *traditio chartae* gerechnet; MITTEIS, Grundzüge 171 a. 4 sagt: „Obwohl wir dieselbe nicht für ausgeschlossen erklären können, ist doch so viel sicher, daß wir von ihr nichts hören.“ Mir ist dieser Nachweis der echten *traditio chartae* durch meine Studien mit SETHE vertraut.

<sup>2</sup> Pap. Paris 2442 (Zeit Alexanders), REVILLOUT, *Notice*, p. 502: „Du hast mein Herz zufriedengestellt mit dem Silber dieser Schrift für Silber . . . folgt Beschreibung des Grundstückes: Ich habe dir die Schrift für Silber gegeben, die du in meinem Namen . . . Dir gehört es (nämlich) dieses dein Haus . . .“ Vgl. GRIFFITH, *Inventory* p. 113. Es folgt der übliche Text der *πράσις*. Zweitens ähnlich der archaische Papyrus vom 30. Jahre des Psammetik, REVILLOUT, *Notice* 282ff., dessen Übersetzung ich aber zu wenig traue, um ihn hier ausführlich anzuführen.

<sup>3</sup> Es handelt sich, wenn REVILLOUTS allerdings bedenklich anmutende Übersetzung richtig ist, um eine Quittung des Gläubigers nach Sicherungsübereignung, bei der ja regelmäßig keine Besitzübertragung stattfindet. Vgl. Pap. Oxy. 472, I, 23ff., dazu MITTEIS, Grundzüge 188.

<sup>4</sup> ED. SPIEGELBERG, *rec. d. trav. rel. à la phil. et l'arch. égypt.* vol. 35 (1913) S. 85.

Ich habe seinen Preis in Silber von Euch empfangen, vollständig ohne Rest usw.

Und . . . Petosiris . . . spricht: empfanget die obige Schrift aus der Hand des Sohnes des Harsiesis, meines Vaters . . .“.

Ähnlich Pap. dem. Bologna, REVILLOUT, rev. égyptol. 3, Seite 3 Anm. von S. 2, (von SETHE mir übersetzt) ἀποστάσιον zur προῶσις, Pap. Lond., REVILLOUT a. O. S. 2 (ebenso nachgeprüft). Pap. dem., ohne Herkunftbezeichnung nach REVILLOUT, rev. égyptol., 4, 153. Pap. dem. Leid. 373c, REVILLOUT, rev. égyptol. 1, 128 n. l., Pap. dem. Cairo 30623 (ed. SPIEGELBERG) u. v. a. m.<sup>1</sup>

Wenn der Garant, der zum Abschluß der προῶσις auffordert, dies mit den Worten tut: empfang die Schrift aus der Hand des Verkäufers, so kommt der Vertrag natürlich durch traditio chartae zustande. Wer dies erkennt, bemerkt sogleich, daß im Text jeder demotischen προῶσις Spuren derselben Tatsache sind, daß das „Weggeben“ des Grundstückes durch das Hinreichen der Urkunde dargestellt wurde. In dieser Richtung weist das offenbare Akzessionsverhältnis, in welchem die Urkunde zum Grundstück steht. Nach der προῶσις erscheinen die Urkunden als zum Grundstück gehörig. Es klingt wie eine Konsequenz aus der Eigentumsübertragung, wenn der Verkäufer, nachdem er gesagt hat: „Dein ist das Grundstück“, fortfährt: „Dir gehören ihre Schriften und ihre prozessualen Urkunden; dir gehören ihre alten Papyri und ihre neuen Papyri“<sup>2</sup>. Der Grieche konnte diese Possessivpronomina, die übrigens auch im Ägyptischen nur die Beziehung der Urkunden auf das Grundstück ausdrücken (SETHE), gar nicht übersetzen und umschrieb sie daher (αἱ γεγονῶται καὶ αὐτῶν συγγραφαί). Für den Ägypter waren die Urkunden mit dem jeweiligen Eigentum am Grundstück verbunden, nicht anders als die Grunddienstbarkeit zum römischen Grundeigentum oder das Eigentum an der Urkunde dem Gläubiger nach § 952 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches gehört. Daher wird auch offenbar als Folge des Eigentumsübergangs gesagt: „Dir gehört sie (die Liegenschaft), dir gehören ihre Schriften . . . , wo sie auch immer sein mögen“<sup>3</sup>. Diese Fassung ist auch außerhalb der Hauswaldt-Papyri oft bezeugt<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Das ganze Material und die sich daraus ergebenden besonderen Fragen für die Gestaltung dieser ägyptischen Beitrittserklärungen lege ich andern Orts mit SETHE vor.

<sup>2</sup> Etwas anders Pap. dem. Turin 247, 45. Jahr des Psammetik, REVILLOUT, Notice p. 290. GRIFFITH inv. Nr. (9), wo die Überreichung der Urkunde über die früheren Eigentumsrechte als besondere Tatsache miterwähnt wird. Ebenso Pap. dem. Turin 248 (47. Jahr des Psammetik), REVILLOUT, Notice p. 295. GRIFFITH inv. (10). Vgl. auch aram. Pap. Cair. 37114 l. 25ff. (STAERK).

<sup>3</sup> Pap. dem. Turin. REVILLOUT, Notice 413, rev. égyptol. (12) 1907, 80. GRIFFITH inv. Nr. (48). — Pap. dem. Paris E. 7128 (12. Jahr des Darius), RE-

Sie zeigt, daß eine besondere Übergabe der einzelnen Urkunden gar nicht nötig ist, sondern daß jede Urkunde, die sich aufs Eigentum bezieht, kraft der *πράσις* auf den Erwerber übergeht, wo sie sich auch befinden möge. Wenn diese Beobachtung richtig ist, hat die ägyptische *traditio per chartam* keine andere Wirkung gehabt als diejenige, die heute vielfach noch für die späte byzantinische Zeit behauptet wird und im frühen Mittelalter wahrscheinlich galt: in der Urkunde ging verkörpert das Herrenrecht auf den Erwerber über, der die Urkunde statt des Grundstückes in die Hand erhielt. Das ägyptische Recht kennt wirklich den Traditionsakt an der Urkunde, wie BRUNNER ihn für die spätrömische und die frühbyzantinische Urkunde meines Erachtens zu Unrecht behauptete!<sup>1</sup> — Er war übrigens auf die Übertragung nicht beschränkt. Auch das *ἀποστάσιον* wurde übergeben. An anderer Stelle soll dargelegt werden, wie ganz allgemein die *traditio chartae* in demotischen Urkunden als Perfektionsmoment bei dem Vertragsschlusse galt.

---

VILLOUT rev. égyptolog. 2, 31 ff. Notice 414 (rev. égyptolog. 12, 81). GRIFFITH inv. Nr. (49). — Pap. dem. Paris E. 2440 (13. Jahr Alexanders IV. Theben), REVILLOUT, Notice p. 503 A to . . . ces pièces en lieu quelconque ou elles se trouvent . . . Mehrere demotische Rylands-Papyri (p. 120f.) geben die thebanische Klausel in etwas späterer Zeit ein wenig anders: every writing that has been made concerning them and every writing that has been made for me concerning and all writings in the name of which I am entitled to them (the property) thine are they and the rights conferred by them. Thine is that to which I am entitled in their name. Mit der oben gegebenen Fassung der Hauswaldt-Papyri die von SPIEGELBERG veröffentlichten Gebelen-Urkunden Rec. des trav. 35, S.A.S. 4; dagegen sind die Cairiner demotischen Papyri nach dem jüngeren thebanischen Stil redigiert, soweit es sich um diese Klausel handelt. — Von den griechischen Übersetzungen zeigt Pap. Giss. 1, 39 (5. Ptolem.) noch die alte thebanische Fassung: [Συλὶ δ' εἰσὶν αἱ συγγραφαί, ὅσαι ἐμ]οὶ [ἀπ]ανταχῆν οὐδ' ὄσι . . . auch in Pap. WESSLEY, spec. gr. tab. 6 n. 6 könnte man in der Lücke 1, 7—8 etwas Ähnliches finden wollen.

<sup>1</sup> Vgl. fürs byzantinische Recht: BRANDILEONE, Studi in onore Vittorio Scialoja 1, 2. FERRARI, Documenti greci 58ff., 95ff. PARTSCH, Zeitschrift für Handelsrecht 70, 470. Für das justinianische Recht hat RICCOBONO jetzt das Wirken ähnlicher Gedanken nachzuweisen gesucht. (Savigny-Zeitschr. 33, 284ff.) Aber er geht mit Recht von einer anderen Vorstellung der *traditio chartae* aus. Schon FREUNDT, Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Recht 1, 75ff. und hernach ich a. O. hatten bestritten, daß wirklich bei den Frühbyzantinern die Tradition der Urkunde als rechtlich erheblich für die Perfektion des Vertrages in Betracht kam. Die endgültige Redaktion samt *absolutio* und *completio* genügte nach justinianischem Recht. Für die Byzantiner der späten Urkunden schien mir allerdings die echte *traditio chartae*, mit Überreichung der Urkunde, noch ebenso festzustehen, wie BRANDILEONE. Jetzt macht FERRARI (atti Veneti 69 par. 2, (1910) 1211f. Byz. Zeitschr. 20, 537. Bull. dell' ist. storico italiano 33 (1912) S. A. p. 72ff.) auch dagegen Zweifel geltend: man könne nirgends scharf nachweisen, daß die Urkunde selbst tradiert worden sei.

### Schlüsse auf den ägyptischen Eigentumsprozeß.

Wie bei jedem Kaufformular eines Rechts mit archaischem Gepräge ist auch im ägyptischen Recht die Vertragspflicht des Verkäufers durch die Bedürfnisse des Prozesses über das Herrschaftsrecht bestimmt. Für dessen Erforschung bieten die ägyptischen Urkunden der Sammlung Hauswaldt mehr als die bisher bekannten demotischen Texte. Ohne Scheidung des Neuen und desjenigen, was bisher schon aus den Urkunden erschlossen werden konnte, hebe ich die Tatsachen hervor, welche sich aus den Kaufurkunden und dem bescheidenen prozessualen Material über den Eigentumsprozeß ergeben. Das prozessuale Material der demotischen Urkunden ist heute noch so wenig gesichtet, daß es nicht möglich ist, eine Gesamtdarstellung aus den Quellen zu entnehmen. Zugrunde liegt der Rechtszustand, der in den Hauswaldt-Papyri hervortritt. Das heißt natürlich nicht, daß wir durch diese Texte sichere Schlüsse auf den Ptolemäerprozeß im Laokritengericht erhalten. Denn es bleibt immerhin möglich, daß der archaische bis in die Zeit der alten einheimischen Pharaonen zurückreichende Urkundenstil auf prozessuale Zustände abgestellt war, die nicht durchweg mehr dem geltenden Recht des 3. Jahrhunderts v. Chr. entsprachen. Es handelt sich um ein ganz ähnliches Bild, wie es für den römischen Sakramentsprozeß und für den ältesten hellenischen Rechtsstreit um Eigentum gezeichnet werden kann.

1. Der Kläger im Eigentumsprozeß tritt gegen den Besitzer auf, um ihm die Sache, das Grundstück „wegzunehmen“, es „anzufassen“. Dieses Wort für „Nehmen“ ist interessant. Es ist, wie SETHE mir sagt, später das gewöhnliche Wort für den Begriff des Nehmens, und es wäre nicht nötig, daß man dabei an das „Anfassen“, noch dazu des Grundstücks, gedacht hätte. Aber eben dies Verblässen eines Wortes für das körperliche Anfassen und Nehmen, das allmählich zum juristischen „Abstreiten“ wird, ist ja bezeichnend für denselben Begriff in den anderen Rechtsentwicklungen. Aus der Rechtsvergleichung verweise ich auf lateinisch *vindicare* im Sinne von „Wegnehmen“, zugreifen, in der römischen Vindikation im Sakramentsprozesse, auf das griechische *ἀφαιρῆσθαι*, *συλᾶν*, *ἐφάρπτεσθαι*, bei der Einleitung des Eigentumsstreites über Mobilien, auf das deutsche „Anefang“. Überall beginnt hier das Verfahren, das dem Besitzer die ihm nicht gehörige Sache abstreiten soll, mit solchem „Wegnehmen“. In den archaischen demotischen Urkunden ist der Begriff bisher meines Wissens nicht beobachtet, aber sehr wohl nachweisbar. In der interessanten demotischen Klagschrift im Laokriten-Prozesse, welche Pap. dem. Bruxell. 4 enthält<sup>1</sup>, beklagt sich der Kläger anscheinend über eine ungerech-

<sup>1</sup> Diese wichtige Klagschrift, die SETHE mit SPIEGELBERG zu Pfingsten 1913 durcharbeitete, hoffe ich an anderem Orte bald vorzulegen.

fertigte Vindikation eines Gegners, der sich nach der außergerichtlichen Gewalthandlung („Wegnehmen“) auch in den Besitz des streitigen Grundstückes gesetzt haben soll. Dort heißt es, daß der Kläger das Grundstück an seinen Pächter einräumen will, „wenn die Hand des Gegners an uns vorübergegangen sein wird“. Die Hand dient augenscheinlich zur Rechtsbehauptung im Eigentumsprozesse. Bei REVILLOUT ist diese Erwähnung des Wegnehmens bei der Vindikation in den Übersetzungen öfters verderbt, auch im Text der Kaufurkunde in der Mehrzahl der Fälle wohl nicht erwähnt<sup>1</sup>. In den griechischen Urkunden Ägyptens tritt bisher dieses „Anfassen“ oder „Wegnehmen“, das der Kläger vornimmt, nicht deutlich hervor. Man kann zweifeln, ob an Vindikation oder nur an unberechtigte eigenmächtige Besitzstörung ohne den Zweck der Rechtsbehauptung gedacht ist, wenn im Hermiasprozesse der Anwalt von dem Zugriff auf die streitigen Grundstücke spricht, zu welchem der Kläger Hermias auch dann kein Recht haben würde, wenn die Beklagten nicht Choachyten, sondern Taricheuten wären<sup>2</sup>: *Εἰ δὲ καὶ τις θείῃ τὸ μὴ ὄν, μετοικισθῆναι τοὺς ταριχεύτας, μηδεμίαν ἔχειν τινὰ ἐξουσίαν, μηδὲ τὸν Ἐρμίαν ἐφάπτεσθαί τινος αὐτῶν ἐνγαλίον, ἕκαστον δ' αὐτῶν δεσπύζοντα τῆς ἰδίας κτήσεως, ἧτοι ἀποδόμενον, ἢ ἑτέροις παραχωρήσαντα αὐτούς, καὶ τὴν τιμὴν ἀπολαβεῖν.* Als Parallelakt zu dem „Anfassen des Klägers könnte ja vielleicht jenes vom Beklagten vorzunehmende *δράσσεσθαι* in Frage kommen, auf welches MITTEIS schon im Pap. Grenf. I, II aufmerksam gemacht hat.<sup>3</sup> Wer als Beklagter die Grenzsteine und mit ihnen das Grundstück angefaßt hat (*δράσσεσθαι τῆς γῆς ἀπὸ τῶν ὀρίων*), ist in diesem nach ägyptischem Prozeßrecht behandelten Falle anscheinend ebenso in seiner Parteirolle und für seine Beweisstellung charakterisiert wie in Rom der Beklagte für den Sponsionsprozeß über Herrschaftsrecht durch die *deductio quae moribus fit* gekennzeichnet wird. Nur ist der grundlegende Kommentar, den MITTEIS dieser Urkunde gewidmet hat, dann ebenso auf das altägyptische Landesrecht zu beziehen, wie auf die gemeinsame hellenistische Rechtsanschauung<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ich verweise auf Notice p. 381, 410f., 412, 414, 422, 433, 437, 480, 488, 501, 503, 504, 505. Pap. dem. 15 Straßb. Wiss. Ges. (Rec. des trav. 35, S.A. 4). Aber dasselbe „Nehmen“ steht doch wohl in der altdemotischen Urkunde vom 32. Jahre des Amasis, Pap. Paris, REVILLOUT, Notice p. 366. GRIFFITH inv. Nr. (28): *Celui qui viendra à toi à ce sujet pour me prendre de toi en disant: ce n' est pas ton fils, celui là . . .* Man müßte zur Erweiterung des Materials nachprüfen: Pap. dem. Turin 248, 47. Jahr Psammetik I., REVILLOUT, Notice p. 295, GRIFFITH inv. Nr. (10). Pap. Paris E 7858 (NIKU, REVILLOUT, Notice p. 302, GRIFFITH inv. Nr. (14).

<sup>2</sup> Tor. I col. 8 l. 24.

<sup>3</sup> In Sav. St. 23, 297ff.

<sup>4</sup> Für letzteres noch MITTEIS, Chrestomathie 32.

2. Neben dem körperlichen Zugriff erfolgt auch in diesem ägyptischen Prozesse das Sprechen einer festen Formel, welche die Rechtsbehauptung des Klägers enthält. Die Behauptung lautet für Mobilien wie für Grundstücke gleich: „Die Sache gehört dir (Besitzer) nicht.“ Schon REVILLOUT hat diese Klausel öfters erwähnt<sup>1</sup>. Es ist wertvoll, daß SPIEGELBERG dieselbe Klausel in den Hauswaldt-Papyri wieder fand. Sie ist zahlreichen Urkunden der älteren Zeit geläufig.<sup>2</sup> Wie sich diese prozessuale Behauptung des Klägers erklärt, steht heute noch dahin. Den Worten nach liegt der Gedanke am nächsten, daß dieses die Form der normalen Klagbehauptung bei der altägyptischen Vindikation war. Das wäre um so bemerkenswerter, als ja in der Laokritenpraxis des 2. Jahrhunderts als feststehendes Recht gilt, daß zunächst der Kläger im Eigentumsprozesse sein Recht behaupten und beweisen muß, ehe auf die Beweisanretung des Beklagten über die Herleitung seines Rechtes vom Vormanne eingetreten wird.<sup>3</sup> Danach sollte man erwarten, daß eine Rechtsbehauptung darüber, daß der Kläger sich als der Berechtigte behaupte, nicht gefehlt habe. Vielleicht gibt die Kaufurkunde nur einen Teil jener Spruchformel des Vindikanten wieder und stand wirklich neben jener Behauptung: die Sache ist nicht dein, noch eine positive: die Sache ist mein. Aber vielleicht hängt die Ausmalung der vom Kläger zu sprechenden Prozeßbehauptung wie die Urkunden sie geben, damit zusammen, daß ein Dritter „im Namen“ des angeblich Berechtigten die Klagebehauptung sprechen konnte.

3. Wo dieses Zugreifen und das Sprechen der Formel über die Rechtsbehauptung des Klägers stattfand, ist aus den Kaufurkunden nicht klar. Die Rechtsvergleichung zeigt, daß diese Akte ebensowohl als gerichtliche vorkommen wie als formale Akte außergerichtlicher Rechtsbehauptung, welche den Prozeß vorbereiten: als prozessualer Akt vor dem Magistrat stellt sich die römische vindicatio im Sakramentsprozesse dar. Die Rechtslehre zweifelt nicht daran, daß es sich hier um eine

<sup>1</sup> Propriété, p. 414, 416. Précis I, 489.

<sup>2</sup> Pap. Paris E 706, Psammetik II., 4. Jahr. REVILLOUT, Notice p. 381. Précis I, 429, 466. GRIFFITH, Übersetzung Pap. dem. Rylands, p. 56, inv. Nr. (15): He who comes to thee on my account, including any man in the land, saying, She is not thy slave . . . (im Selbstverkauf einer Freien). — Pap. Turin. 5. Jahr des Darius, REVILLOUT, Notice p. 410, GRIFFITH, Übersetzung s. Pap. dem. Rylands p. 58 inv. Nr. (46), Sklavenkauf: He that shall come unto thee for him in my name or in the name of any man in the land, of brother, sister, father, mother, master, mistress, on myself likewise, saying: He is not thy slave . . .“ — Pap. Turin, 35. Jahr des Darius, Notice Nr. 115, p. 436 (bei GRIFFITH von mir nicht aufgefunden, also vielleicht nicht zu indentifizieren), Grundstückskauf: Celui qui viendra à cause de cela et dira: elle n'est pas à toi, ta mesure celle-là, je le ferai s'éloigner de toi.

<sup>3</sup> Pap. Tor. I, col. VII, 4ff., vgl. MITTEIS, Chr. 31, wo die frühere Äußerung im Reichsrecht und Volksrecht berichtigt ist.

prozessuale Wiederholung eines Aktes handelte, der ursprünglich außergerichtlich, nicht vor dem Magistrat erfolgt sein dürfte. Mit außergerichtlicher Eigenmacht greift der Kläger im altgriechischen Eigentumsprozesse an Mobilien zu, ebenso wie bei dem germanischen Anfang das Anfassen der Sache ein Akt privater Eigenmacht ist. In den griechischen Urkunden finden sich allerdings manche Zeichen dafür, daß in Ägypten im 2. Jahrh. a. C. auch bei Grundstücken die Einleitung des Streitens um Herrschaftsrecht nach alter Volksanschauung noch vielfach durch privaten Gewaltakt des Klägers stattfand<sup>1</sup>. Aber jedenfalls bekämpft das Königsrecht mit *προστάγματα* diese Gewaltakte, die ja ebenso zu solennen Prügeleien geführt haben müssen, wie die eigenmächtige Pfändung an beweglichen Sachen, sei es im Weidepfändungsrecht, sei es zur Urteilsvollstreckung in den altgriechischen Volksrechten<sup>2</sup>.

4. Über die Gegenbehauptung des Beklagten, welche dieser in formgebundener Weise machen mußte, ist natürlich aus den Kaufurkunden nichts zu erkennen. Nach den Eiden möchte man schließen, daß der Beklagte die Behauptung aufstellte: „mein ist die Sache“. Aber es bleibt noch ganz dunkel, wie eigentlich der ägyptische Prozeß zustande kommt. REVILLOUTS Behauptungen über eine Prozeßwette ähnlich dem ältesten Sacramentum, verdienen die größte Zurückhaltung.

5. Jedenfalls konnte der Beklagte wählen, ob er selbst im Prozesse als Partei sich verteidigen wollte, oder aus dem Prozesse ausscheiden und dem Gewähren, den er herbeiholte, die Führung des Prozesses überlassen wollte. Daß wir in dieser Beziehung Klarheit gewinnen, ist eine der erfreulichsten Feststellungen, die durch die Hauswaldt-Papyrus möglich waren. Es ist nämlich die Rede davon, daß entweder der Be-

<sup>1</sup> Auf die griechische *ἐξαγωγή* im Eigentumsprozesse (vgl. MITTEIS, Savigny-Zeitschr. 23) ist dabei Pap. Tebt. 105, l. 36 (anno 103 v. Chr.) zu beziehen, wo sich der Unterpächter vom Pächter eines Katoikenlehens ausdrücklich die Befugnis konzederieren läßt, daß er Angriffe Dritter abwehren kann, ohne unter die Strafe zu fallen, die wohl den unberechtigten Kontravindikanten trifft. Gemeint ist die Strafe, welche der Quasieigentümer des Katoikenlehens eintreiben könnte. — Auf griechisches und ägyptisches Recht deuten die Klagschriften, Pap. Paris 14 (anno 127 a. C.), wo die unbefugte Embateusis des Eindringlings so erwähnt ist, daß hier der Gedanke offenbar ist, ein solches eigenmächtiges Eindringen könnte auch als Rechtsbehauptung vorgenommen werden (l. 22/23). Vgl. auch die Klagschrift des Hermias (a<sup>0</sup> 120 a. C.) Pap. Paris 15, l. 18ff., wo aus dem *ἀντιποιούμενοι ἄδικως* durchklingt, daß eine Eigenmacht erlaubt wäre, wenn sie mit begründeter Rechtsbehauptung erfolgte. Ebenso Pap. Lond. II n. 401 p. 13 ff. (anno 116/111 a. C.) l. 20 ff.

<sup>2</sup> Das zeigt der Antrag in Pap. Paris 14 (anno 127 a. C.) l. 38 ff. auf eine Buße wegen unrechter Tat von 5 Talenten Kupfer. — Vgl. auch schon die ähnliche Bußenordnung für eigenmächtiges Eindringen in den fremden Stathmos im 3. Jahrhundert v. Chr., Pap. Petrie verso 3, 20 Col. 3.

sitzer, gegen den der Vindikant zunächst auftritt, oder aber der Veräußerer für die Beweisantretung in Betracht kommen könnte, derart, daß ihm der Beweis auferlegt wird. Die bisher bekannten Klauseln sprachen immer nur von dem Beweis, welcher dem Besitzer selbst auferlegt wird. Diesen Beweis sollte der Verkäufer an Stelle des angegriffenen Besitzers erbringen. Wenn aber dem Vormann selbst ein Beweis vor Gericht auferlegt werden konnte, ist es sicher, daß auch nach alt-ägyptischem Rechte gerade wie nach dem hellenistischen Rechte der Gewährzug zum Eintritte des Vormannes in den Prozeß und zum Ausscheiden des Besitzers aus dem Prozeß führen kann. Es ist nichts anderes, als was eben schon durch eine der schönsten prozessualen Urkunden unter den demotischen Texten klar geworden war<sup>1</sup> und was wir schon für die *βεβαιωται* des hellenistischen Notariatsformulars wissen.

Wenn der Beklagte selbst im Prozesse bleibt, muß der Verkäufer ihm Beweishilfe leisten, auch Eide an seiner Statt schwören, wie dies ja auch in der jüngeren Urkunde regelmäßig versprochen ist.

6. Um den Beklagten zum Erscheinen und eventuell zu Selbstübernahme des Prozesses zu veranlassen, steht dem Kläger eine besondere Klage zur Verfügung; mit Hinblick hierauf wird in den Hauswaldt-Papyri gesagt, daß der Verkäufer es auf einen Prozeß nicht ankommen lassen will. Auf diesen Prozeß bezieht sich also die häufige Erklärung des Verkäufers in den dem. Urkunden: wenn ich ihn nicht freiwillig entferne, so entferne ich ihn notwendigerweise<sup>2</sup> ohne Säumen (= *ἐὰν δὲ μὴ ἀποστήσω, ἀποστήσω ἐπάναγκον*). Auch daß der Verkäufer ohne „Schlag“ seine Verpflichtungen erfüllen will, ist bekanntlich oft gesagt. GRIFFITH<sup>3</sup> und ihm zustimmend SPIEGELBERG<sup>4</sup> versteht darunter ein Versprechen des Verkäufers, es auf eine Bastonnade nicht ankommen zu lassen. GRIFFITH denkt dabei an „Intervention of the police“, „official compulsion“. Offenbar bleiben aber drei Möglichkeiten offen, von denen keine heute mit Sicherheit ausgeschaltet werden kann: Entweder gehörten diese Prügel zu den Zwangsmitteln des Prozesses, durch welchen das Eintreten des Gewähr in den Prozeß des Besitzers erzwungen wurde. Dann hätten wir ägyptische Urteile auf Vornahme einer Handlung, während nach römischem Recht die *auctio auctoritatis* wie die griechische *δίκη βεβαιώσεως* mit der Vollstreckung einer Geld-

<sup>1</sup> Pap. dem. Eleph. 12 (SPIEGELBERG, dem. Studien 5). Die Frau Tastj ist solcher ägyptischer Gewährschaftsgarant, der als Vormann in den Prozeß der Ta-Hap gegen die Besitzerin Tisemtheus eintrat und nun die Rezeßerklärung der abgewiesenen Klägerin entgegennimmt. Ich behalte die Besprechung der Urkunde für meine Publikation mit SETHE vor. — Für die griechischen Gewährschaftsgaranten vgl. Pap. Tor. I, VI 10ff.

<sup>2</sup> So SETHE-SPIEGELBERG oft: „zwangsweise“.

<sup>3</sup> Rylands Papyri p. 128.

<sup>4</sup> Nach privater Mitteilung.

kondemnation ausschließlich arbeiten. Dafür wäre Beweis noch abzuwarten. Oder es kann sich bei den Stockschlägen um ein privates Exekutionsmittel handeln, das dem Gläubiger, also hier dem Käufer, zur Verfügung steht. Diese Möglichkeit verdient nicht nur, weil sie in der Rechtsvergleichung ihre Parallelen hat<sup>1</sup>, sondern auch deshalb mehr Beachtung, als man ihr bisher schenkte, weil die körperliche Gewalt (*ἀποβιάζεσθαι*) als legitimes Zwangsmittel fürs Asyl besonders ausgeschaltet werden mußte<sup>2</sup>. Endlich ist möglich, daß diese Zwangsprügel in veredelter Form unter polizeilicher Assistenz als Zwangsmittel des Gläubigers auch ohne Urteil erteilt werden. Jedenfalls sind die Stockprügel in Ägypten bekanntlich seit uralter Zeit das übliche Zwangsmittel zur Eintreibung staatlicher Pachtforderungen gewesen<sup>3</sup>, und so wäre es gut möglich, daß sie als Form der schuldrechtlichen Haftung auch dem ägyptischen Privatrecht der früheren Ptolemäerzeit noch angehört hätten.

<sup>1</sup> Die indischen Rechtsbücher kennen die Prügel durch private Eigenmacht als Zwangsmittel (Legal Force) des Gläubigers: Manu 849. Narada I, 122 Brihaspati und Katyayana (Texte nach COLEBROOKE Digest of hindu law, I, 233 ff. Art. 240/241. Vgl. auch Sacred Books 33, 330 Brih. XI, 57. Der Vishnutext (COLEBROOKE I, 241 Art. 251) erklärt ausdrücklich bondage (violent means) für straflos.

<sup>2</sup> Inschr. in Ann. d. serv. des ant. Le Caire 10 (1910), 163 ff., 27 f., (LEFEBVRE) Pap. Tebt. 5, col. 4, l. 480, auch in Pap. Petrie recto III, 20, Col. 1 l. 2 scheint das *ἀποβιάζεσθαι* eine Handlung zu sein, die dort der Gläubiger zur Exekution wegen seiner Forderung vornimmt. Daß das *ἀποβιάζεσθαι* nicht eine Sachpfändung bedeutet, ist aus dem Dekret des Eumenes II. (anno 179/172) Ditt. syll. 295 klar, sowie aus dem Ptolemäergesetz Pap. Petrie III, 26 l. 10 ff. Hier ist es klar, daß *ἀποβιάζεσθαι* der eigenmächtige Zwang mit körperlicher Gewalt ist.

<sup>3</sup> Vgl. SPIEGELBERG: Studien und Materialien (Hannover 1892) Seite 84 ff. und WILCKEN, Ostraka I, 567. ROSTOWZEW, Kolonat 208.

## 12. P. KOSCHAKER, Babylonisch-assyrisches Bürgerschaftsrecht. Leipzig 1911.

[Göttingische Gelehrte Anzeigen 1913, 13—37]

### II.

Es ist in der literarischen Kritik unserer Tage ungewöhnlich, daß ein Buch von zirka 250 Seiten von zwei Fachleuten in demselben Organ besprochen wird<sup>1</sup>. Aber für KOSCHAKERS assyrisch-babyl. Bürgerschaftsrecht erforderten die Umstände diese Zusammenarbeit des Sprachgelehrten mit dem Juristen. Ohne das Urteil des Assyriologen darf die Bewertung dieses Buches für die vergleichende Rechtswissenschaft nicht erfolgen. Erst als ein Autor, der nach dem Urteil seiner Fachgenossen in hervorragender Weise zur Beurteilung der philologischen Leistung dieses Buches legitimiert ist, den sprachlichen Unterbau dieser rechtsgeschichtlichen Untersuchung nachgeprüft hatte, durfte ein Jurist es wagen, die Ergebnisse des Verfassers sachlich einzuschätzen. Nur diese Zusammenarbeit der Fachleute konnte zu einem der bedeutenden Leistung gerecht werdenden Urteil der wissenschaftlichen Kritik führen. Daß der Assyriologe Verständnis für diese Zusammenarbeit mit dem Rechtshistoriker hatte, dafür gebührt ihm der Dank unserer Forschung.

KOSCHAKERS babylonisch-assyrisches Bürgerschaftsrecht ist in der Zahl der juristischen Publikationen auf dem Gebiet der vergleichenden Rechtsgeschichte eine durchaus neuartige Erscheinung. Wohl kennen wir seit einigen Jahrzehnten moderne juristische Darstellungen von Rechten und Rechtsinstituten der verschiedensten toten und modernen Völker, die nicht im deutlichen Zusammenhang mit unserer europäischen Rechtsgeschichte stehen. Das indische, das chinesische und japanische, das islamitische Recht, Rechte der primitiven Kulturvölker Asiens, Australiens und Afrikas haben fleißige Bearbeiter gefunden, und JOSEF KOHLERS emsiger Sammelfleiß hatte längst auch die Babylonier in den Kreis seiner Studien gezogen. Auf Jahrzehnte hinaus ist diese Arbeitsmethode noch sicher, einen reichen Stoff der rechtswissenschaftlichen Betrachtung vorlegen zu können und daraus Vergleichsmaterial und Fragestellungen für die rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Forschung zu erschließen. Aber so hoch diese

---

<sup>1</sup> [Vorán geht unter I. eine Besprechung von M. SCHORR (1—13).]

Sammelarbeit einzuschätzen ist, kann doch nicht verkannt werden, daß die bisher herrschende Methode der vergleichenden Rechtswissenschaft nur als Anfang in der wissenschaftlichen Verarbeitung des neuen Materiales genügte. Diejenigen, welche als Führer der rechtsvergleichenden Forschung uns bisher mit exotischen Rechtsordnungen bekannt machten, haben zumeist *ohne* sprachliche Kenntnisse nach Übersetzungen arbeiten müssen, die von philologischer Seite ihnen als fertiges Material zur Verfügung gestellt wurden. Und so wertvoll bei dieser Arbeitsweise oft die juristische Zusammenstellung war, oder so wichtig es sein konnte, daß für die Geschichte des römischen oder griechischen Schuldrechtes die glänzenden Übersetzungen, welche z. B. die indischen Rechtsbücher gefunden haben, herangezogen wurden — es fehlte diesen Arbeiten doch meist die Fühlung mit dem lebendigen Rechtsleben, die nur von der Kenntnis der Rechtssprache vermittelt wird. Andererseits haben wir wertvolle juristische Arbeiten von hervorragenden Sprachkennern, wie die der Sanskritforscher über indisches Recht, die Arbeiten der französischen Kolonialjuristen über islamitische Rechtsquellen oder die Studien über talmudisches Recht. Aber der Jurist vermißte in diesen Darstellungen oft die Beherrschung der Rechtsvergleichung und den modernen juristischen Gedankenaufbau. Was wir bisher vergebens suchten, ist jetzt für ein Institut des altorientalischen Rechtes geleistet. Mit sprachlicher Schulung und guter rechtswissenschaftlicher Methode hat heute ein Jurist zum ersten Male ein babylonisches Rechtsinstitut dogmatisch dargestellt. Und das Ergebnis dürfte gerade auch diejenigen Juristen überraschen, die bisher der vergleichenden Rechtswissenschaft mit Zurückhaltung gegenüberstanden. Wer nach den bisher vorliegenden Arbeiten Gelegenheit hatte, sich von der Arbeit der rechtsvergleichenden Forschung eine Anschauung zu bilden, fühlte sich oft an die Eindrücke aus unseren Museen für Völkerkunde erinnert; wie dort die seltsamsten Gegenstände unter der Spitzmarke „Hausgerät“ des künftigen Kenners harren, hat die rechtsvergleichende Forschung eine unübersehbare Menge seltsamer Details, Rechtssätze und Rechtsinstitute verzeichnet, welche in ihrer Entstehung und in ihrer praktischen Bedeutung uns vielfach unverständlich sind — alles etikettiert mit den festen Begriffen und Kategorien, die unserem modernsten Recht, im Zivilrecht dem privatrechtlichen System der deutschen Pandektenwissenschaft entlehnt werden. Wer tiefer einer Einzelheit nachzugehen Gelegenheit hatte, empfand es bitter, daß diese Methode rechtsvergleichender Forschung nur eine oberflächlich geordnete Übersicht über die Vorgänge des Rechtslebens oder die Rechtssätze gab, und daß alle juristische Arbeit an diesem Material noch zu leisten war. Ohne lehrhafte Auseinandersetzung mit dieser naiven Form der Rechtsvergleichung, welche eine Frucht der

letzten Jahrzehnte deutscher Pandektistik war, hat KOSCHAKER nun neue Wege in der juristischen Verarbeitung seines babylonisch-assyrischen Materiales eingeschlagen. Anstatt der juristischen Kuriosensammlung für *ein Rechtsgebiet* gab er eine juristische Durchdenkung eines einzelnen Rechtsinstituts. Und indem er das eine der für die Grundbegriffe wichtigen Rechtsinstitute des Schuldrechtes herausgriff, lieferte er einen wichtigen Beitrag zu juristischer Durchdenkung von Rechtsbegriffen, die im Leben der verschiedensten Kulturen wiederkehren und im modernsten Recht noch ihre Bedeutung haben. Es ist die Arbeitsweise, welche in der germanistischen und romanistischen Forschung seit Jahren die herrschende ist und deren erste Frucht schon die modernen Studien an den griechischen Quellen waren. Nicht ohne Grund beruft sich KOSCHAKER auf E. RABEL als denjenigen, mit dem er seine grundsätzliche Stellung zu komparativer Methode teilt. Wie für RABEL und die anderen Rechtsvergleicher aus MITTEIS' Schule ist nicht die heute noch über unsere Kraft gehende Universalrechtsgeschichte das Ziel des Verfassers, sondern die Geschichte der Volksrechte, insoweit sie sich der komparativen Methode bedient. Und als Vergleichsmaterial stehen ihm zur Seite die germanistischen und romanistischen Forschungen zum älteren Obligationenrecht, wie die gleichartige Forschung am griechischen Recht des Gemeindestaates und des Hellenismus.

Einen Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung nennt der Verfasser seine Schrift. Schon dieser Untertitel zeigt, daß der Verfasser als wichtigstes Ergebnis seiner Studie die Gesichtspunkte betrachtet, welche seine babylonischen und assyrischen Quellen der heute viel besprochenen Lehre des primitiven Schuldrechtes der Kulturvölker zuführen. Was v. AMIRA, PUNTSCHART, GIERKE für die germanischen Quellen als sicheres Ergebnis herausstellten, was ebenso für die altgriechischen Quellen klarliegt und demnächst für die einheimische Rechtsordnung des pharaonischen Ägyptens klargestellt werden kann, ist durch den Verfasser für das Schuldrecht des alten wie des persischen Babyloniens als grundlegender Rechtsgedanke nachgewiesen: ursprünglich schafft das Schuldversprechen des Schuldners keine Haftung. Damit diese entsteht, bedarf es einer besonderen Einsetzung einer Sache oder Person als Haftungsobjektes. Die Bürgschaft ist die wichtigste Form dieses Einsatzes einer Person zu leiblicher Haftung. An die Denkformen des Bürgschaftsrechtes knüpfen die jüngeren Bildungen des Schuldrechtes an, nach welchen der Schuldner bei solchen Verträgen, wo er kraft Versprechens haftet, selbst die Haftung übernimmt. Seine Beweisführung stützt der Verfasser nach dem Muster der Arbeiten für das nordgermanische und das griechische Recht zunächst auf die *begrifflichen Vorstellungen der Rechtssprache*. Wie er für

das altbabylonische Recht, für die babylonischen Urkunden der Perserherrschaft und für die assyrischen Quellen des achten und siebenten Jahrhunderts a. C. die Quellensprache ausnützt, hat schon das eingehende Referat meines philologischen Kollegen erkennen lassen: der Bürge als Schützer oder Tröster des Schuldners, die Bezeichnung des Bürgen als „Hand“ des Schuldners und die ursprüngliche Bedeutung des Handsymbols für die Begründung der persönlichen Haftung sind für die altbabylonischen Urkunden nachweisbar, im assyrischen Bürgschaftsformulare ist der Bürge der Herr der Hände (amêl qâtâ, bêl qâtâ, bêl qâtâti). In den babylonischen Urkunden der jüngeren babylonischen und der persischen Zeit machte es erhebliche Schwierigkeit, daß der terminus technicus für „bürgen“ pût . . . našû, pût . . . êmêdu, pût . . . nadânu, pût . . . maḥaṣu lautet: ein Verbum, das tragen, erheben, bringen (našû), geben (nadânu), schlagen (maḥaṣu) bedeutet, steht mit dem bisher verschieden erklärten Wort pût zusammen und als personales Objekt steht daneben der Schuldner, oder als Objekt des Inhalts steht der garantierte Erfolg oder die Sache, deren Leistung zugesagt ist. In minutiöser Auslegung eines umfangreichen Urkundenmaterials hat KOSCHAKER hierzu eine schon von OPPERT (Z. A. XIII p. 253) geäußerte Anschauung begründet, die von seinem philologischen Berater wie von meinem Herrn Korreferenten als richtig anerkannt wird. Das Wort für „Hand“ ist hier bei dem Verbum ebenso ausgefallen, wie es D. H. MÜLLER bei dem hebräischen Wort für „Bürgschaftleisten“ in Prov. II, 15 nachweist (bei KOSCHAKER S. 222), wie es andererseits nach KOSCHAKERS Hinweis im Serbo-Kroatischen der Fall ist, wo die Bezeichnung für den Bürgen (jemstvo, bürgen jemać) nicht wie sonst in den slawischen Sprachen mit „rąka“ (Hand)<sup>1</sup> zusammenhängt, sondern ein Wort für „fassen, greifen“ (jeŕi) abgeleitet ist. KOSCHAKER hat hier als erster auf eine Regelmäßigkeit in der Bildung der Bürgschaftsterminologie der verschiedenen Sprachen aufmerksam gemacht, die m. E. bedeutsam ist. Der Gedanke, daß lateinisch „promittere“ versprechen, ursprünglich ein manum promittere gewesen sei, gewinnt jetzt überzeugende Kraft<sup>2</sup>. Für das altägyptische Bürgschaftswort hatte ich auf eine Anregung SETHES schon dieselbe Möglichkeit erwogen, und vielleicht erklärt sich in ähnlicher Weise auch eine Eigentümlichkeit der griechischen Rechtssprache, die ich bisher nicht ver-

<sup>1</sup> Diese bei KOSCHAKER S. 16 herangezogene Parallele war auch schon von mir auf Grund einer Nachfrage bei russischen, bulgarischen und polnischen Bekannten, wie auf Grund des Nachweises, den ich LESKIEN verdankte, beachtet! (Griech. Bürgschaftsrecht I, 47f.).

<sup>2</sup> Allerdings ist dabei pro wohl nicht als räumliches vorstrecken zu verstehen, sondern als „reichen für“, wie die ähnlichen oben angeführten Substantive und Verben in den verschiedenen Sprachen.

stand<sup>1</sup>. KOSCHAKER weist nach, wie das (Hand) „erheben“, „geben“, „schlagen“ in den babylonischen Urkunden mit dem Wort „pû“ verbunden wird, das oft als Präposition diejenige Person oder den Versprechensinhalt anschließt, für welche Bürgschaft übernommen wird (p. 213). Dieses „für“, das „anstatt, *ἀντί*“ bedeutet, und in dieser Bedeutung von KOSCHAKER vielfach belegt wird (p. 212: Nbk 78), ist wohl nichts anderes als das deutsche „für“ oder „vor“ in mittelalterlichen sächsischen Urkunden.

Es fällt auf, das KOSCHAKER bei der Erklärung dieses „pû“ „für“ in der Bildung von *Substantiv und Verbum* die Parallelen nicht heranzieht, die in anderen Rechtssprachen ganz ähnlich dem Babylonischen zeigen, daß bei der Bildung von Substantiv und Verbum dieses „für“ im „Bürgen für“ den Gedanken darstellt, daß der Bürge als Ersatzobjekt für den Fall, daß der Schuldner nicht erfüllt oder daß der zugesagte Erfolg nicht eintritt, dasteht. Der indische pratibhu „Bürge“ (Mann des Ersatzes)<sup>2</sup>, der griechische *πρόγγυος, προέγγυος, προστάτης*, der deutsche fürstand, Vorstand oder der vicessor langobardischer Urkunden scheinen doch ganz ähnliche Bildungen zu sein wie das babylonische Substantiv „mâḫiṣ pûti“, in welchem mâḫiṣ den (Hand)schläger, pûti die Beziehung auf pû, „für“, anstatt, bedeutet, oder našû pûtu, das Bürgschaftleisten — „das (Hand)erheben für“ (KOSCHAKER p. 214—216. 33).

Eine andere Erscheinung der altbabylonischen Bürgschaftsterminologie scheint mir eine besondere Hervorhebung zu verdienen, weil sie geeignet sein könnte, Gedankengänge zu stützen, die fürs griechische Bürgschaftsrecht schon angebahnt sind, und die von germanistischer Seite seither wieder mehrfach für ähnliche Erscheinungen der germanischen Quellen diskutiert worden sind. Im griechischen Recht ist es seltsam, daß in der Terminologie des Bürgschaftsrechtes nicht nur der Handritus, den der Bürge mit dem Gläubiger vornimmt, seinen

<sup>1</sup> Griechisch heißt *ἐγγυᾶν* (activum) einhändigen, übergeben, Bürgschaft entgegennehmen. Ganz vereinzelt kommt im Hellenismus auch *ἐγγυᾶν* statt des regelmäßigen *ἐγγυᾶσθαι* für das Versprechen des Bürgen vor, vgl. Bürgschaftsrecht 1, 105, 4. Das wäre erklärt, wenn man annähme, daß hier in gleicher Weise ursprünglich ein Objekt wie „Hand“ (*χεῖρα, πίστω*) neben dem *ἐγγυᾶν* stand oder empfunden wurde. In Bürgschaftsrecht 1, 105 dachte ich an einen abnormen Sprachgebrauch. Aber das war bedenklich, da auch die Glossare das *ἐγγυᾶν* als Übersetzung von spondere kennen. Auch unter den ohne Gewähr als *Δημοκρίτου γυνῶμαι* überlieferten Sentenzen des Cod. Par. gr. 1168 (DIELS, Fragm. d. Vorsokr. 2446) findet sich doch, wie ich übersah, der Satz: *μικρὰ δίδόναι βούλιον μᾶλλον ἢ μεγάλα ἐγγυᾶν*.

<sup>2</sup> prati, Präposition, die den Sinn der Äquivalenz, des Gleichkommens, des Ersatzes hat, bhu = griech. *φν*-, sein, werden, vgl. WINDISCH bei PARTSCH, Bürgschafts r. 1, 37 Anm. Die Übersetzung „Mann des Ersatzes“ gibt frei die englischen Übersetzungen der Hindu-Kommentare zu den Büchern der Weisen wieder.

Niederschlag in der Rechtssprache findet, sondern außerdem es oft sehr deutlich ist, daß der Bürge aufgefaßt wird als ein Interzedent, der sich den Schuldner *einhängigen* läßt. Diese Kreuzung des Begriffs „geloben, bürgen“ und des körperlichen Empfangens eines Gegenstandes oder einer Person konnte für die griechische Rechtssprache<sup>1</sup> wie für deren lateinisches Nachbild<sup>2</sup> nachgewiesen werden. Es entging dabei der Darstellung des griechischen Bürgschaftsrechtes nicht, daß diese Vorstellung, nach welcher der Bürge sich den Schuldner einhängigen läßt, mit der Anerkennung des Rechtes auf Deckung im Zusammenhang steht, welches anscheinend der griechische Bürge geltend machen kann, um sich durch Auslieferung des Schuldners oder durch Zugriff auf sein Vermögen vor der Haftung gegenüber dem Gläubiger sicher zu halten (S. 283 ff.).

Seither ist von GIERKE wie durch v. AMIRA die These verfochten worden, daß der germanische Bürge gegen den Schuldner kraft der Bürgschaftsleistung selbst das Pfändungsrecht gegen die Person oder das Vermögen des Schuldners hatte. Wie schon vorher, wird dabei jetzt von den beiden Führern der germanistischen Lehre die Begründung dieses Rechts gegen den Schuldner in der Abschlußform des Bürgschaftsversprechens selbst gesucht: im Stabritus der langobardischen Quellen wird der Stab vom Schuldner an den Gläubiger und von diesem an den Bürgen gereicht. Durch diese Annahme des Stabes soll der Bürge nach der Auffassung der Germanisten das Gewalt- und Exekutionsrecht gegen den Schuldner erwerben: weil er mit dem Zeichen der Hausgewalt das Zugriffsrecht auf das Vermögen des Schuldners erwerbe (so GIERKE)<sup>3</sup>, oder weil er mit der Annahme des Botenstabes den Auftrag des Schuldners annehme und aus dem Rechtsgedanken des Auftrags heraus daher das Recht auf Schadloshaltung gegen den Schuldner habe (so v. AMIRA)<sup>4</sup>. Zu diesen Gedanken gibt nun die Sprache der babylonischen und assyrischen Urkunden eine Reihe neuer Anregungen. Zunächst der Bürgenname im Assyrischen: *Herr der Hände*, Mann der Hände, heißt hier der Bürge. Warum hier der Plural „der Hände“? — KOSCHAKER hat die Frage anscheinend nicht aufgeworfen und doch scheint sie mir der Erwägung vor allem wert. Welches sind die mehreren *Hände*, als deren Herr (*bêl*) der Bürge bezeichnet wird? — Vielleicht zunächst seine eigene, aber außerdem? — doch wohl nicht die Gläubigerhand! Aber das ist ein Detail der assyrischen Quellen, und diese selbst versagen uns heute noch ein Urteil

<sup>1</sup> Griech. Bürgschaftsr. I, 92 ff., 284.

<sup>2</sup> Z. Sav. St. rom. Abteil. 29 (1908), 417 ff.

<sup>3</sup> Schuld und Haftung 273 ff., 288, vgl. auch BUCH, Die Übertragbarkeit von Forderungen im deutschen mittelalterlichen Recht. Breslau 1912, p. 92 ff.

<sup>4</sup> Der Stab, 145 ff., Die Wadiation S. 24 ff., 35 ff.

über die praktische Bedeutung<sup>1</sup> und die nähere Ausgestaltung des Handsymbols. — Wichtiger ist, was KOSCHAKER für die altbabylonischen Rechtsurkunden beobachtet hat. Allerdings handelt es sich hier nicht um ein festes Ergebnis, das die rechtsvergleichende Forschung unbedenklich verwerten kann. Die Deutung der Quellen ist hier noch vielfach unsicher. Und der Verfasser selbst hat sich als Jurist auf Gesichtspunkte festgelegt, die ihn wohl verhinderten, den hier erwogenen Gedanken positiv zu formulieren. Es handelt sich um die Vorstellung, daß der Interzident die Hände des Schuldners „ergreift“ oder die Hände des Schuldners „herauszieht“. KOSCHAKER findet dieses Ergreifen der Schuldnerhände einerseits in einer Urkunde<sup>2</sup>, wo der Bürge die Gestellung der streitigen Sache dem ladenden Kläger zusagt und von dem Bürgen nach UNGNADS und KOSCHAKERS Übersetzung nur gesagt wird, daß Sin-iqīšam die Hände des Schuldners ergreift wegen der Ergreifung der Bilisunu. Andererseits findet KOSCHAKER die Bürgschaftsleistung oder eine bürgschaftsähnliche Rechtsgestaltung in einigen Urkunden des Exekutionsrechtes, zwei aus der Zeit Ammisadugas. Mit überzeugender Ausschaltung der älteren Deutung KOHLERS gelangt der Verfasser hier zu der Auffassung, daß bei Gelegenheit der Exekution für eine geschuldete Leistung eine vindexartige Interzession stattfindet, die in den Schuldurkunden erwähnt wird: „nachdem (weil) die Hand des Schuldners herausgezogen worden ist, wird der Interzident leisten“<sup>3</sup>. Der Verfasser meint, daß bei dem Exekutionsverfahren der Interzident auftrat wie der römische vindex-Bürge bei der manus iniectio, die Hand des Gläubigers zurückschlug, wie es auch deutlich in einer Urkunde aus der Zeit Hammurapis heißt, daß der Interzident wegen der Schuld die Hand des Gläubigers weggezogen hat: die Wirkung dieser Interzession sei eben, daß „die Hand des Schuldners aus der des Gläubigers weggezogen werde“. Aber wenn KOSCHAKER bei der Vorstellung dieses Aktes auf den Gedanken kommt, daß bei der Exekution der Gläubiger den „Schuldner an der Hand gefaßt haben wird“, und daß das „Herausziehen der Schuldnerhand“ ebenso viel bedeute, als das „Wegziehen (manum depellere) der Gläubigerhand“, kommen wir einmal auf gewisse Schwierigkeiten, uns den Hergang vorzustellen, andererseits auf eine Unvollkommenheit in der juristischen Auffassung des ganzen Vorganges. Zunächst: was wird gezogen? Die Gläubigerhand oder die Hände des Schuldners? — Wenn wir beide Schilderungen auf

<sup>1</sup> Daß der Handritus in der geschichtlichen Zeit schon stark abgeblaßt ist, betont KOSCHAKER S. 240ff. M. SCHORR teilt mir freundlichst mit, daß er in dieser Beziehung besonders auf die S. 241 besprochene Urkunde Gewicht lege.

<sup>2</sup> UNGNAD, Heft 8 der vorderasiatischen Schriftdenkmäler Nr. 26. SCHORR, altbabylonische Rechtsurkunden, Heft 3 (Sitzungsber. d. Wiener Ak., phil. u. hist. Kl. 165, 2), Nr. 1.

<sup>3</sup> KOSCHAKER S. 25f.

denselben Vorgang beziehen, können sie doch nur aus verschiedener Anschauung des Vorganges herrühren: die Urkunden aus der Zeit Ammisadugas beschreiben einen Vorgang, bei dem der Gläubiger die Hände des Schuldners in der seinen hat und der Interzedent sie herauszieht. Die Urkunde aus der Zeit Hammurapis sagt gar nichts davon, daß der Gläubiger den Schuldner an den Händen faßt, sondern nur, daß der Interzedent manum depellere vornimmt, indem er die Hand des Gläubigers wegzieht. In den beiden Urkundentypen *können* ganz verschiedene sachliche Auffassungen von dem Akt liegen, der hier stattfand: im ersten der Gedanke an den rechtsgeschäftlichen Bürgschaftsschluß, der so vor sich geht, daß der Bürge die Hände des freiwerdenden Schuldners zum Zeichen von dessen Befreiung aus der Hand des Gläubigers herauszieht und seine Hand dareinlegt. — Im zweiten das manum depellere nach Art des römischen vindex. Sachlich besteht die Schwierigkeit darin, daß ein Vergleich mit dem römischen vindex bei der manus iniectio wenig erklärt. Denn dieser eigenartige Interzedent muß selbst erst aus den allgemeinen Gedanken, die wir durch die Rechtsvergleichung der ältesten Bürgschaftsrechte gewinnen, einmal richtig verstanden werden. Wenn man nun die geläufige Lehre zugrunde legt, nach welcher der vindex aus Deliktsgedanken haftet, weil er dem Gläubiger den Schuldner und damit das Exekutionsobjekt entriß, hat man einmal die Schwierigkeit zu erklären, wie für die Entstehung dieses prozessualen Vorganges der vindex, der als Bürge eintrat, sich von demjenigen unterschied, der widerrechtlich den Schuldner entführte (*vi exemit*). Man steht ferner vor dem Rätsel, wo der Grund liegen mag, aus dem durch die Interzession eines solchen Helfers, der nach Deliktsrecht haftbar werden soll, das Recht des Gläubigers gegen den Exekuten untergeht. Meines Erachtens wird der römische vindex am einfachsten als ein Beispiel dafür aufgefaßt, wie altes Vertragsrecht in eine gesetzliche Regelung übergeht. Daß durch das Auftreten des vindex der ductus frei wird von jeder Haftung, erklärt sich einfach nur, wenn der vindex ursprünglich ein Bürge war, der sich durch Haftungsgelöbnis anstatt des Exekutionsschuldners verpflichtete. Wie das Bürgengelöbnis und der besondere Haftungsvertrag, den der Gläubiger mit dem Bürgen abschließen oder ablehnen kann, in den Hintergrund tritt und im Zwölftafeltext ganz verschwinden konnte, zeigt das altgriechische Recht. Dort finden wir ausdrückliche Ordnungen darüber, daß der Gläubiger den suffizienten Bürgen oder die mehreren Bürgen annehmen *muß*. Über den ἐγγυητῆς ἀξιώσεως geben griechische Stadtrechte Bestimmungen, wie die Zwölftafeln anscheinend über den vindex locuplex. Dabei ist klar, wie solch ein Bürge, der das Recht hat, angenommen zu werden, auftritt; er reißt den Schuldner, für den er interzediert, dem Gläubiger aus der Hand (vgl. Z. Sav.-St. 30, 499f.). Daher das römische

„manum depellere“, das als selbstverständlichen Rechtszustand das Freiwerden des Schuldners und die Haftung des vindex voraussetzt. Nicht anders erklären sich vielleicht die verschiedenen Erwähnungen des Exekutionsbürgen im altbabylonischen Recht. Es liegt jedenfalls nahe, daß die Urkunde aus der Zeit Ḫammurapis nur das Wegziehen der Gläubigerhand analog dem manum depellere erwähnt, während das „Herausziehen der Bürgenhande“ in der anderen Urkunde mir eher darauf zu deuten scheint, daß man sich noch des Bürgenvertrages mit dem Gläubiger erinnerte. Der Interzedent, der die Hände des Schuldners ergreift und sie aus der Hand des Gläubigers herauszieht, täte darnach nicht viel anderes als der griechische Bürge, der den Schuldner aus der Hand des Gläubigers empfängt. Gerade diese Auslieferung des Schuldners an den Bürgen ist auch in der Neubabylonischen Urkunde erwähnt. KOSCHAKER p. 62.

Ob diese Auffassung nach den altbabylonischen Quellen möglich ist, mögen Sprachkundige nachprüfen.

Trifft sie das Richtige, so hätten wir wohl als Ritus der altbabylonischen Bürgschaftsleistung nicht nur das Gelöbniß mit Hand und Mund, sondern außerdem dieses Herausziehen der Schuldnerhand aus der Hand des Gläubigers. Der Referent weiß wohl, daß eine solche Anregung, die aus der Rechtsvergleichung zufließt, bestenfalls den Wert einer Fragestellung haben kann.

Im vorliegenden Falle ist diese Frage deswegen besonders interessant, weil man durch ihre Bejahung auf Gedanken kommt, die geeignet sind, unsere Vorstellung von älteren germanischen Vorgängen zu klären: ist es nicht wahrscheinlich, daß ähnliche Vorstellungen dem Ed. Chilperici 6 (7) zugrunde liegen? — Mit der linken Hand reicht dort der Schuldner bei der Selbstverbürgung den Stab dem Gläubiger hin, mit der rechten nimmt er ihn zurück, und das Zurücknehmen ist ein *aufferre*, wegnehmen, vgl. v. AMIRA, Stab 156 A. Mein verehrter Kollege A. SCHULZE macht mich in diesem Zusammenhang auf L. Baiuwar. App. Textus primi IV aufmerksam. Dort wird auch mit der linken Hand das Wadium gereicht, das der Gläubiger nimmt und an die Bürgen des bürgenstellenden Schuldners weitergibt.

Die bedeutende eigene Leistung auf dem Gebiete der Theorie des Bürgschaftsrechts liegt in der Behandlung der babylonischen Quellen aus der persischen Herrschaft. Die Gestaltung des Bürgschaftsrechtes, seine allgemeine Bedeutung für das Schuldrecht ist hier in sorgfältiger Vorlegung des Materials und in trefflichen juristischen Zusammenfassungen vorgeführt. Allerdings würde man vergebens in diesem interessanten Buche einen Nachweis für die historischen Schichten suchen, durch welche sich das babylonische Schuldrecht von der Zeit

des altbabylonischen Reiches bis in die Perserherrschaft, also durch zwei Jahrtausende hin, in fortlaufender Entwicklung gestaltet hat. KOSCHAKER hat wieder die Feststellung machen müssen, die immer wieder das Quellenmaterial dem Rechtshistoriker entgegenbringt: es gibt keine solche Linien der Entwicklung, die mit dem Fortschritt der Chronologie dauernd fortschreitend verlaufen. Wie die makedonisch-ptolemäische Rechtsentwicklung keineswegs den hochentwickelten Rechtszustand des attischen Rechtes des vierten Jahrhunderts fortsetzt, wie in den europäischen Ländern der alten römischen Kultur die alte Rechtsentwicklung mit dem Eindringen der Barbarenrechte abreißt, so ist die alte babylonische Rechtsentwicklung durch die einwandernden fremden Kulturen gehemmt und zurückgeworfen worden. Der Verfasser verknüpft mit diesen Tatsachen seine Beobachtung über das Vorkommen der Selbstbürgschaft des Schuldners in dem jüngeren babylonischen Rechte, während sie im altbabylonischen schon längst überwunden zu sein scheint (p. 146).

So bleibt es dem Verfasser nur übrig, die wesentliche Gleichheit der grundlegenden Rechtsgedanken in den verschiedenen Kulturen festzustellen und aus der Vergleichung der zeitlich auseinanderliegenden Rechtszustände eine schärfere Darstellung für das Rechtsinstitut des Neubabylonischen Reiches und der persischen Zeit zu erzielen. Die so gewonnene Dogmatik des Neubabylonischen Bürgschaftsinstitutes ermangelt dabei aber nicht der größeren Gesichtspunkte für die Erfassung des juristischen Werdeganges der Bürgschaft und der Obligation. In einer nicht ganz durchsichtigen Gliederung der Fragen, die dem Juristen, der die Arbeit nur für die Zwecke der Rechtsvergleichung für einzelne Fragen verwerten will, den Überblick nicht erleichtert, stellt der Verfasser zunächst die Bürgschaft nach Formular und Rechtsfolge dar (p. 32—84). Dann wird die eigenartige gegenseitige Verbürgung der Schuldnerhaftung untersucht (p. 84—103). In einem Eingehen auf die Selbstbürgschaft (p. 104ff.) wird eine Abhandlung über den Verpflichtungsschein eingeleitet, den der Verfasser ähnlich wie MITTEIS die römische Stipulation geschichtlich aus der Selbstverbürgung erklärt (p. 148). Dann folgt eine Darstellung über die Garantieklauseln in Schuldverträgen, bei denen die Selbstbürgschaft des Schuldners eine Rolle spielt (p. 148—173). Eine wichtige Ausführung ist der Eviktionsgarantie beim Kauf, soweit sie in Bürgschaftsform auftritt, gewidmet (p. 173—209). Die letzten Paragraphen biegen zu Ausführungen zurück, die wieder im engsten Zusammenhang mit den Grundlehren des Bürgschaftsrechtes stehen: die Bürgschaftsterminologie, das Handsymbol bei der Verbürgung, das Verhältnis von Bürgschaft und Urkunde wird besprochen. Der Raum verbietet hier auf alle die neuen Fragestellungen einzugehen, die sich dabei ergeben. Hier sei nur auf vier Kardinalpunkte

eingegangen: auf die Bürgschaftsformulare und die Bürgenhaftung, auf die Solidarhaftung, auf die Frage nach der Entstehung des Verpflichtungsscheines, endlich auf die Eviktionsgarantie.

Zunächst die Bürgschaftsversprechen und die Bürgenhaftung. Der Verfasser hat zunächst in sehr anregender Weise die Formulare der babylonischen Bürgschaftsversprechen durchdacht. Er unterscheidet:

1. Die Fußbürgschaft, als Stillesitz- und Gestellungsbürgschaft<sup>1</sup>. Hier erklärt der Bürge lediglich, daß der Schuldner am Erfüllungsort verbleiben (oder gestellt) werde. Für den Fall, daß der Bürge den Schuldner gestellt, scheint hier vielfach seine Verpflichtung erschöpft (p. 45). Für den Fall, daß er ihn nicht gestellt, ist teils ein reines Formular zu beobachten, das für den Haftungsfall nichts normiert. In diesem Falle galt vielleicht wenigstens ursprünglich dasjenige, was der Verfasser für eine Urkunde der älteren Zeit unter dem Kassitenkönig Šagaraktiśuriaš beobachtet: Der Bürge wird dort gepackt, wenn der Gestellungsschuldner nicht dableibt. — Teils ist für den Fall der Nichtgestellung eine Summenzahlung versprochen (p. 48—50).

2. Die Zahlungsgarantie: Hier erklärt der Bürge zunächst auch den Schuldner stellen zu wollen, damit dieser leiste. Für den Fall, daß der Schuldner nicht leistet, verspricht der Bürge selbst zu zahlen. Und zwar ist hier ausdrücklich gesagt, daß für diesen Fall der Nichtleistung der Bürge auch „Bürge für das Zahlen ist“.

KOSCHAKER stellt aus den Einzelheiten, die er aus den Belegen in den Urkunden beobachtet, für diese Formulare folgende Entwicklung des Bürgschaftsrechtes heraus: ursprünglich ist der babylonische Bürge gerade wie der älteste griechische und germanische Bürge ein Hafter, der dafür einsteht, daß der Schuldner als Exekutionsobjekt für den Gläubiger bereit stehen wird. Der Bürge hat für diese Rolle eine Zugriffsmacht gegen den Schuldner. Dieser selbst braucht vom Gläubiger nicht gesucht und in Haft genommen zu werden. Ja, vielleicht hat der Gläubiger überhaupt infolge der Bürgenstellung gar keine Zugriffsmacht mehr gegen den Schuldner, obgleich die babylonischen Quellen gerade wie die griechischen keine deutlichen Belege dafür enthalten, daß der Schuldner gegenüber dem Gläubiger durch die Interzession des Bürgen frei werde. Der Bürge haftet ursprünglich nur für die Gestellung des Schuldners zur Exekution als Objekt. KOSCHAKER bringt diese Gestaltung der Bürgschaft in einleuchtenden Zusammen-

<sup>1</sup> Die von KOSCHAKER gemachte Unterscheidung zwischen dem Stillesitzen und der Gestellung des Schuldners ist auch für das hellenistische Bürgschaftsrecht praktisch, vgl. einerseits den Gestellungseid Tebt. descr. 210 bei ROSTOWZEW, Kolonat S. 214 und die *μονή*-Bürgschaft bei der Liturgie einerseits, die *παράστασις*-Bürgschaft andererseits mit ihrem Versprechen auf *παράδωσεν ἀποκαταστήσεν* (Hibeh 92, Tebt. 156, P. Lond, 2 n. 220 p. 6 col. II, Oxy. 259).

hang mit einem ältesten Rechtszustand, in welchem die Personal-  
 exekution zur unablösbaren Schuldknechtschaft führte. Löst sich der  
 Bürge durch Gestellung des Schuldners aus der Haftung, so erhält der  
 Gläubiger durch den Körper des Schuldners den Ersatz für den zu-  
 gesagten Erfolg. Erbringt der Bürge die Gestellung nicht, so verfällt er  
 mit seiner Person, und nur mit dieser, in Haftung, in den Zugriff des  
 Gläubigers. Erst allmählich, durch Ausbildung eines besonderen Er-  
 füllungsversprechens erlangt der Bürge selbst ein Recht, die geschuldete  
 Leistung noch zu erbringen, auch nachdem schon der Verfall der Haftung  
 durch Nichtgestellung des Schuldners eingetreten ist. Man wird hier  
 den Unterschied der Standpunkte zu beachten haben, der zwischen  
 KOSCHAKER (p. 74f.) und zwischen WENGER besteht, der über meine  
 Formulierung<sup>1</sup> hinausgehend annimmt<sup>2</sup>, daß der primitive Bürge niemals  
 auch eine vertretbare Leistung des Schuldners durch Selbstleistung  
 ursprünglich wirksam zahlen konnte, weil der Schuldner aus dem Ge-  
 sichtspunkt der Buße zur persönlichen Bewirkung der zugesagten  
 Leistung verhalten gewesen wäre. Dieses Recht zur Eigenzahlung „aus  
 dem Eigenen“<sup>3</sup> wird in der Entwicklung des Formulars durch das Zah-  
 lungsversprechen des Bürgen für den Fall, daß die Gestellung mißlingt,  
 gewahrt, und auf diesem Wege entwickelt sich die subsidiäre Zahlungs-  
 pflicht des Bürgen. Daß diese Zahlungspflicht des Bürgen sich auch  
 in der neubabylonischen Zeit noch nicht zur notwendigen Bürgschafts-  
 schuld entwickelt hatte, hebt KOSCHAKER scharf hervor. Immerhin  
 scheinen die Ablösbarkeit der Schuldknechtschaft bei der Personal-  
 exekution, die Herausbildung der Haftung des Bürgen mit seinem Ver-  
 mögen, das Recht des Bürgen aus dem Vermögen des Schuldners  
 Deckung zur Liberierung und zum Regreß zu suchen, darauf zu deuten,  
 daß auch das babylonische Bürgschaftsrecht auf demselben Wege war,  
 der im attischen Recht fürs altgriechische Recht des Gemeindestaates,  
 im sächsischen Recht für das deutsche Mittelalter belegt ist. KOSCHAKER  
 selbst hat schon die Parallelen hervorgehoben, die in griechischen wie in  
 germanischen Rechten für die beiden Bürgschaftsformulare sich er-  
 geben, die er im Babylonischen nachweist. Nur auf zwei Gesichtspunkte  
 sei hier noch eingegangen: Der eine betrifft ein Bedenken, der andere  
 eine Anregung, die wir aus dem babylonischen Recht nach KOSCHAKERS  
 Darstellung schöpfen können.

Es ist m. E. aus allgemeinen Gesichtspunkten bedenklich zu sagen,

<sup>1</sup> Bürgschaftsrecht I, 22, 195f. Ich nehme an, daß der Bürge, nachdem durch  
 Entweichen des Schuldners der garantierte Erfolg nicht eingetreten war, anfangs  
 selbst auch eine vertretbare Leistung nicht erbringen konnte. A. A. KOSCHAKER S. 75.

<sup>2</sup> Berl. phil. Wochenschrift 1909, nr. 42, p. 130.

<sup>3</sup> Zu beachten ist die Wiederkehr dieses in der Urkunde Be. M. 84, 2—11,  
 172 (PEISER B. R. II 73ff.) bei KOSCHAKER 52 nachgewiesenen Begriffes in den  
 hellenistischen Urkunden. P. Tebt. 75 (III. 6ff.). P. Lond. 2, 311 p. 219f. I. 16.

die Garantie für Zahlung des Schuldners sei notwendig eine *jüngere* Bildung als die Garantie für Gestellung. *Daß der Schuldner zahlen wird*, verspricht der griechische wie der germanische Bürge schon auf derjenigen Stufe, auf der die Haftung für Gestellung zur Exekution noch durchaus im Vordergrund steht. Das folgt für das griechische Material m. E. aus der Stelle Od. VIII. 351 und aus dem attischen Gesetz bei Pseudo-Dem. or. 59, 66. Daß ein Ähnliches dem babylonischen Bürgen auch, so lange er nur als Gestellungsorgan für die Personalexekution in Betracht kam, nahe lag, ist allerdings anscheinend nicht nachweisbar. Aber es wird durch KOSCHAKERS Belege auch nicht ausgeschlossen. Was der Bürge als solcher zunächst verspricht, die Erklärung, in welcher er den Erfolg, für den er einsteht, beschreibt, tritt in diesen Belegen nicht klar hervor. Aber bei der Gesamtschuld soll doch auch nach KOSCHAKER die Klausel lauten: einer ist des andern Bürge, daß er (der andere) die gemeinsame Schuld zahlen wird (p. 84). Ebenso wie im griechischen Recht könnte also dem babylonischen Bürgen der Gedanke ganz allgemein nahe gelegen haben, daß er eintreten wolle für die Erfüllung, die der Schuldner erbringen soll, auch ohne daß damit der Wille gegeben war zu haften, wenn der Schuldner *nicht* selbst zahlte. Die Erklärungen, welche KOSCHAKER eingehend erläutert, können m. E. alle nur auf die ausdrückliche *Normierung der Haftungsgestaltung* bezogen werden, welche praktisch wird, wenn der verbürgte Erfolg nicht eintritt. In diesem Zusammenhang der *Haftungsklausel* ist allerdings großes Gewicht darauf zu legen, daß die Erklärung, für den Fall der Nichtgestellung sei der Bürge auch Garant für das Zahlen, erst ein allmählich in das Bürgschaftsformular hineinwachsender Zusatz ist, der anfangs das Recht des Bürgen wahrt, später die Verpflichtung zur Zahlung klarstellt. Ich glaube also, sachlich in der Auffassung der Formulare mit dem Verfasser durchaus einig zu sein, nur für die geschichtliche Deutung des Zusammenhanges, der zwischen der Erklärung: der Schuldner werde zahlen, und der Haftung für bloße Gestellung besteht, bin ich, soweit ich das von KOSCHAKER vorgelegte Material verstehe und das griechische wie die germanischen Quellen zu beurteilen vermag, anderer Meinung. Aber vielleicht handelt es sich eben um verschiedene formulare Gestaltungen in den verschiedenen Rechten, und ich bin weit entfernt, KOSCHAKERS Auffassung als unrichtig zu bezeichnen.

Anregend sind die Beobachtungen KOSCHAKERS über die Fußbürgschaft: zu einer Zeit, wo schon vielfach der Bürge für Erfüllung der Schuld einsteht, kommen Bürgschaften vor, in denen der Bürge nur für den Fuß des Schuldners, d. h. für die Exekutionsbereitschaft einsteht. Es ist sodann möglich, daß der Bürge sich von der Haftung durch Gestellung des Schuldners zur Exekution befreit.

Dabei handelt es sich um anderes als eine bloße Gestellungsbürg-

schaft; diese sichert bei Gelegenheit des Prozesses, der Exekution, oder für Erfüllung einer öffentlich rechtlichen Pflicht das Erscheinen einer Partei. Aber hier ist der Bürge als Garant im Schuldvertrage gegeben, und als Bürge des Vertragsschuldners haftet er, weil er nur Fußbürge ist, nur auf Gestellung. Im alten griechischen Material hat man diesen Anwendungsfall der Bürgschaft bisher übersehen. Aber ich deutete jetzt so die im Bürgschaftsrecht der Tafel von Heraklea von mir mißverständenen<sup>1</sup> *πρόγγυνοι τοῦ σώματος*. Die Bürgen sind dort Bürgen für die Verpflichtungen aus der Erbpacht für Pachtzins und Strafgeldzahlung (Insc. jur. gr. p. I, 208 l. 155). Ich glaubte dabei, sie hafteten stets, wenn der Pachtzins nicht gezahlt wird. Aber die Bürgen, welche auf Grund dieser Klausel des Statuts Haftung übernehmen, waren als *πρόγγυνοι τοῦ σώματος* bezeichnet<sup>2</sup>. Das kann keinesfalls, wie man immer übersetzte, heißen, daß sie selbst mit ihrem Leib hafteten (so schon Bürgschafts r. I, 218. 1). Wer der *πρόγγυνος τοῦ σώματος* ist, erhellt daraus, daß *ἔγγυος τοῦ σώματος, διεγγυᾶν τὸ σῶμα* in der Bedeutung Bürge, garantieren für den Leib, d. h. für die Auslieferung des Schuldners an den Gläubiger oder die Gestellung des Häftlings nachzuweisen ist<sup>3</sup>. Also hafteten die Bürgen „für den Körper“ in Heraklea allerdings dafür, daß der Schuldner den Vertrag erfüllte. Aber sie hafteten dabei nur auf Gestellung: durch Auslieferung des Schuldners zur Exekution wurden sie frei, nicht anders als der babylonische Fußbürge. Wenn dadurch Gestaltungen der Rechtslage wie bei der babylonischen Fußbürgschaft bis in die Zeit der altgriechischen Rechtsordnungen lebendig bleiben, tritt die Frage auf, ob wir nicht für den hellenistischen Bürgen in viel weiterem Umfange als bisher die Quellen es gestatten<sup>4</sup>, die Möglichkeit anzunehmen haben, daß er sich durch Gestellung des Schuldners zur Personalexekution von der Haftung befreien kann. Von jeher ist es mir wahrscheinlich, daß man mit diesem dem hellenistischen Rechtsleben vertrauten Recht des Bürgen sich durch Gestellung zu befreien, den Fall und die Fragestellung in dem wenig beachteten Responsum des Scaevola (D. 46, 1, 62) zu erklären hat: dort lehnt es der römische Jurist nach römischem Rechte ab, dem Bürgen gegen den Gläubiger mit der Einwendung zu helfen, daß er den Schuldner zur Exekution bereit gehalten und den Gläubiger vergebens aufgefordert habe, gegen den Hauptschuldner Exekution zu führen<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Richtig widersprach TH. REINACH, Rev. des ét. grecques 1909, p. 467.

<sup>2</sup> lin. 188 ff.

<sup>3</sup> Dion. Halic. VII, 12, 2, dazu Bürgschafts r. I, 124, 7. Ferner die Erzählung über den Philosophen Prodikos bei PHILOST. V. Soph. 12 (DIELS, Fragmente der Vorsokratiker <sup>2</sup>Prodikos 1 a).

<sup>4</sup> Vgl. Bürgschafts r. I, 16 A. 1; 251; 282 f.; 372.

<sup>5</sup> Die Entscheidung ist m. E. abwegig erklärt von E. WEISS, Pfandrechtliche Studien I, 47. Der Verfasser operiert mit dem quellenfremden Gedanken, daß

Das lebhafteste Interesse ist den Ausführungen des Verfassers über die Solidarhaftung, die durch gegenseitige Bürgschaft entsteht, sicher. Nicht nur vom Standpunkt der vergleichenden Rechtswissenschaft. Die rechtsgeschichtliche Forschung am griechischen und am römischen Rechte hat eine Reihe Probleme bei dem Verständnis dieses Rechtsinstitutes. Heute haben wir noch nicht verstanden, warum eigentlich das hellenistische Recht dieses den Griechen von Haus aus anscheinend nicht bekannte Institut aufgenommen hat. Die Darstellung einerseits der alten orientalischen Rechte, andererseits des altägyptischen Rechtes, muß zur Beantwortung der Frage führen, inwiefern einheimische Rechtsgedanken den hellenistischen Rechtsbildungen als Ausgangspunkt gedient haben können. Ferner ist deutlich, daß gerade die spätrömische Haftung der Korrealschuldner und ihre endgültige Gestaltung durch JUSTINIAN vielfach von Bildungen abhängig sein muß, die im hellenistischen Recht der *ἀλληλεγγύη* sich herausgebildet hatten<sup>1</sup>. Der Verfasser hat sich in weiser Selbstbeschränkung auf die babylonischen Quellen allein gestützt, obwohl er nicht übersah, daß seine Fragestellung, wie seine Ergebnisse für den Bearbeiter der hellenistischen Quellen wichtig sein werden. — KOSCHAKER hatte mit einer einfacheren Erscheinung zu tun, als sie im hellenistischen Rechte vorlag. Während es dort auch Solidarhaftung gibt, ohne daß die Denkform der gegenseitigen Bürgschaft verwendet wird, hat der Verfasser, wenn ich ihn richtig verstehe, mit einem Recht zu tun, in welchem die Gesamtschuld aus dem Schuldvertrag nur durch die wechselseitige Bürgschaft entsteht. Als praktischer selbstverständlicher Ausgangspunkt ist dabei der Zweck des Institutes gegeben, eine mehrfache Haftung zu schaffen, so daß der Gläubiger jeden Schuldner für den vollen Schuldbetrag in Anspruch nehmen kann mit der Maßgabe, daß die Leistung des einen die anderen befreit. So griff der Verfasser im wesentlichen die Konstruktionsfrage allein heraus, die Frage nach der juristischen Denkform, welche dem Institute zugrunde lag. Auf diese Weise hat KOSCHAKER die Lehre von der gegenseitigen Bürgschaft vor allem als interessantes Erkenntnismittel über Grundbegriffe des babylonischen Schuldrechtes verwendet. Er betrachtet als seine Aufgabe, eine Konstruktion des Schuldverhältnisses ausfindig zu machen, von welcher aus die wechselseitige Verbürgung mit Notwendigkeit und als der einzige Weg zur Solidarhaftung der Mitschuldner führt. Durch juristische Erwägungen aus der Rechtslage und den Anhaltspunkten in der Ausdrucksweise seiner Quellen kommt der Ver-

der Gläubiger auf Grund der Annahme der Bürgschaft eine Diligenzpflicht gegenüber dem Bürgen hatte.

<sup>1</sup> Vgl. jetzt MITTEIS, Grundzüge und Chrestomathie II, I, p. 113 ff. Auch COLINET, Études historiques sur le droit de Justinien I, 124 ff. (1912).

fasser hier zu seiner Lehre: jeder der Mitschuldner haftet als Bürge, und zwar als solcher dem Gläubiger für die volle Leistung. Also vom Standpunkte des Gläubigers haftet jeder für die Erfüllung der ganzen gemeinsamen Schuld. Dabei soll aber nach dem Verfasser jeder nur seinen Anteil *schulden*. Diese Rechtslage kommt nach Auffassung KOSCHAKERS auch gelegentlich sehr deutlich zum Ausdruck: „Jeder ist für den anderen Bürge, daß der andere die gemeinsame Schuld geben wird“, aber nachher heißt es: „von den Datteln, den 62 Kur, davon sind 19 Kur lastend auf dem einen Schuldner“. Für die Lehre von Schuld und Haftung kommt KOSCHAKER damit auf eine eigenartige Gestaltung: eine gemeinsame Gläubigerschuld, da ein Bekommensollen allen Haftenden gegenüber besteht, aber als Schuldnerschuld des einzelnen Mitschuldners nur eine Teilschuld. Die moderne Dogmatik wird dabei nach dieser Formulierung keinen Unterschied von der Gesamtschuld finden können, wie sie z. B. im deutschen bürgerlichen Recht besteht, mehrere Haftungen im Verhältnisse zum Gläubiger, Teilschuld und Teilhaftung im inneren Verhältnis zwischen den Mitschuldnern. Aber die praktische Gestaltung ist doch anders, weil der einzelne Gesamtschuldner nach babylonischem Recht als Bürge zunächst auf Gestellung haftet.

Der Verfasser kam zu seiner dogmatischen Formulierung durch die folgenden von ihm herausgestellten Sätze: es ist aus praktischen Gründen ausgeschlossen, jeden Mitschuldner als einen haftenden Teilschuldner und daneben als Bürgen für den Rest aufzufassen. Ferner haften auch die mehreren Gesamtschuldner nicht in zwei Eigenschaften, als Schuldner *und* Bürgen, sondern nur als Bürgen. Endlich sprechen zwar die Quellen von der „gemeinsamen Schuld“, aber darum träfe doch nach KOSCHAKER *keineswegs* der Gedanke zu, daß jeder Mitschuldner *die volle Leistung auch schulde*. Der Verfasser schließt dies subtil daraus, daß ein besonderer Rechtssatz unnachweislich sei, nach welchem die Leistung, die von einem Mitschuldner erbracht ist, die anderen befreie. Er argumentiert ferner aus der Tatsache, daß überhaupt die gegenseitige Bürgschaft nötig war, um eine solidarische Haftung zu erzeugen. Hätte schon die Privatwillkür im Parteivertrag die Schuld frei regeln können, so wäre nicht verständlich, daß die solidarische Haftung nur auf dem Wege der wechselseitigen Bürgschaft erzielt werden konnte. So bleibt ihm für das Verhältnis von Gläubiger und einzelner Schuldner nur die Annahme der Teilschuld bei Unterstellung solidarischer Haftung fürs Ganze.

Man wird über einzelne dieser Deduktionen streiten können, es vielleicht auch gewagt finden, daß der Verfasser dort, wo die Einzelentscheidungen fehlten, eine juristische Konstruktion versuchte. Mir scheint insbesondere, daß die Auffassung der Schuld des einzelnen Gesamtschuldners im Verhältnis zum Gläubiger nicht ohne Bedenken

ist. KOSCHAKER nimmt Teilschuld an. Aber wie steht dazu die Tatsache, daß diese Teilschuld in den herangezogenen Urkunden bezeichnet wird als „lastend auf Bêl-nâdin“? Wie KOSCHAKER sonst darlegt, deutet dieses Lasten „auf“ ein Haftungsverhältnis an, vgl. den Verf. p. 113—116, p. 119—122. Im Texte steht jedenfalls dasselbe Wort wie in der uiltim, dem Verpflichtungsschein des neubabylonischen Rechtes. Wenn nun aber sicher ist, daß die Haftung gegenüber dem Gläubiger eine solidarische ist, kann diese Teilhaftung sich doch nur aufs innere Verhältnis zwischen den Mitschuldern beziehen! — Dazu kommt ein anderes. Wenn KOSCHAKER Teilschuld im Verhältnis des Schuldners zum Gläubiger annimmt, muß er doch annehmen, daß der Gläubiger gehalten ist, die Teilleistung *eines* Gesamtschuldners anzunehmen! Mindestens diese Konsequenz muß aus der Annahme der Teilschuld wohl gezogen werden. Aber sie ist doch wohl unbezeugt und bedenklich. Ich meine, der Verfasser hätte für das Verhältnis von Gläubiger und Bürgen bei der Formulierung bleiben können, die er selbst zunächst anzustreben scheint: gemeinschaftliche Schuld nicht nur fürs Bekommensollen, auch fürs Leistensollen. Dadurch käme er um die Schwierigkeiten, welche ihn zur Annahme der Teilschuld drängten. Teilschuld und Teilhaftung im Verhältnis der mehreren Gesamtschuldner untereinander ist dabei immer noch möglich. Aber mag auch der Fachgenosse, der ähnlichen Fragen für andere Rechte nachgeht, über einzelnes Bedenken haben, so bleibt es doch ein Verdienst, daß der Verfasser zum erstenmal die wechselseitige Bürgschaft exakt vom Standpunkt der primitiven Bürgschaftsrechte durchdachte. Die Ausführung über die gegenseitige Gestellung zur Exekution und über die Vermeidung der Teilexekution sind fruchtbar für jede neue Bearbeitung des Rechtsinstitutes in anderen Rechten.

Nach einer durchsichtigen Beweisführung über die Geltung der Lehre von Schuld und Haftung bei der Selbstbürgschaft des babylonischen Rechtes ist die Darstellung des babylonischen Verpflichtungsscheines gegeben.

Die Forschung über die römische Stipulation wird diese Ausführungen vor allem beachten müssen. Auch für Bearbeitung der ägyptischen Schuldurkunden werden sie von Bedeutung sein. Der babylonische Verpflichtungsschein enthält ein abstraktes Schuldversprechen: den Schuldbetrag, die Angabe von Gläubiger und Schuldner „auf welchem letzteren die Schuld als ‚lastend‘ bezeichnet wird“, endlich ein Leistungsversprechen. Auch bei diesem babylonischen abstrakten Schuldversprechen ist meist die causa nicht angegeben. Für diesen Verpflichtungsschein, d. h. für die Tonurkunde, auf der er steht, verwendet der Babylonier den Terminus uiltim, der dadurch übertragen zum Begriff für Forderung, Verpflichtung wird. KOSCHAKER stellt

in sehr interessanter Ausführung heraus, wie in dem Wort uiltim „die Schlinge, Binde, Verstrickung“ steckt. Wie im Lateinischen der allgemeine Begriff der obligatio, d. h. Verstrickung der Person durch das Haftungsgeschäft, sich mit der stipulatio so verbindet, daß sie die obligatio κατ' ἐξοχήν für die kommentierenden Juristen wird, so ist der Begriff der Bindung, der Haftung, der obligatio im Babylonischen zum Wort für den abstrakten Verpflichtungsschein geworden. Der alte Begriff der uiltim als der persönlichen Haftung wird vom Verfasser in den altbabylonischen Quellen klargestellt. Im Gegensatz zu diesem Begriff wird dargelegt, wie die Babylonier auch diejenige Denkform kennen, die seit v. AMIRA in der zivilistischen Theorie als Gläubigerschuld bekannt ist. rašûtu, Guthaben, Forderung ist das Wort für dasjenige, was der Gläubiger als Leistung zu beanspruchen hat. Dagegen fehlt der babylonischen Rechtssprache nach dem Nachweis des Verfassers der Begriff der Schuldnerschuld, des Leistensollens. Das ist eine eigenartige Tatsache, die der rechtsvergleichenden Betrachtung eine m. E. sehr wichtige Fragestellung liefert, auf die noch an anderer Stelle einzugehen sein wird. Von höchster Bedeutung ist jedenfalls der Nachweis, der die Vorstellung des „Bindens, Verstrickens“ bei dem babylonischen Wort für persönliche Haftung wie in diesem besonders wichtigen Haftungsgeschäfte aufspürt. Indisches, babylonisches, griechisches, altgermanisches, römisches Recht treten hier in eine Parallele, die uns eine allgemeine primitive Denkform des Schuldrechts offenbart. Daß nach babylonischem Recht aus der uiltim, dem abstrakten Verpflichtungsschein, wirklich auch die leibliche Haftung des Schuldners folge, wird von KOSCHAKER einleuchtend dargelegt. Interessanterweise scheint der Schuldner auf Grund der uiltim dazu verpflichtet zu sein, sich selbst dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen zur Exekution.

Diese eigenartige Selbstgestaltungspflicht des Schuldners bei der uiltim war vom Verfasser als Spur dafür gedeutet, daß die uiltim ursprünglich eine Selbstbürgschaft des Schuldners war. So kommt der Verfasser auf dieselbe Anschauung, wie MITTEIS sie für die römische stipulatio der klassischen Zeit begründet hat. Auch im babylonischen Recht handelt es sich dabei um eine Hypothese, die für eine vorgeschichtliche Entwicklung des Rechtsinstitutes allein Geltung beansprucht. KOSCHAKER hat dabei die Möglichkeit, wie die Selbstbürgschaft zum abstrakten Schuldversprechen geworden sein konnte, recht interessant durchdacht. Er kommt auf ähnliche Vorstellungen, wie sie schon dem Referenten für die Erklärung des altrömischen Schuldrechts nahelagen: nach KOSCHAKER ist die Selbstbürgschaft bei der babylonischen uiltim dadurch verblaßt, daß das Schuldversprechen (ich werde leisten) und das subsidiäre Zahlungsverprechen für den Fall, daß der Selbstbürge sich nicht stellte, zusammenflossen. Das Resultat in dem historischen

Rechtzustande ist, daß ein in Verbürgungsform abgegebenes Erfüllungsversprechen allein übrig bleibt, welches sehr bald zum Träger des Gedankens wird, daß mit dem Schuldversprechen als solchem kraft Gesetzes die Haftung verbunden sei. Für das Verständnis des babylonischen Schuldrechts ist mit dieser hypothetischen Darlegung natürlich nur eine interessante Möglichkeit der Entwicklung dargelegt. Aber schon, daß auch hier die Möglichkeit besteht, diese Entwicklungslinie ohne Vergewaltigung der Tatsachen vorzustellen, ist ein bedeutender Fortschritt für die Forschung auf dem Gebiete des primitiven Schuldrechts.

So gern der Referent den ansprechenden Ausführungen des Verfassers hier vollen Beifall zollte, bleibt doch wohl ein Bedenken, auf das er bei dem Verfasser gern ein Eingehen gefunden hätte: ist es auszuschließen, daß die uiltim, der abstrakte Verpflichtungsschein des Neubabylonischen Rechts vielleicht als eine Fortbildung eines alten Darlehensempfangsbekennnisses gedacht werden könnte, so daß nicht die Selbstverbürgung, sondern das fiktive Darlehensempfangsbekennnis der Ausgangspunkt für die Haftung aus dem abstrakten Schuldversprechen gewesen wäre? — KOSCHAKER selbst hat betont, wie ähnlich der uiltim die Darlehensurkunde mit der Erwähnung des Valutaempfanges ist, wie oft die uiltim Darlehensschuld betrifft, ja daß Verpflichtungsscheine in Gestalt der uiltim begegnen, in denen nur noch außerdem erwähnt ist, daß die Darlehensvaluta in Besitz und Eigentum des Schuldners übergegangen ist. Wer die Entwicklung der griechischen Daneionsurkunde zum abstrakten Schuldversprechen kennt, wird die Möglichkeit nicht unterschätzen, daß aus dem fiktiven Empfangsschein in ähnlicher Weise ein Schuldversprechen wird. Aber da die Quellen in dieser Beziehung jeden Anhalt zu versagen scheinen, da insbesondere nur der Gedanke der obligatio in dem abstrakten Verpflichtungsschein ausgesprochen ist, da endlich die Erwähnung der „auf dem Schuldner lastenden“ Schuld durchaus den Vorstellungen entspricht, die wir aus den germanischen Quellen wie aus dem griechischen *ἀναδέχασθαι*, dem lateinischen *recipere* in der Bedeutung der Garantie kennen, so hat KOSCHAKERS Herleitung der uiltim aus der Selbstbürgschaft sehr erhebliche Wahrscheinlichkeit für sich. KOSCHAKER stützt seine Lehre in m. E. sehr glücklicher Weise durch den Nachweis, daß die Eviktionsgarantie bei Sklavenkauf, die ganz deutlich als Bürgschaft erscheint, in einem Neubabylonischen Gesetze als uiltim bezeichnet wird (p. 185). Das ist nur möglich, wenn jede uiltim als Bürgschaft betrachtet werden konnte.

Unter den zahlreichen Anwendungsfällen, welche der Verfasser im Vertragsrecht für die Bürgschaft als Gestaltung der Garantieklauseln im Schuldvertrage behandelt hat, nimmt die Eviktionsgarantie einen

besonderen Platz ein. Der Verfasser hat hier mit sehr glücklicher Hand etwas über sein Thema hinausgegriffen, indem er sich nicht auf die Bürgschaftsfälle beschränkte, sondern auch die Klauseln, welche in persischer Zeit die Defensionsleistung ohne Bürgschaftserklärung zuzusagen, und welche den Vertragsschluß „im Beisein“ eines sich durch seine Teilnahme verschweigenden Einspruchsberechtigten betreffen, in den Kreis seiner Betrachtung zog. Es handelt sich um folgende Gestaltungen: 1. um die Garantie durch Bürgschaft bei dem neubabylonischen Sklavenkauf, wo der Verkäufer oder ein Dritter Bürge ist: „für Rebellion, Eviktion, Königssklavenschaft und Freiheit, welche bei dem Sklaven auftauchen, ist der Verkäufer Bürge“. Was Rebellion und Königssklavenschaft ist, ist noch unsicher. Das letztere versteht KOSCHAKER von öffentlichrechtlichen Frohnden, für deren Nichtbestehen eingestanden wird. Was *sihu* ist, steht heute sprachlich noch gar nicht fest, wie der Verfasser ausführt. Die Garantiestipulation verpflichtet im babylonischen Recht genau wie die römische beim Konsensualkaufe den Verkäufer nach eingetretener Entwehrung zur Rückgabe des doppelten bzw. einfachen Kaufpreises. Es handelt sich um eine Selbstbürgschaft als Erfolgsgarantie, wie sie nach primitivem Haftungsrecht möglich und nach germanischem Recht wie nach griechischem in anderen Fällen nachgewiesen ist. Das babylonische Recht ist hier geeignet, Grundbegriffe, die immer wieder von den verschiedenen Rechtshistorikern verschieden aufgefaßt werden, klarer zu stellen. Deutlich ist, daß die Defensionspflicht in diesen Garantieklauseln nicht steht. KOSCHAKER weist auf die bekannte Tatsache des Kodex Hammurapi hin, daß in altbabylonischer Zeit, ebenso wie wir es für die anderen primitiven Rechte glauben, die Defensionspflicht gar nicht auf einer besonderen Übernahme im Kaufvertrag beruht, sondern auf dem Prozeßrecht des primitiven Eigentumsstreites. Auch die Rückzahlung des Kaufpreises vom Verkäufer an den Käufer nach der Entwehrung beruht auf dem Eigentumsprozesse: sicher nach dem Kodex Hammurapi. Daß dasselbe noch im neubabylonischen Rechte galt, scheint nach KOSCHAKER p. 184ff. nicht sicher zu sein, ja p. 199 scheint der Verfasser sogar das Gegenteil anzunehmen. Ich meine, wahrscheinlich muß es gleichwohl bleiben, daß kraft Gesetzes der Käufer die Rückstattung des Preises nach erfolgter Eviktion erlangen konnte. Es wäre damit durchaus nicht ausgemacht, daß die Bürgschaft für Eviktion als Bürgschaft für den gesetzlichen Preisrückzahlungsanspruch aufgefaßt wird. Wäre es nicht denkbar, daß der gesetzliche Rückgabeanspruch auf dem Gedanken des deliktischen Behaltens grundlosen Gewinnes beruht, während die Garantie den Zweck hat, daneben persönliche Haftung nach Bürgschaftsrecht zu schaffen? Oder aber, daß das Recht auf Rückerstattung prozessual

mit dem Schub auf den Gewähren verknüpft war, und etwa ohne Zusammenhang mit dem Entwehrungsprozesse nicht geltend gemacht werden konnte? Gerade im germanischen Anefangsprozesse gehörte ja zweifellos das *pretium reddere* notwendig in den Rahmen des Anefangsverfahrens<sup>1</sup>. Das neubabylonische von KOSCHAKER erläuterte Gesetz, das KOSCHAKER auf p. 185 bespricht, würde dann eben nur so zu verstehen sein, wie KOSCHAKER es ohnehin tut: als Beweis für eine Praxis, die die Eviktionsgarantie in Bürgschaftsform als üblich betrachtete, und das Rechtsverhältnis von Verkäufer und Käufer nur danach behandelte! — — Wie sich diese Garantie für Rückzahlung des Preises von der griechischen *βεβαίωσις* unterscheidet, hat Verfasser klar ausgeführt (p. 198ff.). 2. Statt der Selbstbürgschaft des Verkäufers für den Eviktionsfall zeigen andere neubabylonische Sklavenkaufverträge die Klausel: „wenn ein Anspruch auf den S(klaven) vorhanden sein wird, wird der V(erkäufer) den S(klaven), nachdem er ihn bereinigt hat, dem Käufer geben“. Diese Übersetzung hat erst KOSCHAKER philologisch völlig sicher gestellt. Hier verspricht also der Vorkäufer im Kaufvertrage selbst die künftige Defension und die Gewährleistung des Besitzes nach Obsiegen im Eigentumsstreite.

Die Kommentierung dieser Defensionsklausel ist bei KOSCHAKER m. E. nicht glücklich. Er vergleicht diese Klausel allerdings mit Recht mit der römischen *satisfatio secundum mancipium*, mit den germanischen Währschaftsgelübden. Er hätte auch auf die hellenischen Währschaftsversprechen exemplifizieren können. Aber der Verfasser findet hier in einer mir nicht recht verständlicher Weise einen Unterschied zwischen diesen Rechten und dem babylonischen: „Nun ist allerdings im römischen Rechte die Folge bei den Haftungsformen gerade die umgekehrte, die Auktoritätshaftung ist älter als die *stipulatio duplae*, während im bayblonischen Rechte die Defensionsklausel, soweit ich das Quellenmaterial zu übersehen vermag, erst in den Urkunden der Perserzeit nachzuweisen ist“. Daher möchte der Verfasser die Defensionsklausel als Rückbildung der Perserzeit auffassen. Nach meiner Empfindung hat der Verfasser hier das Nichtvergleichbare verglichen. Im römischen Rechte handelt es sich bei der Auktoritätshaftung um eine gesetzliche Defensionspflicht aus der Manzipation; diese wird dann bei der *satisfatio secundum mancipium* vertraglich auch für Fälle ausdrücklich vereinbart, in welchen es wichtig ist, ein besonderes Schuldversprechen mit Einstandshaftung zu haben. Im Babylonischen handelt es sich um zwei rechtsgeschäftliche Formulare, um die schon früher nachweisbare Bürgschaft für Eviktion und um das

<sup>1</sup> A. SCHULTZE, Gerüfte und Marktkauf S. 40 (in: Festgabe für F. Dahn T. I 1905). A. SCHULTZE legt, wie er mir mitteilt, besonders auf die deutliche Darstellung in *lex Salica* 47 Wert.

Defensionsversprechen. Mir scheint in Wahrheit eine sehr deutliche Parallele zwischen dem römischen und dem babylonischen Zustande vorzuliegen: auch dieser letztere kennt ja sicher im älteren, wahrscheinlich auch im späteren Rechte die gesetzliche Defensionspflicht im Eigentumsprozesse. Daneben zeigt die Defensionsklausel der Perserzeit, wie diese Defensionspflicht allmählich auch im Schuldvertrag ausdrücklich formuliert wird. Auch im griechischen Kaufformular wird ja ursprünglich kein ausführliches Währschaftsversprechen abgegeben, sondern es ist klar, daß nach Gesetz der Verkäufer und der *βεβαιωτής* kraft des Eigentumsprozeßrechtes die Defensionspflicht haben. Erst in hellenistischer Zeit wird dort das Versprechen der künftigen Defension in den Kaufvertrag aufgenommen. Der Grund dafür ist im einzelnen nicht erkennbar: sehr oft wird es das Bedürfnis gewesen sein, die mehreren entstandenen Garantiehafungen den Fällen nach nebeneinander deutlich aufzuzählen (vgl. KOSCHAKER p. 193 Anm. 7). Häufig mag es das Bedürfnis gewesen sein, die Abrede über Strafklauseln an die Erwähnung der Defensionspflicht zu knüpfen<sup>1</sup>. Auch wird man es nicht unterschätzen dürfen, daß der Käufer ein Interesse daran hatte, den Verkäufer unter den Druck der schweren persönlichen Haftung aus der Bürgschaft oder Selbstbürgschaft zu stellen, die auch KOSCHAKER (p. 187f.) bei der ausdrücklichen Defensionsklausel im Kaufvertrag nachzuweisen sucht. Vgl. auch GIERKE, Schuld und Haftung p. 86. H. MEYER, Gierke-Festschrift p. 995.

3. Wenn KOSCHAKER einerseits den Unterschied zwischen griechischer *βεβαιωσις* und Neubabylonischer Eviktionsbürgschaft scharf herausarbeitet, hat er andererseits doch auch betonen können, daß auch in das babylonische Recht ein Gegenstück zu dem griechischen *βεβαιωτής* in dem Falle kennt, wo ein Dritter, der selbst nicht als Verkäufer zunächst auftritt, selbst die nach 2. erläuterte Defensionshaftung übernimmt. Diese Eviktionsgarantie, die einen anderen als den Verkäufer selbst in die Rolle des Auktors bei dem Gewährzuges stellt, erweist sich hiernach immer deutlicher als eine weitverbreitete Institution antiken Rechtes. Ich hoffe den entsprechenden Nachweis auch für das altägyptische Recht zu erbringen.

4. Der Verfasser hat daneben die Frage gestellt, welche Bedeutung es im Vergleich mit den bisher erwähnten Gestaltungen hat, wenn in zahlreichen Neubabylonischen Kaufverträgen die Erwähnung sich findet, daß „im Beisein des A“ (ina ašâbi ša A) das Rechtsgeschäft zustande kam. Diese Klausel, welche öfters die Erwähnung des Konsenses eines zustimmenden Einspruchsberechtigten einführt, wird von

---

<sup>1</sup> So vergleiche fürs germanische Recht A. SCHULTZE. Z. Sav.-St. (germ. Abt.) 17, 178.

KOSCHAKER auf Grund einer Urkunde, die schon KOHLER und PEISER besprachen, als ein Vermerk erklärt, welcher feststellt, daß der Einspruchsberechtigte *als Zeuge* bei dem Vertragsschlusse anwesend war. Dadurch verschweigt sich nach KOSCHAKERS Auffassung der anwesende Einspruchsberechtigte seines Rechts. Gerade wie im griechischen und — wie ich hinzufüge — im einheimischen ägyptischen Recht, treten die einspruchsberechtigten Verwandten auch oft als Mitverfügende, z. B. als Mitverkäufer auf. KOSCHAKER trennt dabei die Fälle der Mitverpflichtung von der des bloßen Rechtsverzichtes durch stillschweigende Mitwirkung; wie er andererseits diese Fälle der Verfügung „im Beisein“ des Einspruchsberechtigten von der Eviktionsgarantie scharf unterscheidet. Wer nur den Urkundenstil in Betracht zieht, wird nicht anders urteilen können, und dieses Urteil riskiert auch nicht berichtigt zu werden, so lange uns für die Frage prozessuales Material fehlt. Aber gerade die Rechtsvergleichung kann hier zur Vorsicht mahnen: im römischen Manzipationsrecht erwächst die Haftung des Manzipanten auch nur daraus, daß er schweigend mit ansieht, wie der *mancipio accipiens* die manzipierte Sache ergreift. Wenn ein Dritter als *secundus auctor* mit manzipierte, kann er nicht viel anders bei dem Manzipationsakt gestanden haben, als derjenige, „in dessen Beisein“ in den babylonischen Urkunden verfügt wird. Demnächst hoffe ich fürs ägyptische Recht zu beweisen, daß dort gerade mit der Urkundengestaltung, die KOSCHAKER hier für die Klausel *ina ašâbi ša A* bespricht, sich die Eviktionshaftung und Defensionsrolle verband. — Es steht dahin, ob diese Feststellungen irgendetwas gegen die Beobachtungen des Verfassers fürs babylonische Recht beweisen.

Wer die Bemerkungen der vorstehenden juristischen Besprechung überblickt, wird vielleicht die Anschauung haben, daß der Verfasser für die rechtswissenschaftliche Aufgabe, die er gelöst hat, im wesentlichen in den Gedankenbahnen von Vorgängern vorwärts gegangen ist. Diese Auffassung könnte der großen Leistung des Verfassers keinesfalls gerecht werden. Es liegt im Wesen der rechtsvergleichenden Arbeit, daß sie die Erscheinungen der neu beobachteten Rechtsordnung mit den ähnlichen Bildungen im bekannten Material in Zusammenhang setzt. So gut wie Rechtsbegriffe nicht das Sondergut einer nationalen Rechtskultur sind, müssen wir darauf gefaßt sein, daß solche neu in Quellengebiete eindringende Darstellungen aus mancher bekannten juristischen Fragestellung ihre Ergebnisse erzielen. Die rechtswissenschaftliche Bedeutung einer Leistung wie der von KOSCHAKERS Bürgschaftsrecht besteht nicht nur in der vorsichtigen Verwertung der juristischen Quellen und in ihrer Zurückführung auf die beherrschenden Rechtssätze und Denkformen. Für die Rechtswissenschaft ergibt sich aus ihnen die Klärung der dogmatischen Grundlagen, die den ver-

schiedensten Rechtsordnungen gemeinsam sind. Und auf diesem Gebiet hat KOSCHAKER besonders durch die Fragen, die er erneut an die germanistische Forschung stellt, der gesamten Rechtsforschung wichtiges geboten.

Was er für die babylonischen Rechtsquellen klarstellt, das Fehlen eines Wortes für die sog. „Schuldnerschuld“ der germanistischen Theorie, die geringe Bedeutung dieser Denkform der Schuldnerschuld für den Aufbau des Schuldrechtes, das sind Ergebnisse, welche die germanistische Forschung vielleicht zur Nachprüfung mancher Vorstellung anregen werden, die man heute unbedenklich im gesamten germanistischen System des Schuldrechtes zu verwerten beginnt.

Freiburg i. B.

13. Byzantinische Papyri der K. Hof- und Staatsbibl.  
zu München. Herausg. von A. HEISENBERG  
u. L. WENGER. (Veröffentl. d. Pap.-Samml. der  
K. Hof- und Staatsbibl. zu München I) 1914.

[Göttingische Gelehrte Anzeigen 1915, 427—39]

Die Ausgabe der Münchener Papyri, welche wir HEISENBERG und WENGER verdanken, bedeutet einen bemerkenswerten Fortschritt in der Edition der griechischen Papyri. Zum ersten Male wird byzantinischen Papyri in der Ausgabe ein philologisch hervorragender Kommentar und gleichzeitig eine juristische Erläuterung zuteil, die für den Leser eine gute Einführung in den Zusammenhang der Texte mit der justinianischen Gesetzgebung bietet. Und die herrlichen Tafeln, welche das Werk begleiten, werden denjenigen, die solche Schätze zu hüten und zu bearbeiten haben, das Einlesen in die wichtige byzantinische Kursive leichter machen und der Paläographie ein unentbehrliches Hilfsmittel sein. Daß die Lesung von HEISENBERG, soweit ich hierbei ein Urteil mir erlauben darf, eine vorbildliche ist, bedarf keines Wortes.

Es sind nur Rechtsurkunden, 16 große Dokumente und ein paar kleine Fetzen, für den klassischen Philologen ein unbeachtliches Material. Vielleicht findet deshalb mancher, daß die Ausgabe für diese Quellen unverhältnismäßig schön sei. Rechtsurkunden aus der 2. Hälfte des 6. Jahrhunderts p. C.! Die Zeit, aus der die Urkunden stammen, ist für den Historiker und für die meisten Philologen ohne den Reiz, den die alten, Gedanken und Formeln selbständiger prägenden Kulturen haben. Der Rechtshistoriker wird um so dankbarer sein. Wir erforschen heut das frühbyzantinische Recht Justinians, einmal um klarer die Eigenart des klassischen römischen Rechtes zu erkennen, dann aber um den Weg zu erkunden, auf dem Rechtsgedanken des älteren Hellenismus in unsere abendländische Rechtsentwicklung hinüberzogen, endlich weil in jener byzantinischen Vermählung hellenistischer Rhetorik mit der schulmäßigen Behandlung des römischen Rechtes manche Rechtsbegriffe und juristische Methoden entstanden sind, die heute noch in der Dogmatik des Zivilrechts nachwirken, und deren Herkunft wir kennen sollten, um sie klarer zu beurteilen. Gerade um dieses Forschungsgebiet der Rechtshistoriker haben sich

HEISENBERG und WENGER ein hohes Verdienst erworben. HEISENBERG hat durch seine Einleitung II und durch den kritischen Apparat dem Juristen eine große Zahl guter Fingerzeige gegeben, und WENGERs umfangreiche Erläuterungen enthalten ein gutes Stück eindringender gelehrter Arbeit, wenn auch der Verfasser keinen Anlaß fand, zentrale Probleme des Byzantinischen Rechtes in eine neue Beleuchtung zu stellen, wie wir sie aus MITTEIS' Kommentaren zu den Rainer-Papyri, zu der Ausgabe der Leipziger Papyri oder in den Urkundenreferaten zu den Berliner oder den älteren Oxyrhynchosurkunden gewöhnt sind. WENGERs Kommentar erfüllt gut den Zweck, dem Leser, auch dem unjuristischen, das Verhältnis der Urkunden zu unserem bisherigen Wissen klarzulegen.

Der Jurist, der diese neuen Urkunden für seine Forschung begrüßt, darf vor allem von dem neuen Lichte reden, das aus diesen Quellen auf manche Frage fällt, die wir bisher ausschließlich mit den Rechtsquellen und den Resten der byzantinischen juristischen Literatur bearbeiten. Wir waren in den letzten Jahren auf die eigenartige Gedankenarbeit eingegangen, welche die Männer von Berytos und ihre Schüler, die Professoren Justinians, für das System des römischen Rechtes, so wie es in der Geschichte fortlebte, geleistet haben. Manches, was uns römisch dünkte, ist heute als Beibringen dieser Leute erkannt: der Aufbau des Schuldrechtes in den Kategorien der Schuldgründe, die Durchführung der Verschuldensgrade in der Unterscheidung von leichter Fahrlässigkeit, „culpa in concreto“ und „culpa lata“, die bewußte Ausgestaltung des Innominatkontraktes unter dem Gesichtspunkt, daß immer bei dem gegenseitigen Verträge die vertragliche Leistung des einen Teiles den anderen Teil zur Erfüllung verpflichtete. Wir fangen an zu verstehen, daß die römischen Juristen noch kaum mit jener bedenklichen juristischen Technik arbeiteten, welche die Vertragswirkung als eine reale Folge eines typischen Geschäftswillens auffaßt; der Gedanke z. B., daß der Gesellschafter sich von dem Gemeinschaftler der sog. *Communio incidens* durch den *animus coeundae societatis* unterscheidet, erscheint uns nicht mehr römisch, sondern byzantinisch, und wir sind im Begriffe, die byzantinische Herkunft des *animus negotii gerendi*, der  *affectio maritalis* bei dem Eheschlusse zu erweisen. Gerade für diese Studien ist es von höchstem Werte, das byzantinische Notariat bei der Arbeit zu sehen, zu beobachten, wie der byzantinische Notar der erklärenden Vertragspartei ihre Geschäftsfähigkeit<sup>1</sup>, dazu bei dem Eheverträge die  *affectio maritalis*<sup>2</sup>, bei allen

<sup>1</sup> Für diese allgemeine Beobachtung bedarf es keiner Zitate, vgl. die Verträge in den Straßburger, Cairiner und Münchener byzantinischen Papyri.

<sup>2</sup> P. CPR. I, 30, lin. 14 ff.: *γὰρ [μικρὴν] καὶ προικῶν συνάλλαγμα δι' οὗ ὁμολογεῖ ὁ μὲν προσηθεὺς λαμπρό(τατος) Μέγας ἔχειν τὴν αὐτὴν θυγατέρα παρθένον τῆς αὐτῆς*

Verträgen den der natura contractus jeweilig entsprechenden typischen Geschäftswillen ausführlich bescheinigt<sup>1</sup>. Für diese Notare ist sogar die Beglaubigung des animus negotii gerendi bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nichts Unerhörtes<sup>2</sup>. Sie waren nicht nur die gelehrigen Schüler der römischen Juristen, sondern zugleich die Söhne einer hellenistisch denkenden Zeit. Wie ihre Sprache aus der späten Rhetorenschule stammt, so ist die Begriffsbildung dieser späten Rechtslehre aus der Fühlung mit der Rhetorik zu erklären. Das Notariat, welches die Leute Justinians in der Praxis ihrer Tage kannten, fand die wirtschaftlichen Fragestellungen in einer hellenistischen Welt und machte seine Verträge für Leute mit hellenistischem Rechtsempfinden. Diese unrömischen Lebensbedürfnisse mit dem römischen Privatrecht der klassischen Ordnung zu befriedigen war das Problem für die berühmten Gesetzesredaktoren in Konstantinopel wie für die Schar der Namenlosen, die im Ostreich nach den Kollegheften und den Kommentaren der berühmten Rechtslehrer ihre Formularbücher schrieben. Daß zwischen dem Professor und dem Notar eine lebendige Reibung besteht, daß der erste für den reinen klassischen Rechtsgedanken auf Kosten des praktischen Rechtes streitet, der andere für einen radikalen usus modernus jederzeit die Grundgedanken des klassischen Systemes zu opfern bereit ist, vermochten wir seit einigen Jahren zu beobachten. Die Professoren lehrten bei dem Kaufe den Konsensualvertrag, der Notar arbeitet wie sein hellenistischer Vorgänger mit Barkauf und dem pactum arrhae<sup>3</sup>, die Professoren lehrten, daß zum Besitzerwerbe der animus und das corpus gegeben sein müsse, der

---

*Καλῆς ἰδίαν καὶ νομίμην γυναῖκα* . . . usw. — P. Cairo 67006 lin. 7 und dann in der Erklärung des Sohnes: lin. 131: *καὶ ταύτην ὁμολογεῖ ὁ αὐτὸς νόμιμος ἔχειν [ἰδίαν καὶ νομίμην γυναῖκα] καὶ . . . . . κα[τ]ήκοον καὶ θάλπειν καὶ τρέφειν καὶ ἱματίζειν αὐτήν.* — Ich ergänze am Ende von l. 131.

<sup>1</sup> Für die Kaufverträge ist die Klausel über den Verkauf und die Eigentumsübertragung allbekannt. — Für den Gesellschaftsvertrag bieten P. Cairo 67158, 67159 jetzt schöne Beispiele: Cairo 67158: lin. 16: *ἐνδείξεσθαί τε ἀλλήλους πρόθεσιν μετὰ [προαιρέσεως (?)] συγκαίμοτες καὶ συμπνεεῖν ὁμοθυμαδὸν ὡς ἐν μιᾷ ψυχῆς καὶ θάρσους.* Ich berichtigte die Schreibungen und ergänzte. MASPERO ergänzt sicher unrichtig *πρόθεσιν μετα[λαβῶν τὸ ἡμῶν (?)] κάμοτες.* Cairo l. 67159, l. 21 ff.: *ἐφ' ᾧ ἡμᾶς διχα πάσης ῥαδιοσυρίας, ἀμέμπτως καὶ ἀκαταγνώστως συνομονοεῖν ἀλλήλους καὶ συναμεῖν καὶ συμπνεεῖν εἰς πάντα τὰ ἄρμόστια ἔργα τῆ ἡμῶν τέχνη.*

<sup>2</sup> Vgl. das Scholion „si non“ aus den *πόντοι* des *Ἡρωῦ* Patrikios zu Cod. 2, 18, 2, überliefert im Thalelaeus-Index zu Bas. 17, 2, 2 (Zach. suppl. p. 156), das in die Digesten in die Interpolation in D. 3, 5, 33 (39) übergang. — Daß der animus novandi des justinianischen Rechtes auch mit solchen Klauseln der Notariatsverträge zusammenhängt, ist sehr wahrscheinlich, aber heute aus justinianischen Papyri noch nicht zu erweisen.

<sup>3</sup> Vgl. meine Bemerkungen Gött. Gel. Anz. 1911, S. 727 ff. [oben S. 276].

Notar kannte den Besitzübergang durch die Urkunde<sup>1</sup>, der Professor lehrte, daß der Eigentumsübergang die Willenseinigung bei der *traditio* voraussetzte und daß nichts auf die Herkunft der Mittel ankomme, der Notar wendete, wie demnächst die Arbeit von FRITZ PRINGSHEIM nachweisen wird, ein hellenistisches auch von JUSTINIAN vielfach rezipiertes Surrogationsprinzip an, nach welchem der Eigentumsübergang durch die Provenienz der Mittel zu dem Erwerbe beeinflußt wird. Mitten in diese Welt hinein, die in den Rechtsbüchern nur der Interpolationsforschung erkennbar ist, führen uns die Münchner Papyri. Sie sind durchaus nicht als bescheidene Zeugnisse des Privatlebens im Nillande abzutun, in denen wir die Nachklänge des alten einheimischen und des hellenistischen Rechtslebens vernehmen, sondern auch hier tritt wieder der Einfluß hervor, den die Konstantinopler Praxis auf die fernsten Winkel des Reiches übt<sup>2</sup>. Es ist nicht nur ein Spiel des Zufalles, daß diese Urkunden aus derselben Zeit stammen, in welche nach dem schönen Nachweis von HANS PETERS<sup>3</sup> die oströmischen Digestenkommentare ein erstes glossiertes Corpus juris erlebten, in der Arbeit des Anonymus, dessen Fragmente wir durch die Basilikenscholien kennen. Wir müssen diese Urkunden vielmehr vor allem mit der juristischen Literatur in Beziehung setzen, nach der die Formularbücher der byzantinischen Notare gearbeitet waren. Jene Literatur, die wir bisher nur zur Interpolationenkritik heranzogen, gewinnt erst durch diese byzantinischen Urkunden die rechte Bedeutung als Zeugnis eines praktischen Rechts, nicht nur als literarischer Nachlaß einer theoretischen Rechtskunde.

Eine zusammenfassende Betrachtung unter diesem Gesichtspunkte kann auch nach dem sorgfältigen Kommentare WENGERS noch reiche Ergebnisse abwerfen. Hier sei nur auf einzelne Punkte eingegangen, welche an den Vergleichen N 1, N 7, N 14 auffallen. Es sind durchweg *transactiones*, *διαλύσεις* im Sinne der römisch-byzantinischen Theorie, also Verträge zur Erledigung oder Vermeidung von Prozessen.

N 1 ist ein Vergleich, den drei Geschwister mit ihrem Bruder über eine Erbschaftsklage schließen. Der Vergleich wird nach einem Verfahren vor dem *κοινὸν τῶν καθωσιωμένων πρώτων ἀριθμοῦ Σνήρης*, also einem Kameradengericht der priores des numerus von Syene geschlossen. WENGER<sup>4</sup> denkt an ein Gerichtsverfahren und Urteil

<sup>1</sup> Vgl. zu meiner Darlegung Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 70, S. 465ff. — RICCOBONO, *Traditio ficta* in Zeitschr. d. Sav.-St. 33, 259ff., 34, 159ff. bes. S. 216ff.

<sup>2</sup> Dazu schon Gött. Gel. Anz. 1911, S. 319 (zu den von MASPERO herausgegebenen byzantinischen Papyri) [oben S. 255f.].

<sup>3</sup> Die Entstehung der oströmischen Digestenkommentare, Sitzungsber. d. Königl. sächs. Akad. 1913. (Abt. I.)

<sup>4</sup> S. 32f.

vor diesem Militärgericht, ich halte es immer noch für wahrscheinlicher, daß, wie schon MARIO SAN NICOLO sagte, eine bloße Vermittelung als Schiedsinstanz in Frage kam. Schon die Anführung, daß die Parteien das Koinon „gewählt“ haben, spricht wohl für diese Auffassung. Der Eid, den die beklagte Partei geleistet hat, wird dabei nicht wie im klassischen römischen Recht nach dem Vergleiche, der auf den Eid abhebt, geleistet, sondern ist als ein vom Schiedsrichter auferlegter Beweiseid aufzufassen, nach dessen Leistung sich die Parteien zum Vergleiche entschließen<sup>1</sup>.

Auf der Seite der drei Geschwister tritt die Mutter dem Vergleiche bei. Sie erklärt nur ihre Zustimmung, wird aber im Eingange als *διαβεβαιωμένη*, also als bestätigend mit erwähnt. WENGER sieht in dem Wort eine, wenn auch schuldrechtlich nicht verpflichtende Bürgschaft. Aber in dem *διαβεβαιωσθαι* liegt nur das „Bestätigen“, confirmare, die Zustimmungserklärung, welche das Geltendmachen von entgegenstehenden Rechten künftig ausschließt<sup>2</sup>. Meines Erachtens ist das Wahrscheinliche, daß die Mutter entweder mit Rücksicht auf eine ihr an dem Vatervermögen zustehende Dotalhypothek zustimmt oder daß sie verzichtet, Rechte aus einer früher bestehenden Rechtsgemeinschaft mit dem Vater der Kinder geltend zu machen. Solche Bestimmungserklärungen der Mutter finden sich in Ägypten ja schon in den demotischen Urkunden der Perserzeit häufig.

Der Vergleich ist nach den Vorschriften des justinianischen Rechtes sauber beurkundet. Ausdrücklich wird bestätigt, daß die Gründe, aus denen ein beschworener Vergleich nichtig sein kann, nicht bestehen: er sei nicht unter Täuschung oder Bedrohung der Erklärenden zustande

<sup>1</sup> Entsprechend der allgemeinen Bedeutung des Schiedseides in JUSTINIANS Recht, vgl. BRONDO BIONDI, juramento decisorio nel processo civile romano (Palermo 1913), S. 115ff.

<sup>2</sup> Schon im griechischen Recht liegt in *βεβαιωσθαι* gar nicht das Bürgen, sondern ein Bestätigen des Verkaufs von seiten eines Dritten, der als Nebenauctor oder stellvertretender Auctor zur Verkäuferrolle als Gewähr legitimiert ist, vgl. Griech. Bürgschaftsrecht, I, S. 346ff. Für den Hellenismus ist die Erzählung aus der Selbstbiographie des Libanios (Kap. 58. R. 41 ed. FÖRSTER I, p. 111) wichtig: die Genehmigung des Berechtigten zur Veräußerung des Nichtberechtigten ist *βεβαιωσθαι*. In den justinianischen Quellen ist es klar, daß das *βεβαιωσθαι* ein confirmare, genehmigen, ist, vgl. Nov. 61, 1 § 1. Die Bestätigung eines früheren Gesetzes durch den Gesetzgeber ist *βεβαιωσθαι*: Nov. 124 c. 4. In Nov. 4 c. 2 *βεβαιωσθήτω* wird im Authent. als confirmator übersetzt.

Da die Griechen allerdings jede Veräußerung oder jeden Rechtsverzicht als eine Verpflichtung, das Recht nicht geltend zu machen, auffassen und der Gedanke den Verfügungsgeschäftes den hellenistischen Quellen wesentlich fremd bleibt, so ist es nicht verwunderlich, daß noch JUSTINIAN, Nov. 61, c. 1, § 1 die Zustimmung der Frau zur Hypothekbestellung an der Dos nach den Grundsätzen des Sc. Velleianum behandelt, oder in Nov. 4, c. 2 auch den *βεβαιωσθήτω* bei dem Kauf den Bürgschaftssätzen unterstellt.

gekommen (Cod. 2, 4, 41, schol. 2 ad Bas. II, 2, 58), noch per subreptionem, unter Vorlegung gefälschter Urkunden (Cod. 2, 4, 42). Neben der Vereinbarung der Vertragsstrafe gegen den Zuwiderhandelnden findet sich die interessante Klausel, welche auf die byzantinische Anwendung der stipulatio Aquiliana zurückgeht. Die Parteien vereinbaren, nicht mehr auf die streitige Frage zurückkommen zu wollen „noch auf eine andere Tatsache, die den Nachlaß unseres Vaters angeht, eine wichtige oder eine unwichtige, gleichgültig ob ihrer gedacht wurde oder nicht gedacht wurde, ob sie erwähnt wurde oder nicht erwähnt wurde, ob sie in Betracht gekommen ist oder nicht, ob sie in diesem Vergleich betroffen ist oder nicht betroffen ist“. WENGER<sup>1</sup> meint hierzu vorsichtig: man könnte selbst an den zweiten Teil der aquilianischen Stipulation denken, besonders wenn man das in dieser langatmigen Verzichtsformel Gesagte wörtlich nehme. Wir können mehr behaupten. Die byzantinische Rechtsliteratur bestätigt diesen Gedanken und läßt uns erkennen, wie hier das klassische Formular in der byzantinischen Praxis praktisch angewendet wurde. Nach klassischem Rechte kann derjenige, der im Vergleich auf die ihm zustehenden Ansprüche verzichtet, mit der stipulatio Aquiliana gefragt werden, so daß alle Ansprüche in der Stipulation noviert und durch acceptilatio zur Erlöschung gebracht werden. Die Byzantiner erwähnen diese acceptilatio in ihren Erläuterungen zu den Digestenfragmenten noch häufig. Aber das ist nur die gelehrte Theorie. In der Urkunde tritt die acceptilatio nicht mehr hervor. Es genügt den byzantinischen Notaren vielmehr, daß die Generalklausel über alle Ansprüche, die erwähnten und die nicht ausdrücklich erwähnten, in der Urkunde erscheint und daß dem Versprechen, die Ansprüche nicht mehr geltend zu machen, die Konventionalstrafe beigefügt ist. STEPHANUS nennt diese Generalklausel über den Verzicht auf die *μη ἐνθυμηθέντα* die *συνειθισμένα ταῖς Ἀκουλιαναῖς ὁμολογίαις ῥήματα*, schol. ad Bas. II, 2, 9 (Heimb. I, 684). Aus unserer Urkunde wird nun klar, warum die Byzantiner die Aquiliana stipulatio als „die mit Konventionalstrafe“ bei dem Vergleich geschlossene stipulatio schlechthin bezeichnen<sup>2</sup>. Das Versprechen mit Konventionalstrafe kam in der byzantinischen Urkunde eben allein zum Ausdruck, einer verbis vorgenommenen acceptilatio bedurfte es gar nicht mehr in der Übung des byzantinischen Notariates. Praktisch ist damit die byzantinische Urkunde auf dem Standpunkte angekommen, den schon die Verzichts-urkunden des Hellenismus in den Quittungs- und Vergleichsverträgen haben: auch dort findet sich die Verpflichtung, die Ansprüche nicht mehr geltend zu machen, und in älterer Zeit oft auch die Haftungs-

<sup>1</sup> S. 30.

<sup>2</sup> Schol. Interlin. ad Bas. II, 2, 20: *κατὰ Ἀκουλιανὴν ἐπερώτησιν τοιτέστιν: μετὰ προστίμου;* vgl. auch das Glossem im *κατὰ πόδα* Bas. II, 29 zu D. 2, 15, 9, 2.

klausel mit Konventionalstrafe für den Fall, daß doch vorgegangen wird<sup>1</sup>. Aber die byzantinische Rechtslehre hielt dabei die konstruktive Brücke zur römischen Denkform lebendig und sprach von der Verfügungswirkung auf die älteren Ansprüche wie bei der alten *acceptilatio*.

Der andere Vergleich, N. 14, ist wegen der Rechtslage, in der er erging, und wegen zahlreicher Einzelheiten, die WENGER zutreffend erläuterte, interessant. Meines Erachtens wird die Vermutung WENGERs zutreffen<sup>2</sup>, daß durch diesen Vergleich eine Klage erledigt wurde, die Patermuthis gegen seinen Schwager Johannes wegen Nichterfüllung eines älteren Vergleiches erhob, durch welchen die Parteien, samt der Schwester des Johannes und Ehefrau des Patermuthis, Kako, die Auseinandersetzung über den Nachlaß des Vaters der beiden Geschwister erledigt hatten. WENGER hat meines Erachtens richtig ausgeführt, daß angeblich dieser spätere Vergleich durch die Erhebung der Klage seitens des Johannes gegen Patermuthis verletzt worden war, auf die der jetzige Kläger Patermuthis verurteilt worden war. Auch die Erklärung der prozessualen Lage bei WENGER dürfte richtig sein. Es ist ja auf den ersten Blick seltsam, daß der siegreiche Kläger des ersten Prozesses auf eine Klage auf Schadenersatz wegen Führung des von ihm gewonnenen Prozesses dem Beklagten, Patermuthis, gegenüber zum Schadenersatz verpflichtet sein soll, so daß er sich auf den Vergleich, der hier beurkundet ist, einlassen mußte; aber wenn im älteren Vergleich zum Beispiel eine Schiedsgerichtsklausel enthalten war, die von dem Richter des Vorprozesses nicht beachtet wurde, ist der Vorgang wohl zu erklären, und im römischen Prozeßrechte sind nach WENGERs zutreffender Ausführung Schwierigkeiten nicht zu finden<sup>3</sup>. Nur den Grund, aus dem im Erstprozesse eine Verurteilung des Patermuthis erfolgt, finde ich weniger durchsichtig als WENGER. Es heißt, daß Patermuthis verurteilt worden sei, weil er seine Schwiegermutter Tapia gehindert habe, den Johannes aus einer Judikatsschuld betreffend eines Hausanteiles zu befriedigen. Darin sieht WENGER die Schadensersatzklage des Gläubigers gegen den Dritten bezeugt, der den Schuldner an der Befriedigung des Gläubigers hindert. Es könnte ebenso gut ein Anspruch aus Vertrag gewesen sein, den Johannes aus einem Vertrage zwischen ihm, der Mutter, der Schwester und ihrem Gatten hergeleitet hatte. Das können vertragliche Einigungen bei Gelegenheit der Auseinandersetzung über die Hinterlassenschaft des Vaters gewesen sein oder ein Gutsübernahmevertrag zwischen der Mutter und

<sup>1</sup> Z. B.: P. Gr. Eleph. III. Hibeh. 96. P. REINACH II, 12, 13 und die anderen Urkunden bei BERGER, Strafklauseln 188 ff. Sehr auffallend ist es, daß nach der augusteischen und vor der byzantinischen Zeit die Konventionalstrafe in den Quittungserklärungen sehr selten zu sein scheint. Auch BERGER a. O. scheint keinen Fall zu kennen.

<sup>2</sup> S. 150 ff.

<sup>3</sup> S. 151 f.

den Geschwistern<sup>1</sup>. Eine Klarheit und eine gesicherte Grundlage zur Behandlung der im gemeinen Rechte noch streitigen Frage nach der Ausdehnung der aquilischen Schadensersatzklage auf den persönlichen Gläubiger ist kaum gegeben.

In dem Vergleich, der in N. 14 beurkundet ist, wird der Beklagte Johannes bei dem Abschluß durch einen Prokurator vertreten, der als *ἐγγυητής και γνωμανάδοχος* Haftung für den Johannes übernimmt. *γνωμανάδοχος* heißt er meines Erachtens deswegen, weil er nicht nur für die Erfüllung des Vergleiches einsteht, sondern auch dafür, daß Johannes den Vergleichswillen hat. Ebenso wie hier der Bürge als *γνωμανάδοχος* bezeichnet wird, bürgt der Bürge bei dem Dienstbotenvertrage in Straßb. 40 (Anno 569) nicht nur für die Person, d. h. die Gestellung des Dienstverpflichteten, sondern auch für seine Vertragstreue (*πίστις*) und für seinen Geschäftswillen (*προαίρεση και γνώμη*). In der Nov. 22 c. 18 ist die *προαίρεσις και γνώμη* der affectus maritalis bei den Ehegatten. Der Bürge ist in N. 14 wohl deshalb *γνωμανάδοχος*, weil der Vertretene gar nicht selbst auftritt. Andererseits ist eine ausdrückliche Erwähnung dieses Garantieinhaltes in der Schlußerklärung nicht nötig, weil nach dem ganzen Inhalt der Erklärung diese für den Vertretenen gelten soll und die ganze Haftungsübernahme des Bürgen nur dann einen Sinn hat, wenn dieser für die *γνώμη* des Vertretenen einsteht. WENGER faßt den Bürgen als direkten Stellvertreter auf. Das scheint nach den Ausdrücken der Urkunde zunächst ganz richtig. Aber mir fällt auf, daß im Kontext der Urkunde eine Haftungsklausel fehlt, welche den Vertretenen selbst für die Konventionalstrafe verpflichtet. Es heißt: wenn Johannes gegen den Vertrag handle, so soll ihm dieses Unternehmen nichts nützen, er soll aber als Strafe bzw. Vertragsbruchsfolge zwölf Goldsolidi schulden „zu Lasten des Psere, der für ihn kraft dieses schriftlichen Vertrages bürgt, zwölf Goldsolidi, die tatsächlich gegen den Bürgen persönlich eingetrieben werden sollen und gegen sein gegenwärtiges und künftiges Vermögen, in genereller und spezieller Haftung“. Es fehlt im Kontext eine für den Johannes selbst abgegebene Erklärung über Haftung für Konventionalstrafe. Nachher ist das Eidesversprechen über die Erfüllung mit der Generalhypothek auch für den Johannes selbst erklärt. Warum wurde aber nur von der Haftung des Bürgen für die Konventionalstrafe gesprochen, warum ist derjenige Teil des Vertrages, der auf der Stipulationswirkung vor allem basiert, nicht auch für den Vertretenen abgeschlossen? Für eine griechische Denkform der Bürgenhaftung wäre das ganz korrekt<sup>2</sup>. Dort kann der Bürge einfach die Vertragserfüllung des Schuldners zusagen und sich nur selbst für die Konventionalstrafe verhaften, denn

<sup>1</sup> Auch WENGER denkt an solche Vereinbarungen auf S. 162 zu l. 19f.

<sup>2</sup> Griech. Bürgchaftsr. I S. 131. — S. 289ff.

der Bürge, der mit Zustimmung des Schuldners eintritt, hat dort das Recht auf den Schuldner zur Liberation zu greifen und vom Schuldner die Mittel zur Bezahlung des Gläubigers beizutreiben<sup>1</sup>. Für die griechische Auffassung des Bürgen besteht auch keine Schwierigkeit durch die nur akzessorische Natur seiner Haftung, denn dort hängt seine Haftung nicht von einer Haftung des Schuldners selbst ab. Aber für die römische Fragestellung, die hier zunächst am Platze ist, ist die Schwierigkeit ungleich größer. Allerdings besteht keine, wenn man mit WENGER annimmt, daß hier die Wirkung der direkten Stellvertretung der Parteien selbstverständlich war. Nur die hervorgehobene Tatsache bliebe, daß dann doch das Fehlen der Haftungserklärung für die Konventionalstrafe seltsam ist. Aber ich glaube nicht daran, daß diese Formulare, die sich sonst mit jedem Worte auf die reichsrechtlichen Standpunkte stellen, mit einer Verweisung auf das Vulgärrecht erklärt werden können. Denn die justinianischen Juristen haben ja gerade im Stipulationsrecht den Satz zäh festgehalten, daß *nemo alieno nomine repromittere potest*<sup>2</sup>. Mir scheint das Fehlen einer auf den Schuldner zu beziehenden Haftungsklausel bezüglich der Konventionalstrafe gerade auf die Richtigkeit dieser Auffassung hinzudeuten, die es fordert, daß bei der justinianischen Urkunde der strenge Maßstab des Reichsrechtes angelegt wird. Nach dem römisch-byzantinischen Recht dürfte nur die Schwierigkeit bestehen, die ganze Erklärung des Psere als eine Bürgschaft aufzufassen. Als procurator hätte Psere den Vertrag abgeschlossen, die Strafklausel nach Stipulationsrecht korrekt zu eigener Haftung übernommen. Eine direkte Vertretung war in diesem Punkte unmöglich, daher auch die Strafstipulation nicht auf den Schuldner selbst gestellt ist. Aber kraft Rechtssatzes tritt die Haftung des Herrn hier ein, dank der byzantinischen *actio quasi institoria*<sup>3</sup>. Da so die Haftung des Herrn ohnehin entsteht, ist es möglich, sie bei dem Eide und der Generalhypothek als gegeben vorauszusetzen. Das klassische Recht hätte den procurator als selbstschuldnerischen sponsor, nicht als Bürgen behandelt. Aber in diesem Punkte kommt nun eine Beobachtung in Betracht, die sich bei der Bearbeitung des griechischen Bürgschaftsrechtes mir aufdrängte, und die ich in der Fortführung dieser Studien in die römische Zeit hinein zu erweisen hoffe: wo der Grieche im früheren Hellenismus von seinem *ἐγγυητής* redete, der ohne Verpflichtung eines Hauptschuldners haftet, spricht der Römer von einem hauptschuldnerischen sponsor, z. B. bei dem Gestellungs-

<sup>1</sup> Bürgschaftsrr. I, 277 ff.

<sup>2</sup> D. 44, 7, 11, dazu Bas. 52, 1, 10. Inst. 3, 19, 3, 21, dazu THEOPHIL ad. h. l., D. 45, 1, 38, 2.

<sup>3</sup> D. 14, 3, 17 fr. 19 fr. Byzantinisch erscheint nur die Klage wegen der byzantinischen Etikettenänderung. Der Klassiker sprach von einer *a<sup>0</sup> negotiorum gestorum utilis*.

versprechen, bei dem der Garant eine Strafe verspricht für den Fall, daß der Schuldner, der selbst nicht ein Versprechen abgibt, nicht gestellt wird<sup>1</sup>. Schon das zivile vadimonium des vas, bei dem es keinen Hauptschuldner gibt, ist *ἐγγύη*<sup>2</sup>. Die Byzantiner haben entsprechend dem griechischen Gedanken alle die Garantiesponsionen, bei denen der römische Garant Haftung für einen anderen übernahm, als Bürgschaft bezeichnet. Sehr klar ist das bei der sog. Indemnitätsbürgschaft. Sie war nach klassischem Rechte eine einfache sponsio eines Schuldners, der dafür garantierte, daß der Gläubiger aus der Kreditierung an einen Dritten keinen Schaden haben werde. Diese Stipulation römischen Rechtes wurde zur fideiussio umgedeutet<sup>3</sup>, weil sie dem gräzisierungstenden Rechtsempfinden der Byzantiner als Bürgschaft erschien, wobei nicht verkannt werden soll, daß diese Umdeutung nahe lag, seit die prozessuale Konsumtion durch *litis contestatio* gefallen war. Greifbar ist dieselbe Erscheinung bei der *cautio iudicatum solvi* und der *cautio ratam rem haberi* bei der Kautio des justinianischen Prokurator im Prozesse. Wenn dieser nicht vor dem Prozeßgerichte selbst, sondern durch notarielle oder vor einer Behörde mit Aktenrecht errichtete Erklärung bestellt wird, gibt der Vertretene „als Bürge“ seines Prokurators für diesen die *ἐγγυητικὴ ὁμολογία* ab<sup>4</sup>. Fideiussor heißt er bei JUSTINIAN<sup>5</sup>, obgleich die Klassiker von der Bürgschaft des dominus für den procurator nichts wissen. Dem Byzantiner genügte es eben zur „Bürgschaft“, daß der dominus für den procurator, der ihn im Prozesse vertritt, bezüglich der Erfüllung der Urteilsschuld und bezüglich des Erfolges der Prozeßführung einsteht. Auch für die Interpolationenkritik der Fideiussorenstellen ist dieser Gesichtspunkt von einer Bedeutung, die noch nicht voll erkannt ist. So ist es klar, daß die Byzantiner in D 12, 2, 28, 2 eine klassische Entscheidung, die sich auf eine Stipulation über Bestellung eines Dritten bezog, als fideiussio representationis deuteten, denn sie interpolierten den letzten Satz, der die Entscheidung auch auf den fideiussor debiti erstreckt, den *ἐγγυητῆς τῆς καταβολῆς τοῦ χροῆους*, wie das Scholion des Stephanus zu der Stelle ihn richtig nennt. In demselben Sinne ist wohl der procurator in unserer Urkunde N. 14 als *ἐγγυητῆς καὶ γνωμανάδοχος* des selbst nicht mithandelnden Schuldners bezeichnet. JUSTINIANS Gesetzesredaktoren waren dem Rechtsempfinden des hellenistischen Lebens, das sie umgab, auf halbem Wege entgegen-

<sup>1</sup> Schon die römischen Referate der rühnsamen Bürgschaftsanekdote, die SCHILLER verarbeitete, zeigen das: als sponsor erscheint dort der Bürge bei Valer. Max. IV, 7, ext. I und bei HYGIN, Fabulae ed. B. BUNTE p. 164 cap. 257.

<sup>2</sup> Bezeichnend dafür ist die alte Stelle im sc. de Aphrodisiensibus, welche die Pflicht zum vadimonium Romam faciendum für den Bürger von Aphrodisias abschließt.

<sup>3</sup> Vgl. die Quellen und die Literatur bei LEVY, sponsio S. 149ff. Anm.

<sup>4</sup> Inst. 4, 11, 4, dazu Cod. 2, 12, 27 u. 28. <sup>5</sup> Inst. 4, 11, 4, dazu THEOPHIL.

gekommen, während andererseits sich das Notariat den Vorschriften des römischen Rechts anbequeme, indem es vermied, in bezug auf die Konventionalstrafe von der Stipulation des Schuldners selbst zu sprechen.

Der dritte Vergleich (Nr. 7) ist anscheinend ohne voraufgegangenen Prozeß zwischen Patermuthis, der für sich und seine Ehefrau Kako auftritt, und seinem Schwager geschlossen. Es handelt sich um die Erledigung von Ansprüchen, die Johannes nach dem Vergleich über die Auseinandersetzung betreffend den väterlichen Nachlaß erhoben hatte. Der hier beurkundete Vergleich kann nicht, wie WENGER es (S. 150. 162) als möglich betrachtet, mit den in N. 14 genannten *ἔγγραφοι διαλύσεις* identisch sein. Diese lauteten wirklich über den väterlichen Nachlaß. Hier wird nur eine drohende Klage erledigt, welche diese älteren Vereinbarungen angriff, indem sie geltend machte, daß irrthümlicherweise die Parteien über gewisse Gegenstände nichts vereinbart hätten, während — angeblich — auch diese zum Nachlasse gehörten. Zudem ist die Mutter Tapia, die in dem älteren Vergleiche auch eine Rolle gespielt haben muß, hier gar nicht betroffen. Nach den Erläuterungen WENGERs scheint mir nur eines der neuen Überlegung zu bedürfen. Patermuthis tritt hier auf: *ποιούμενος τοὺς λόγους καὶ κυρίως πράττων καὶ διαλυόμενος ἰδίᾳ ἀθθεντία ὑπὲρ τε ἑαυτοῦ καὶ ὑπὲρ Κακῶτος*. Die auctoritas, *ἀθθεντία*, kann nach den justinianischen Rechtsquellen doch wohl nur als eine gesetzliche Befugnis zur Verwaltung und Verfügung aufgefaßt werden<sup>1</sup>. Daß der Mann für die Ehefrau auf ein *mandatum praesumptum* gestützt handeln könnte, ist nach dem Text von Cod. 2, 12, 24 nicht wahrscheinlich und wird durch das Thalelaeus-Scholion zu der Stelle (HEIMB. I p. 413) ausgeschlossen. Ich könnte mir denken, daß Patermuthis nicht nur sein eignes Recht, als Mitkäufer des streitigen Hausanteiles und als Erwerber des Schiffsanteiles geltend macht, sondern auch im Namen der Frau, als Eigentümer des Dotalgutes auftrat. Diese Annahme könnte zunächst, da es sich um koptische *cives Romani* und Rechtsverhältnisse des byzantinischen Ägyptens handelt, seltsam anmuten, aber wir müssen in den byzantinischen Papyri auch an das römische Dotalrecht denken, da die Beibehaltung des Digestenrechtes wie die Ausdehnung des Veräußerungsverbotes der *lex Julia de fundo dotali*<sup>2</sup> nur verständlich ist, wenn man das römische Dotalrecht für anwendbar auch im Osten erachtete. Vielleicht ist in dieser Klausel, die von der Verwaltungs- und Vertretungsbefugnis des Mannes für die Frau spricht, die Denkform zu finden, in welcher die byzantinischen Notare die dunklen Eigentumsverhältnisse an der *Dos* auffaßten, welche nach der Rechtstheorie im Eigentum des Mannes und, nach JUSTINIAN<sup>3</sup>, doch naturaliter

<sup>1</sup> Vgl. Cod. 2, 58, 2, 2. — 4, 37, 7. — 6, 61, 8, 1. — 8, 4, 11 pr.

<sup>2</sup> Cod. 5, 13, 1, 15a.

<sup>3</sup> Cod. 5, 12, 30 pr.

im Eigentum der Frau bleibt. Daß die orientalische Rechtssitte sich so mit dem Manneseigentum an der Dos abgefunden haben könnte, wird man nicht bestreiten, seit schon aus der diokletianischen Zeit es bezeugt ist, daß der Sohn in patris potestate, der nach römischer Rechtstheorie nicht Eigentümer des von der Mutter ererbten Gutes sein kann, als selbstberechtigt, aber im Beistand des Vaters verfügend dargestellt wird (P. Oxy. 1208, anno 291). Nicht viel anders könnte hier der Mann als Dotaleigentümer auctoritas, d. h. Verfügungsmacht über die Dotalsachen haben, während die Verfügung an Sachen erfolgt, die als Eigentum der Frau erscheinen, so daß „für die Frau“ verfügt wird. Daß es tatsächlich so ist, wird mir sehr wahrscheinlich, wenn man daneben die beiden byzantinischen Eheverträge legt, die beide für die Rechtsverhältnisse an der Mitgift einfach auf die Vorschriften des justinianischen Rechtes verweisen. CPR. I 30: *οἱ δὲ ὡς εἰκότως συμβησόμενοι κάσοι διαβεβαιωθήσονται πρὸς τὰ δοκοῦντα τοῖς καλῶς καὶ εὐσεβῶς κειμένοις νόμοις*: die etwa eintretenden Fälle sollten nach dem geltenden Recht der erlauchten Gesetze entschieden werden.

P. Cairo 67006 (ich korrigiere die vulgären Schreibungen): — *ἐφ' ᾧ τε τὰ λόγῳ ἔδνων προσερχθέντα τὰ τε λόγῳ προικὸς [ἐ]ξομολογηθέντα] εἶναι παρὰ τῷ ἀπτῷ νυμφίῳ καὶ τῇ ἀπτῇ νόμφῃ καὶ διυρορευμένα τοῖς νόμοις*. Also: Eigentum des Mannes und der Frau an der Mitgift, aber nach Maßgabe des Konstitutionenrechts.

Die byzantinischen Notare verwiesen im Ehevertrag also einfach auf die Gesetzesvorschriften, und so mußte auch das Eigentum des Ehemannes an der Dos seine Anwendung auf grund des Ehevertrages selbst finden. Daß man zuwider der Sitte dieser langatmigen Verträge nicht ausdrücklich von dem Eigentum des Mannes sprach, wird seinen Grund in der dunklen Fassung des justinianischen Rechtes und in dem Nachwirken des alten hellenistischen Gedankens haben, nach welchem die dos der Frau gehört. Danach mußten die Notare geneigt sein, das „natürliche“ Eigentum der Frau an den Dotalgegenständen zu betonen und das dominium des Mannes nur als eine künstliche Fiktion der Rechtsordnung aufzufassen, welche damit dem Manne Verwaltungs- und Vertretungsrecht an den Dotalsachen gab. Man sprach von dem gemeinsamen Empfang der Mitgift durch *beide* Gatten, von der auctoritas des Mannes an Sachen der Frau.

Es fehlt mir in diesen Stunden an der Muße, um die gleichen Darlegungen über das Verhältnis der byzantinischen Papyri zu dem justinianischen Rechte auch für die anderen von WENGER vorgelegten Urkunden zu geben. Die vollen Ergebnisse dieser Gesichtspunkte werden erst überblickt werden können, wenn die Darstellung des byzantinischen Privatrechtes, die MITTEIS angesichts der ersten von MASPERO vorgelegten Papyri der byzantinischen Zeit forderte, gewagt werden wird.

Freiburg.

## 14. Der griechische Gedanke in der Rechtswissenschaft.

Sonderabdruck aus „Vom Altertum zur Gegenwart“.

2. Aufl. (1921) 120—128.

Graeca non leguntur — das Banausenwort der mittelalterlichen Juristen gilt auch heute nur noch für die Mindestanforderungen an die Vorbildung der Studenten der Rechtswissenschaft. Für die wissenschaftliche Forschung am geschichtlichen Zivilrecht ist seit RABELAIS' Tagen auch der Jurist auf eine griechische Gedankenwelt hingewiesen, weil die Kultur, welcher JUSTINIAN das ältere römische Recht anpaßte, eine späthellenistische gewesen ist. Erst im 19. Jahrhundert fanden die französischen Humanisten, die auch das attische Recht erkundet hatten, ihre Nachfolger in französischen und deutschen Juristen. Unter den Anregungen von THEODOR MOMMSENS Forschung rief dann LUDWIG MITTEIS das Interesse an dem Rechtsleben des Hellenismus in den Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches wach. Heute arbeitet eine junge Forschung daran, die privatrechtlichen Grundlagen der griechischen Rechte aus den attischen Quellen des 4. Jahrhunderts, aus den Trümmern der Inschriften und aus den Papyri des hellenistischen Ägyptens zu erkunden. Neben der römischen und der germanischen Rechtsentwicklung soll uns das griechische Recht vergleichungsfähig werden. PLATOS „Gesetze“ gelten dieser Betrachtung nicht nur als das Buch des Philosophen, der seiner Vaterstadt in der politischen Niederlage das Bild des Idealstaates vorhält, sondern zugleich als die älteste erhaltene wissenschaftliche Leistung einer theoretischen Rechtswissenschaft, welche die Rechte der griechischen Staaten verglich und geistig verarbeitete. Der Entwicklung des germanischen Grundstücksgeschäftes, die vom Marktkauf der alten Volksrechte bis zu den Anfängen des modernen Grundbuchrechtes geht, vergleichen wir heute den Weg, den der Gedanke des Vertrauensschutzes bei den Griechen nahm.

Dem modernen Juristen ist der griechische Gedanke vor allem durch die Einwirkung auf die römische Rechtsordnung wichtig, die in unserem modernen Rechte ihre Spuren zurückließ. Allerdings in der ältesten Ordnung des römischen Volksrechtes, im Zwölftafelrechte, wird man nicht bewußte Anklänge an griechische Gesetzgebungen suchen dürfen. Rom stand im 5. Jahrhundert den griechischen Gesetz-

gebungen Unteritaliens nicht ähnlich gegenüber wie die böhmischen und polnischen Städte den deutschen Stadtrechten des sächsischen Rechtes. Nicht mehr als ein Einfluß der Kulturmoden und ein Einströmen griechischer Moralgedanken ist durch die Luxusgesetze über den Begräbnisaufwand und durch den gesetzlichen Bußvertrag, der sogar das Wort *poena* übernahm, erwiesen. Aber in der dunklen Zeit vom 4. bis 2. Jahrhundert, lange ehe die Wirkung griechischer Wissenschaft und Literatur auf die römische Aristokratie einsetzte, hat die römische Rechtsordnung aus griechischen Gesetzen und aus dem hellenistischen Rechtsverkehr tiefe Anregungen empfangen. Damals wurde das Ädiledikt den griechischen Marktordnungen der Agoranomen nachgeschrieben. Der Satz, daß der Käufer eine Offenbarungspflicht über die Mängel der verkauften Sache hat, wurde neben der Wandlungsklage aus griechischen Rechten übernommen. Alles, was wir von den Amtsprogrammen des Zensors wissen, zeigt stark die Einwirkung des griechischen Rechtes. Wer für diese Zeit, ohne das griechische Material zu verwerten, die römische Rechtsentwicklung zu erklären versucht, der steht bei jedem Schritte vor Rätseln. Oft genug wird eine plötzlich in Rom vorhandene neue Bildung verständlich, wenn wir feststellen können, wie das hellenistische Rechtsleben aussah, inmitten dessen Rom zwischen dem 4. und dem 2. Jahrhundert groß geworden ist. Wir dürfen durchaus nicht immer Anlehnungen suchen wollen, Vorschriften, welche aus griechischen Gesetzen in die römische Rechtsordnung hinübergernommen sind. Allerdings kann es auch an solchen Entlehnungen nicht gefehlt haben, und wir können Punkte geltend machen, an denen es schwer fällt, die Übernahme zu bestreiten. So die Rezeption des griechischen Persönlichkeitsschutzes in die prätorische *actio iniuriarum*. Aber es bedarf gar nicht stets solcher formaler Anlehnung an ältere Rechtsordnungen, damit wir von einem hellenistischen Einflusse sprechen können. Kultivierte Völker werden von anderen schon dadurch angeregt und in ihrer Rechtsbildung gefördert, daß im Nachbargebiet ein Bedürfnis des Lebens anerkannt und durch Gewährung von Rechtsschutz befriedigt wird. Im römischen Schuldrecht der Republik sind die sogenannten Konsensualkontrakte, der Kauf, die Miete, der Dienst- und der Werkvertrag mit ihrer eigenartigen ursprünglichen Haftung wegen Nichterfüllung (des Verkäufers auf den Kaufpreis, des Vermieters auf den Mietzins, des Unternehmers auf den Betrag des Werklohnes) in direkter Anlehnung an griechische Haftungsgrundsätze bei denselben Rechtsgeschäften entstanden. Die Entwicklung des römischen Besitzschutzes im Verhältnis zum Eigentumsprozesse ist auch den griechischen Rechten parallel gelaufen, indem man zunächst vor dem Streit um das Herrenrecht den gewaltsamen Entsitzer zur Herausgabe an den letzten ruhigen Besitzer

zwang. Die Stellung des Prätors gegenüber dem zivilen Nachlasse entspricht auffällig der Fürsorgetätigkeit, welche der griechische Gemeindebeamte an den Nachlässen der Bürger wahrnimmt. Und der römische Prozeß wird uns allmählich in einem größeren Zusammenhange erscheinen, wenn wir den alten Prozeß der griechischen Stadtrechte kennen lernen werden und auch dort Privatladung, den Rechtsstreit, der nur mangels eines Anerkenntnisses des Beklagten stattfindet, die positive Defensionserklärung des Beklagten und seine Einigung auf das Prozeßthema, das System der Klagen und die Personalhaftung aus dem Urteil, das stets nur auf Geld geht, kennen lernen werden. Im Strafprozesse ist die Gerichtsverfassung und der Prozeß der Quästionengerichte als eine unmittelbare Rezeption aus dem griechischen Rechte zu betrachten.

Die große geistige Bewegung der römischen Jurisprudenz des zweiten und ersten Jahrhunderts vor Christus steht diesem Zusammenhang mit griechischem Gesetzesrecht allerdings fern. Die römischen Aristokraten, welche die Rechtswissenschaft als eine Standesbildung der Senatorier pfl egten, fanden in den hellenistischen Sachwaltern und in ihrer Hilfsarbeit für den Rhetor keinen standesgleichen Beruf. Sie schätzten als Vertreter der griechischen Bildung nur die Philosophen und die Künstler der Staats- und Gerichtsrede. Um die Mitte des 2. Jahrhunderts vor Chr. beginnt dieser Einfluß der griechischen Bildung. Die philosophischen Grundbegriffe wie die Darstellungsformen der römischen Rechtsliteratur treten unter den Einfluß griechischer wissenschaftlicher Methode. Die römischen Juristen schieden damals die Rechtsprechung nach *jus civile* und *jus aequum* gerade wie ihre griechischen Lehrer die Rechtsprechung nach dem *δικαιον* und dem *ἐπιεικής*. Die Römer lernten durch POSIDONIOS das *jus proprium civium Romanorum*, das nationale römische Recht, von dem *jus gentium* unterscheiden, dem Rechte, das auch die anderen Kulturen anerkennen, und die Stoa gab den römischen Juristen ihre Lehre vom Naturrecht wie ihre Physik mit den Vorstellungen von den Sachen und die Anregung zu den Definitionen nach dem Wortklange. In der heutigen Lehre vom Eigentumserwerb durch Verarbeitung und Verbindung, vom Geschäftsirrtum über wesentliche Eigenschaften der Sache wirken die Problemstellungen der Stoa durch das römische Recht hindurch noch bis ins Bürgerliche Gesetzbuch hinein. Nach den Vorbildern der griechischen Rhetorik entwarfen römische Redner eine Prozeßtheorie, die zum ersten Male den materiellen Anspruch des Klägers und die Verteidigungsmittel des Beklagten nach griechischen Denkformen durchdachte. Es war dieselbe Zeit, in der PANAITIOS der römischen Aristokratie die Gedanken vortrug, aus denen heraus AUGUSTUS seine Monarchie des besten Mannes im Staate gestaltete.

Die große geistige Leistung der römischen Rechtswissenschaft geriet darum nicht in eine Abhängigkeit vom griechischen Gedanken. Sie lag in der wissenschaftlichen Kasuistik und in der Durchdenkung des zivilen und des prätorischen Rechtes für die Praxis. Deshalb glaubt auch heute die moderne Erforschung des klassischen römischen Rechtes, die auf der Quellenkritik an dem von JUSTINIAN überarbeiteten Texte fußt, von den Griechen wenig lernen zu sollen. Wenn diese philologisch-juristische Interpolationenforschung aus lauterer klassischen oder nur von späteren römischen Rechtslehrern bearbeiteten Quellen schöpfte, hätte sie damit recht. Denn für eine Rechtsordnung, wie sie die großen klassischen Juristen Roms auslegten, gilt dasselbe, was wir heute an uns erfahren können: je eifriger die wissenschaftliche Theorie eines Rechtes auf den verfeinerten Ausbau einer Rechtsordnung bedacht ist, desto leichter kann die Rechtsprechung die Anlehnung an fremde Muster entbehren.

Aber die Arbeit der großen Juristen Roms ist eben im Aufbau der Rechtsordnung, welche durch Mittelalter und Neuzeit hin ins moderne Privatrecht übernommen wurde, nicht der einzige geistige Faktor geblieben. Schon um die kleine stadtrömische Schule der großen Juristen Roms herum webte in den Provinzen der ersten Kaiserzeit ein Wirtschaftsleben, das hellenistisch war. Griechisches Urkundenwesen gestaltete die römischen Rechtsgeschäfte für die Bedürfnisse der römischen Bürger, soweit sie dem hellenistischen Kulturkreise angehörten. In den Provinzen mußte der Beamte vielfach mit griechischen Gesetzen arbeiten, und ein römischer Präfekt richtete in Ägypten ein Grundbuch ein, das offenbar auf Vorbildern griechischer Rechte beruhte. In die römische Rechtsordnung führen schon die Kaiser des zweiten Jahrhunderts die zahlreichen Soldatenprivilegien ein, welche auf die griechische Vermögensfähigkeit des Hauskinds und auf das griechische Testamentsrecht Rücksicht nehmen mußten. In den Jahren, da die schöpferische Kraft der römischen Rechtswissenschaft abstirbt, schon vor der Mitte des dritten Jahrhunderts, beginnt vollends der griechische Gedanke in die römische Rechtsanwendung mit einer Kraft einzuströmen, die wir erst seit LUDWIG MITTEIS verstehen lernten. Nach der Theorie sollte seit CARACALLAS Gesetz über die Verleihung des Bürgerrechtes an die städtischen Provinzialen das Reichsrecht jede unrömische Rechtsordnung aus der Geltung im Reiche verdrängen. In Wahrheit hat sich ein ähnlicher Vorgang abgespielt wie in Deutschland, als zahlreiche Bildungen deutschen Privatrechtes trotz der radikalen Aufnahme des fremden Rechtes in Geltung blieben. Schon am Ausgang des Altertums errang das römische Privatrecht die Welt-herrschaft nur auf Kosten seiner Reinheit in der Rechtsanwendung. Die Reskripte Kaiser Diocletians liefern der modernen Forschung

häufig die Beweise für das Drängen griechischer Rechtsgedanken, wenn die unrömische Fragestellung vom Kaiser abgelehnt wird. Erst unter Konstantin dem Großen gab das Reichsrecht vielfach nach. Noch in den Jahren, in denen der Kaiser im lateinischen Westen stand, ergehen die Gesetze, in denen er vor zahlreichen Gedanken des hellenistischen Rechtes kapituliert.

Das 4. und 5. Jahrhundert erscheinen dem Juristen als eine Zeit der grenzenlosen Verwilderung. Nicht nur in der Zerfahrenheit der kaiserlichen Gesetzgebung, in der Unfähigkeit der Rechtsprechung, die ungefüge Menge der als Rechtsquellen geltenden klassischen Juristenschriften zu bewältigen, sondern auch im Durcheinander der Rechtsgedanken des Reichsrechtes und der sich behauptenden Sätze des Volksrechtes. Bisher hat nur die politische Geschichtschreibung und die Kirchengeschichte in diese dunklen Jahrhunderte hineingeleuchtet. Die Juristen bahnen sich erst allmählich den Weg in die urkundliche Überlieferung und in die Literatur der späteren Zeit, und nur wer die griechische Literatur vom 4. bis 6. Jahrhundert kennt, dringt heute mit exakter Forschung in die Kulturwelt ein, welche die justinianische Gesetzgebung hervorbrachte. Als Nachblüte griechischer Kultur ist die Rechtswissenschaft des 5. Jahrhunderts entstanden. Die Studenten von Berytos (Beirut), damals der berühmtesten Rechtsschule für Orient und Okzident, hatten ihre humanistische Bildung an der griechischen Grammatik und Rhetorik erhalten. Die Rechtslehrer waren aus einer griechischen Rechtsprechung hervorgegangen, welche das römische Recht auf ein späthellenistisches Wirtschaftsleben anwandte. Mit Überraschung sahen wir in dem letzten Jahrzehnt, daß die Notariatsformulare dieser späten Praktiker des römischen Rechtes zahlreiche Begriffe und Worte des alten griechischen Rechtes wieder hervorsuchten und nun im ganzen Reiche einbürgerten. Das Jahrhundert Justinians ist eine Zeit des *usus modernus* gegenüber der alten römischen Rechtsordnung, und wie der *usus modernus Pandectarum* des 17. und 18. Jahrhunderts unbewußt den alten deutschen Rechtsgedanken emportrug, hat das 5. Jahrhundert kräftig alte griechische Gedanken in der Rechtsordnung zur Geltung gebracht. Was heute im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht des bürgerlichen Rechtes an antikem Kulturgute noch gilt, hat seine geschichtlichen Wurzeln zum Teil in der Geisteswelt der großen klassischen Juristen Roms, aber zum Teil auch im Hellenismus dieser spätrömischen Rechtswissenschaft. Eine Lehre, welche heute in den Worten des Gesetzes verankert ist, geht dahin, daß bei jedem Rechtsgeschäft die Parteien ihren Willen auf einen bestimmten Rechtserfolg richten. Diese moderne, heute mit Recht stark bekämpfte Lehre von der Willenserklärung erwuchs in jener spätrömischen Zeit, in welcher die byzantinischen Notare bei

jedem unbedeutenden Rechtsgeschäfte den Parteien die rechtlich erheblichen Erklärungen in den Mund legten und die Juristen die *natura contractus* bei jedem Rechtsgeschäfte definierten, indem sie annahmen, daß der Parteiwille sich auf die wesentlichen Elemente des Geschäftes bewußt richte. Die Unterscheidung der Grade des Verschuldens nach heutigem bürgerlichen Rechte, die Lehre vom einseitigen und zweiseitigen Schuldvertrage, die Lehre vom gegenseitigen Vertrage entstammen derselben Welt, in der feste Dogmen, die ins Bürgerliche Gesetzbuch übernommen wurden, wie die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung und die überscharfe Scheidung von Dienst- und Werkvertrag zuerst geprägt wurden. Wer als moderner Richter täglich mit praktischer Vernunft an den Grundgedanken des modernen Privatrechtes zu arbeiten hat, kann in der historischen Kritik am übernommenen Kulturgute wertvolle Hilfe finden. Mit der Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland wurde die Herrschaft der Scholastik in der Rechtswissenschaft bis ins 19. Jahrhundert hinein fest begründet. Das moderne Gesetzbuch hat diese Herrschaft äußerlich gebrochen, aber durch die Aufnahme zahlreicher Grundgedanken des römischen Systemes befestigt. Die Wissenschaft hat die Aufgabe, dem modernen Richter bei der praktischen Handhabung und bei der Kritik der übernommenen Rechtsbegriffe zu helfen. Sie wird diese Aufgabe nur dann wissenschaftlich lösen, wenn sie imstande ist, den übernommenen Rechtssatz geschichtlich zu verstehen und die scholastische Überspannung der Rechtsregel zu bekämpfen. Dazu braucht eine modern betriebene Privatrechtswissenschaft die Forschung am griechischen Gedanken. Selbst für die enggesteckten Ziele der Interpolationenforschung an den Rechtssätzen des justinianischen Gesetzbuches ist es unentbehrlich, die griechischen Rechtsgedanken klarzustellen, die sich in der Kodifikation gegenüber der klassischen römischen Rechtsordnung durchsetzten. Denn nur so kann die Frage beantwortet werden, warum am klassischen Texte geändert ist.

So besteht die Notwendigkeit, das griechische Kulturgut in der Rechtsordnung zu kennen, vor allem auf demjenigen Gebiete der Rechtsordnung, auf dem die Antike heute noch lebendig ist. Für die moderne Strafrechtswissenschaft, für die Rechtsphilosophie, für die allgemeine Staatslehre ist die geistige Fühlung mit der griechischen Philosophie und mit dem Staatsleben der klassischen Zeit von jeher selbstverständlich gewesen. Auch die moderne Demokratie wird von ihren ältesten Vorgängern in der Geschichte, die vor allem in der griechischen Kultur liegen, lernen müssen. In dem Jahrhundert des Völkerbundes wandern die Gedanken des deutschen Juristen notwendig in das Jahrhundert zurück, in dem die griechischen Staaten eine völkerbundartige Schiedsgerichtsbarkeit und ein internationales

Exekutivorgan — bei dem römischen Senate fanden. Auf dem dunklen Wege, den wir heute in die Zukunft unseres Volkes hinein wandern, brauchen die Juristen die geschichtliche Bildung und die Kenntnis der alten Gedankenwelt, aus welcher der deutsche Idealismus am Anfang des 19. Jahrhunderts seine besten Kräfte zog.

**Literatur.** Die Bedeutung des griechischen Gedankens in der Rechtswissenschaft ist noch nicht ausreichend gewürdigt. DARESTE, *Science du droit en Grèce* (1893) gab nur eine heute veraltete Darstellung eines Ausschnittes aus der altgriechischen Rechtswissenschaft.

Für die Wirkung des griechischen Rechtes auf das römische überblickt MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1, 10 ff., das vorlängst bekannte Material. (Zur Rezeption des römischen Injurienrechtes vgl. *Arch. f. Papyrusforschung* 6, 54 ff.). Noch nicht erkannt ist die Verwandtschaft des römischen Formularprozesses mit dem stadtgriechischen Zivilprozesse des 3. Jahrhunderts v. Chr. Für den Strafprozeß dagegen ist zu vergleichen die gute Studie von HIRTIG, *Über die Herkunft des Schwurgerichtes im römischen Strafprozesse*, Zürich 1909. Zu den Bemerkungen über das *ius gentium* der römischen Juristen kann auf O. LENEL in der *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* von HOTZENDORFF-KOHLER, I, S. 331, verwiesen werden. Die Rezeption des römischen Rechtes im griechischen Osten und die Widerstände, welche sie fand, schildert auch für das heutige Wissen noch maßgeblich MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig 1892. Die griechischen Einflüsse auf die spätrömische Rechtswissenschaft werden jetzt durch Studien wie die von PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Gelde im griechischen und römischen Rechte*, Leipzig 1918, klargestellt. Den Grund für diese Untersuchungen legt die Forschung, welche die einzelnen Institute des griechischen Rechtes durch die Geschichte des Hellenismus hin verfolgt, vom griechischen Altertum bis zum *Corpus juris*.

# Quellenverzeichnis.

## A. Römische Quellen.

### I. Juristische Quellen.

#### 1. Vorjustinianische Quellen.

##### Collatio.

10. 9. 1 74 A. 209  
14. 2. 1 37 91  
14. 3. 4 37 A. 91.

##### Fragm. de jure fisc.

- § 8 36 A. 89.

##### Gai. Inst.

2. 110 138  
3. 91 123  
3. 97 37  
3. 117 63 A. 157  
3. 136 14 A. 29, 30; 61 A. 149  
3. 137 12; 13 A. 24a; 17 A. 37;  
32 A. 66  
3. 139 271  
3. 141 17 A. 37  
3. 156 63 A. 163  
3. 160 61  
3. 161 61 A. 151  
4. 25 144  
4. 63 72 A. 194  
4. 66 163 u. A. 3; 171  
4. 182 60.

##### Lex metalli Vispacensis.

137. 284  
157. 284.

##### Paul. Sent.

1. 4. 3 95 A 260  
1. 4. 8 78  
1. 21. 7 34  
2. 13. 4 34 130  
4. 8. 20 158  
5. 1. 1 36.

##### Codex Theodosianus.

- I 2, 3 204  
II, 30, 1 30 A. 62; 69 A. 182  
V, 17, 1 260  
IV, 14, 1 69 A. 182, 212 A. 1

##### Codex Theodosianus.

- IX, 10, 3 145 A. 3  
IX, 31, 1 247  
IX, 32, 1 247  
XI, 1, 34 207 A. 3  
XI, 22, 4 259  
XI, 24, 6 259  
XI, 24, 6 pr. 206 A. 4  
XII, 1, 97 258  
XII, 21, 8 pr. 232 A. 3  
XIV, 3, 20 204

##### Nov. val.

9. 1 252 A. 3  
19. 1. 3 212 A. 1.

##### Ulp. reg.

24. 9. 37.

##### Vat. frag.

- 12 65 A. 170  
13 125 A. 6  
94 47 A. 114.

## 2. Justinianische Quellen.

### Institutionen.

3. 15 14 A. 30  
3. 19. 3 21; 34 A. 72  
1. 21 101  
1. 22 30 A. 62  
2. 6. 14 172 A. 4  
2. 6. 17 172  
3. 19. 3 342 A. 2  
3. 22. 1 14  
3. 23 pr. 14 A. 32; 275; 276; 278  
3. 23. 1 15 A. 34, 40 A. 98  
3. 23. 5 33 A. 70; 35; 36 A. 86;  
38; 51; 92  
3. 26. pr. 63 A. 164  
1. 25. 8 61 u. A. 151  
3. 27. 1 68; 69 A. 183  
4. 6. 24 232 A. 9; 233 A. 2; 236  
4. 6. 25 233 A. 2; 254  
4. 6. 30 72 A. 194  
4. 11. 4 343 A. 4 u. 5  
4. 11. 7 242 A. 1

## Institutionen.

4. 14. 1 23  
 4. 16. 2 60  
 4. 18. pr. 82 A. 224.

## Digesta.

2. 1. 11. 1 26 A. 53  
 2. 13. 6 pr. 63 A. 2  
     6. 3 14 A. 27  
 2. 14. 4. 3 19 A. 40  
     5 19 u. A. 40; 20  
     7 15; 16 A. 37; 19 A.  
     40  
     7. 1 20; 27  
     7. 2 13 A. 25a 16 A. 37  
     15 f.; 20; 123 A. 3  
     7. 5 20  
     7. 6 20  
 2. 15. 9. 2 339 A. 2  
 3. 2. 6. 7 75 A. 204  
 3. 3. 15 63 A. 158  
     34 125 A. 6  
 3. 4. 4. 22 97 A. 1  
     5 10 A. 21  
     5. 7 10 A. 21  
 3. 5. 2 68; 71 A. 193  
     3 pr. 68 A. 182  
     3. 3 101  
     3. 8 68 A. 182; 71  
     3. 9 68 A. 182; 71  
     3. 10 68 A. 182; 71  
     3. 11 68 A. 182; 71; 80  
     101; 102  
     5 91  
 3. 5. 5 pr. 68 A. 182  
     5. 2 101  
     5. 3 91; 97; 98; 101  
     5. 6 63 A. 161; 92  
     5. 7 76 A. 211; 93  
     5. 8 81; 91 u. A. 251  
     5. 11 91; 123  
     5. 12 85; 87; 91  
     5. 13 86 u. A. 233; 87  
     7. 2 73  
     8 83 A. 226; 87 A. 236;  
     91 A. 251  
     9 83 A. 226  
     9 pr. 64 A. 169; 87 u. A.  
     234  
     9. 1 81; 87  
 14 91; 93 A. 256  
 15 93 A. 256  
 18 68 A. 182

## Digesta.

18. 2. 93  
 20 68 A. 182; 76 A. 212  
 21 95  
 23 91  
 26 89 A. 244  
 26. 1 102  
 27 68 A. 182; 76 A. 212  
 30 78; 94  
 30 pr. 81; 97; 99 u. A. 10  
 30. 1 92  
 31 61 A. 152; 68 A. 182  
 31 pr. 97 A. 1  
 32 94  
 33 89; 90; 103; 336 A. 2  
 36 pr. 102; 104  
 36. 1 95  
 41 68 A. 182  
 43 89 A. 244; 102  
 44. 2 91  
 45 91; 96  
 45 pr. 80; 81  
 46. 1 96  
 3. 6. 1. 1 209 A. 1  
 4. 4. 7 pr. 10 A. 21  
     7. 1 10 A. 21  
 4. 9. 2 10 A. 21  
 4. 14. 1 23  
 5. 1. 36. 1 95  
 5. 3. 25. 7 55 A. 135  
 7. 5. 8 77 A. 213  
 10. 3. 7. 13 53 55  
     14. 1 92; 93  
     23 57 A. 141; 59 A. 146  
     28 74 A. 203  
     29 pr. 92; 93  
 11. 7. 6. 1 34  
 11. 7. 8. 1 35  
 11. 7. 14. 7 91  
     14. 9 91  
     20. 1 66 A. 177  
 12. 1. 27. 98  
 12. 1. 31. 1 32 A. 67  
 12. 2. 28. 2 343  
 12. 4. 3 pr. 18 A. 37  
     3. 1 18 A. 37  
     3. 2 18 A. 37  
     3. 3 18 A. 37  
     9 pr. 17 A. 37  
     16 16 A. 36  
 12. 6. 33 123  
     58 71 A. 193a; 97 A. 1  
 12. 6. 65. 3 17 A. 37

Digesta.

13.	6.	17.	3	71 A. 193a; 92
	18.	4		73 A. 197
13.	7.	13 pr.		70 A. 186
14.	3.	17		342 A. 3
		19		342 A. 3
		19 pr.		100
14.	5.	5 pr.		10 A. 21
14.	6.	3.	3	128
		7 pr.		128; 131 A. 19
		7.	3	128
		9.	4	85 A. 231
15.	1.	50.	3	64 A. 166
15.	3.	10.	5	97; 98 u. A. 2
		6		127
16.	1.	7.		77 A. 213
		8.	6	127
16.	1.	27.	1	36
		29.	1	127
16.	1.	32.	3	127
16.	2.	7.	1	73; 75
16.	3.	1.	9	57 A. 141; 59 A. 146
17.	1.	1.	2	14 A. 30
		2 pr.		63 A. 162
		3.	1	63 A. 161
		3.	2	61 A. 151; 62 A. 152
		4		61 A. 151
		6.	1	79 A. 219
		8.	5	38; 55 A. 135
		10.	5	97; 98; 100
		14 pr.		63 A. 157
		19		27; 63
		21.	3	129
		22		68 A. 182
		22.	10	69 A. 182
		26		62 A. 154
		33		62 A. 152
		41		61 A. 151; 63 A. 160
		53		77 A. 213
		54 pr.		64; 65 A. 170
		58 pr.		62 A. 153; 68 A. 182
		60.	1	68 A. 182
17.	2.	31		93
18.	1.	1.	2	14 A. 29
		2.	1	15 A. 33, 34
		4		33 A. 71; 35; 36 A. 86; 37; 51
		6		36 A. 68; 92
		6 pr.		33 A. 71; 37
		5		33 A. 71; 36 A. 86; 38
		9.	2	48 u. A. 117; 49 A. 122; 51; 52
		10		49; 50 A. 122

Digesta,

11.	1.	49 A. 122
14		48 A. 117, 118; 49 u. 50 A. 122
14		48 A. 117; 49 A. 122
22		34; 35 A. 77
24		34
26		92
34.	1	34; 25 A. 77
34.	2	36; 38; 92
34.	3	43; 45; 46; 47; 64 A. 170
35.	2	45
36		125; 130
41.	1	41; 50 A. 122; 152
44		41
45		51
57		39; 44; 64 A. 170
57 pr.		32 A. 67; 41 A. 101
57.	1	30 A. 62; 42
57.	3	43
58		41
62.	1	34, 35, 42, 51
70		38, 44, 51, 64 A. 170
73 pr.		34 u. A. 73
18.	2.	4. 5 12 A. 56
		14 pr. 12 A. 56
18.	3.	5 pr. 271
		6. 1 273
		8 273
18.	4.	8 42 A. 103
		22 32 A. 67
18.	5.	2 20
18.	6.	19. 1 47, 47 A. 119
19.	1.	11. 5 52, 125
		11. 6 272
		13. 1 54 A. 130
		13. 3 85 A. 231
		13. 8 4, 32 A. 66
		13. 17 54, 55
		13. 25 56, 100
		21. 2 47, 48, 48 A. 118, 50, 53, 57
		49 125 A. 6
19.	2.	1 14 A. 29
		2. 2 pr. 59 A. 146
		19. 3 56, 57, 58 A. 143
		19. 6 272
		25 pr. 59 A. 146
		46 124 A. 4
19.	5.	1. 1 18 A. 37
		5 pr. 16 A. 37
		5. 1 16 A. 37

## Digesta.

	5.	2	59 A. 146, 57 A. 141
	6		17 A. 37; 18 A. 37
	17.	I	18 A. 37
	19	pr.	18 A. 37
	20	pr.	18 A. 37
20.	3.	I. 2	36 A. 89
20.	6.	I	97
21.	I.	8	32 A. 67
21.	I.	31. 8	32 A. 67
21.	I.	57 pr.	32 A. 67
21.	2.	2	43 A. 105
		4 pr.	153 A. 4
		11 pr.	47 A. 114
		39. 3	38
22.	I.	I. 3	64 A. 169
23.	3.	50 pr.	17 A. 37
24.	I.	3. 5	130
		3. 6	130
		3. 7	130
		3. 9	130 A. 18
		3. 12	131 A. 19
		5. 2	131 A. 19
		5. 5	131
		7. 4	131
		7. 5	131
		7. 6	125 A. 7, 131
		7. 7	125 A. 7
		11. 6	129
		11. 7	129
		11. 8	129
		49	131
24.	3.	22 pr.	66 A. 177
25.	3.	5. 14	102, 89 A. 244
26.	7.	9 pr.	79
		46. 5	75 A. 206
26.	8.	5. 3	125 A. 7, 129
		5. 4	129
		13	123
26.	9.	2	84 A. 228
27.	4.	I. 4	73, 74
27.	5.	5.	78
27.	9.	7. 3	128
		9	129
28.	8.	5. 4	125 A. 7
29.	I.	36. 3	97 A. 1
29.	5.	22	209 A. 1
31.	65.	I	41 A. 99
31.	78.	2	74 A. 203
		77. 27	97 A. 1
32.	27		85 A. 231
33.	5.	2. 3	50 A. 122
33.	6.	I	50 A. 122

## Digesta.

	2.	I	50 A. 122
	3.	I	50 A. 122
	4.		171 A. 1
	9	pr.	50 A. 122
	9.	I	50 A. 122
	9.	2	50 A. 122
33.	8.	19. I	97 A. 1
34.	I.	9	97 A. 1
34.	3.	5 pr.	85 A. 231
34.	4.	25	97 A. 1
35.	I.	100	97 A. 1
36.	I.	76	85 A. 231
		83	85 A. 231
36.	4.	5. 30	66 A. 177
37.	6.	2. 3	24
37.	14.	24	85 A. 231
39.	5.	19. 3	62 A. 153
40.	5.	56	85 A. 231
40.	7.	3. 2	83
		3. 3	83
		3. 15	85 A. 231
40.	13.	4	36 A. 88, 38
41.	2.	I. 3	94
		30. I	35 A. 77
		48	97 A. 1
41.	3.	4. 2	45 A. 108
41.	4.	2. I	45 A. 109, 46 A. 111
43.	16.	3. 17	74 A. 203
44.	2.	3. 12	72 A. 195
		3. 13	72 A. 195
		3. 14	72 A. 195
		5	72 A. 199
44.	7.	I. 9	41
44.	7.	2	61 A. 149
		2. 3	32 A. 66
		5 pr.	63 A. 161, 68, 68 A. 182, 69 A. 183
	5.	I. 26	
	7.	11. 342	
		54	124 A. 4
45.	I.	38. 2	342 A. 2
45.	I.	83. 5	35 A. 79; 37
		103	37
		137. 6	35 A. 78
46.	I.	62	323
46.	3.	12. 4	83
		58 pr.	18 A. 37
		91	129
46.	7.	3. 2	83
		3	83
46.	8.	22 pr.	123
47.	2.	14. I	32 A. 67

**Digesta.**

	60	64 A. 169
47. 14.	1. 4	73 A. 198
47. 19.	2. 1	66 A. 177
48.	1. 6	209 A. 1
48. 10.	1. 2	237
48. 15.	1. 4	37 A. 91
	6. 2	37 A. 91
49. 5.	1 pr.	83
49. 14.	6 pr.	190
	46. 2	125 A. 7, 129
	48 pr.	85 A. 231
	16. 2	129
49. 16.	8	125 A. 7
50. 15.	19	29
50. 16.	5. 1	11
50. 16.	19	8 ff., 11, 15, 23, 24.
		25, 56
50. 17.	16	124 A. 4
	18	123 A. 3
50. 17.	60	83

**Codex Just.**

C. Cordi nobis	§ 2.	224
	§ 5.	224
I. 1.	2 pr.	204
	8. 19	203 A. 2
I. 3.	27. 2	208 A. 1, 211
I. 4.	26. 4	203
I. 5.	16. 5	132
I. 7.	2. 22	202 A. 4
I. 11.	10. 6	132
I. 14.	2	203, 204
I. 14.	5	131
I. 23.	3	205, 214 A. 4, 240
	6 pr.	214 A. 6
	7 pr.	211, 212
	7. 1	200 A. 2, 208, 212 A. 1
	7. 2	208 A. 1, 213
1. 51.	14. 4	94
2. 3.	11	25
2. 4.	41	339
	42	339
2. 6.	1. 1	235 A. 1
	5	236
	6. 2	234
2. 7.	6	232 A. 5
	20	232 A. 5
	26	240 A. 7
	26. 2	232 A. 6
2. 8.	14	77, 78 A. 216, 79 A.
		218, 86, 214
2. 12.	23	63 A. 159

**Codex Just.**

	24	344
	27	343 A. 7
	28	343 A. 4
2. 13.	1	206 A. 4
2. 15		206 A. 4
2. 18.	1	102
	2	89, 90, 90 A. 248,
		101, 102, 103, 104,
		336
2. 18.	4	78 A. 216, 96, 101
	9	82 A. 225, 83 A. 226
	10	70 A. 189
	11	89 A. 244, 90, 102 ff.
	12	91
	13	89 A. 244, 102
	14	80, 92, 100, 101
	15	89 A. 244, 90, 102
	19	82 A. 225
	20 pr.	95, 68 A. 182
	24. 1	100
2. 36.	3	172
2. 50.	5	172
2. 57.	1	241
2. 58.	2. 2	344 A. 1
3. 1.	13. 2	233 A. 9
	13. 9	234, 232 A. 8, 237
		A. 3
	15. 9	223 A. 9
	17	202 A. 3
3. 2		236
	2 pr.	254
2. 1		209 A. 2, 217 A. 22
3 pr.		232 A. 8
4		252
4 pr.		205, 233 A. 2 u. 3,
		234 A. 2, 238 A. 4,
		240 A. 3, 253
	4 1	234 A. 2
	5	240 A. 7, 253, 254 A. 1
3. 10.	2	236, 237, A. 4, 254
3. 32.	3	82 A. 225
	6	84 A. 228
	8	84 A. 228
3. 36.	20	83 A. 225 u. 226
3. 38.	7	45 A. 107
3. 44.	2	34
	9	34
4. 2.	3	129 u. A. 17
4. 2.	6 1	125
4. 20.	19. 2	233 A. 5
4. 21.	17	15 A. 34, 272, 275,
		276, 278, 272

## Codex Just.

	19	202 A. 2
4. 22		26
4. 26. 7		98
4. 30. 3		125
4. 34. 3		84 A. 228
4. 35. 23		132
	23 pr.	131 A. 19
	23. I	202 A. 4
4. 36. I		64 A. 166, 65 A. 170 u. 171
4. 37. 7		344 A. I
4. 38. 3		131
4. 38. 15		40 A. 98
4. 45. 2 pr.		272
	2 § I	272
4. 49. 8		30
4. 54. I		273
4. 56. 3		126
4. 66. 2. I		31
5. 3. 20. 4		94
5. 9. I.		223 A. I
5. 9. 3 pr.		222 A. I
	6	222, 223, 224
	6 pr.	222 A. I, 224
8. I.		222 A. I
5. 12. 30 pr.		344 A. 6
5. 13. I. 15a		344 A. 2
5. 17. 3		125 A. 6
5. 28. I		78
5. 31. 3		84 A. 228
5. 34. 4		78
5. 51. 3		84 A. 228
6. 25. 10 pr.		202 A. 4
6. 37. 23. I		30 A. 62
6. 61. 8. I		344 A. I
7. 12. I		129
	2	129
	2. 2	129
7. 37. 2		172 A. 4
	3	172 A. 4
7. 39. 3. I		69 A. 182; 233 A. 2; 237 A. 2; 240 A. 2
7. 45. 14		29 A. 51; 31
8. I. 6 pr.		222 A. I
8. 4. II pr.		344 A. I
8. 16. 7 pr.		69 A. 182
	7. I	306 A. 2
8. 27. 10		130
8. 37. 3		83 A. 225
	3. I	82 A. 225
	10	14 A. 30
	12	31

## Codex Just.

8. 44. 5		30
8. 44. 7		153 A. 7
	18. 27	45 A. 107
	24	47 A. 115
	24 pr.	65 A. 176
	24. I	30
8. 53. 34		222
	34. I	30 A. 61
	36	222
8. 55. 10		222
9. 12. 7		145 A. 3
8. 58. 2		202 A. 2
9. 38. I		247
10. 11. 8. 8		253 A. 3
10. 16. 7		204
10. 19. 2. 2		247
11. 51. I		260
12. 19. 12. I		240 A. 7
12. 21. 8		253 A. 3
12. 60		232, 233 A. 7
	I	232 A. I, 238 A. 4
6. 2		233 A. 9
7 pr.		203; 234 A. 2; 238 A. 4; 239 A. 3; 240 A. 3
12. 61		232.

## Novellae Just.

4. 2		338 A. 2
4. 3. I		24 A. 48
7. I		213 A. I
8		202 A. I, 258
17		214 A. 3
17. 3		202 A. I
17. 13		206 A. 4
22. 18		341
22. 27		221 A. 12, 224
22. 48		202 A. I
23		214 A. 3
30		226 A. 18
53. I		241 A. I
53. 3. 2		240 A. 7, 233 A. 2, 233 A. 3
61. I. I		338 A. 2
69. I. I		239 A. 4
73. 2		231 A. 2
73. 5		231 A. 2
75		214 A. 3
78. I		202 A. I
78. 2		202 A. I
79 pr.		233 A. 2, 239 A. 3
79. 3		233 A. 2
86. 9		254, 255

**Novellae Just.**

96 pr.	233 A. 9, 238
96. 1	237, 233 A. 2, A. 4
97. 5	222 A. 3
98. 2	222 A. 2
112. 1	240 A. 3
112. 2	233 A. 2, 241 A. 1
2 pr.	239 A. 3, 240 A. 2
3 pr.	237 A. 4, 239
3. 1	239, 239 A. 2; 240 A. 3; 241 A. 1
113 pr.	240 A. 3
113. 1	200, 211, 212, 230
114. 1	200
123. 8	233 A. 2
123. 27	233 A. 2, 249, 253 A. 2
123. 28	233 A. 2, 240 A. 7, 254
124. 2	232 A. 1
124. 3	232 A. 1 u. 2, 240 A. 7; 254
124. 4	338 A. 2
128. 4	245 A. 1
128. 5	245 A. 1
128. 7	247, 249, 250
128. 8	247, 249, 250
128. 19	248
134. 1	248
134. 7	251
134. 9	249
136	13 A. 25a
139	203 A. 6
151 pr.	203 A. 5
158. 1	202 A. 1
162. 2	245 A. 1

**3. Nachjustinianische Quellen.**

Edict. Just. 9 praef. 203 A. 3.

**Basiliken.**

2, 2, 9	339, 339 A. 2
2, 2, 17	9 A. 16, 10 A. 22
20	339 A. 2
2, 5, 18	203
2, 6, 7	203
7, 11, 7 sch. Thalel.	76, 77, 78, 79, 80, 212, 218, 227
8, 1, 15	234 A. 1
8, 2, 97	63 A. 159
11, 1, 3	28 A. 58
4	28 A. 58
6	28 A. 58
7	13 A. 25a

**Basiliken.**

7 sch. 1	16 A. 37
43	43 A. 105 72, 25 A. 51
11, 2, 58 sch. 2	339
12, 1, 38	27 A. 57
12, 2, 7 sch.	56 A. 137
13, 1, 1	13 A. 25a
13, 1, 17	27
14, 1, 1	14 A. 30
26	63 A. 157
54 sch. Step.	65 A. 170
17, 1, 47	96
17, 2, 2 in Zach.	
Suppl. 196	336 A. 2, 102 A. 15
4	70 A. 189 78 A. 218
9 sch. Thal.	78 A. 28
19, 1, 4, 5	34 A. 73
60	34 A. 73
71	34 A. 73
20, 1, 19 sch.	57, 79 A. 145 79 A. 145
23, 1, 42	43 A. 101
28, 3, 28	84 A. 228
41, 7, 2 sch. 3	13 A. 25a 24 A. 47
42, 3, 75 sch.	82 A. 225
52, 1, 10	342 A. 2
60, 12, 53 sch. 9	81 A. 223a
61	13 A. 25a.
Zach. Suppl. 156 Nr. 12,	
89ff, 103f.	

**Ekloge Nomon.**

9, 1 278 A. 2.

**Harmenopulos.**

3, 3, 1 278 A. 2.

**Nomokanon.**

4, 4, 7 132.

**Prochiron.**

Bas. 14, 1 278 A. 2.

**Theophili paraphr. gr.**

1. 1. 1	202 A. 1
3. 13. 2	24f.
3. 18. 3	24
3. 20. 3	13 A. 25
3. 19. 3	91; 342 A. 2
4. 6. 24	236 A. 2
4. 6. 25	253
4. 11. 4	343 A. 5

## II. Nichtjuristische Quellen,

## Ammianus Marcellinus.

30, 4 238.

## Appianus.

I, 9 212 A. 2.

## Augustinus de duab. amin.

22 pag. 78, 18 94 A. 257.

## Caesar bell. civ.

I, 70, 4 13 A. 57.

## Caesar bell. Gall.

I, 42, 4 13 A. 27.

## Caesar bell. hisp.

22, 3 13 A. 27.

## Corpus inscript. lat.

2, 700 153 A. I

2, 4332, 6 57 A. 139

3, 948, I, 10 57 A. 139

6, 14672 57 A. 139

6, 2, 10235, 2 57 A. 139

9, 782, 144

10, I, 3334 34 A. 76

10, 2039, 4 57 A. 139

32, 455 134

## Cicero ad fam.

2, 17, 4 160.

## de domo sua.

28, 74 134.

## de legibus.

III, 3, 6 139.

## de offic.

3, 14, 58 52 A. 123

3, 17, 70 75 A. 204.

## pro Rab. Post.

2, 4 9 A. 14.

## pro Quinct.

3, 11 9 A. 14.

## Corpus gloss. lat.

II, 126, 49 187

II, 224 12 A. 29

II, 415, 4 233 A. 8

III, 447, 52 233 A. 8

III, 480, 30 233 A. 8

## Epist. Greg.

I, 42 59 A. 144

5, 31 59 A. 144

9, 78 59 A. 144.

## Hyginus fabulae.

cap. 257 343 A. I.

## Livius.

4, 2, 6 138

4, 4, 11 138

5, 8, 6 14 A. 27

10, 8 138

29, 23, 5 14 A. 27

37, 35, 2 14 A. 27.

## Plautus.

## Curculio.

464 147 A. I.

554 268.

## Menaechi.

1028 ff. 148 A. 8.

## Persae.

25 142 f.

43 142

68 ff. 145

64—72 144

159 ff. 147

289 147 ff.

400 148

416 142

431 ff. 142

440 ff. 149

470 148 ff.

474 149

482 187

487 149

524 ff. 149 f.

589 149 f.

598 150 A. 3

717 149 f., 155

738, 752 154 ff.

748 155

749 156

781 ff. 143

785 142.

## Plinius.

epist. ad Trai. 54, 2 160

## Prosper de prom. et praed. dei.

5, 14, 2 94 A. 257.

## Terent. Eun.

805 156

806 156

807 156

808 156

809 156.

## Terent. Adult.

40 156

49 156

969 148 A. 8.

**Valer. Max.**

IV, 7, 1 343 A. 1.

**Varro.**

de ling. lat.

V, 175 271.

de re rust.

I, 17, 2 285

II, 2, 5 57 A. 139

VII, 105 286.

**B. Griechische Quellen.****I. Inschriften.****Bull. corr. hell.**

6, 28 190 A. 2

6, 33 190 A. 2

6, 149 190 A. 2

26, 254 286.

**Corpus Inscr. Graec.**

III Add. p. 1236 190.

**Dittenberger Sylloge.**

II 172 A. 2

113, 17 183 A. 3

177, 32 35

226 262

295 309 A. 1

325, 16 II A. 23

531 164 A. 2

546 161

610, 7 183 A. 2

933 58 A. 149.

**Inscriptions juridiques Graecques.**

I, 208, 155 323

I, 244 ff. 187

I, 280, 65 II A. 23

69 II A. 23

75 II A. 23.

I, 504 191 A. 2

**Griechische Dialektinschriften.****Collitz-Blass.**

1743 183 A. 4

1762 183 A. 4

1763 183 A. 4

1764 183 A. 4

1815 183 A. 4

4982 157.

**Ostraka (Wilcken).**

II, 701 168.

**Inscription von Badiulas.**

(Journ. of hell. St.)

887, 377 186.

**Recht von Gortyn.**

V, 21 157.

IX, 1 11 A. 24

**II. Papyri.****B. G. U.**

50 186

67 165

156 170, 173

267 180

285 170

316, 66 A. 173

420 177

446 185, 266, 279

560 170

591 58 A. 143

919 181

959 189

992 172

997 192

1018 58 A. 142

1034 189

1047 182

1073 178

1089 165

1090 165

1120 58 A. 143

1126 285

1156 285

1158 296 A. 3.

**C. P. R.**

I, 1 179

9 176, 177

19 274

20 212 A. 4

27 182

30 335 A. 2, 345

45 58 A. 142

228 190

241 58 A. 142.

**P. Giss.**

I, 39 303 A. 3.

**P. Lips.**

4 66 A. 173

9 181

33 241 A. 3

112 163, 165

114 163

115 167 A. 1

116 167 A. 1; 168

123 167 A. 1; 168. 184.

**P. Münch.**

1 337  
 7 337; 344f.  
 14 337; 340f., 343.

**P. Strassb.**

22 180  
 40 226 A. 19; 341.  
 52 179  
 125 180.

**P. Wessely spec.**

6 303 A. 3.

**P. Amh.**

122 165  
 151 245.

**P. Eleph.**

3 340 A. 1  
 14 172  
 183.

**P. Fay.**

16 165  
 32 177  
 87 170  
 91 273  
 96 170; 171  
 216 177.

**P. Grenf.**

I, 1 294 A. 1, 305  
 11 294 A. 1, 305  
 19 294 A. 1  
 II, 19 175  
 22 II A. 23  
 26 II A. 23  
 37 169  
 41 184  
 47 165.

**P. Hibeh.**

92 148 A. 2, 320 A. 1  
 96 340 A. 1.

**P. Lond.**

II. p. 90 Nr. 315 165  
 p. 92 Nr. 346a 165  
 p. 97 Nr. 256b 163  
 p. 98 Nr. 256d 163  
 p. 99 Nr. 256a 163  
 p. 143 270; 274  
 p. 150 Nr. 359 2  
 p. 151 Nr. 299 177  
 Nr. 317 172  
 p. 211 Nr. 334 185  
 p. 219 Nr. 311 321 A. 3

**P. Lond.**

Nr. 401 307 A. 1  
 p. 334 Nr. 143 266  
 III. p. 111 Nr. 1157 187  
 p. 148 Nr. 932 180  
 p. 158 Nr. 1184d 192  
 p. 160 Nr. 1164e 191  
 Nr. 1164 175  
 inv. Nr. 1147 210 A. 3.

**P. Magdola.**

26 269.

**P. Oxy.**

91 161  
 133 245  
 140 273  
 170 186  
 237 I, 177, 180, 190  
 259 285, 320 A. 1  
 274 192  
 327 186  
 328 186  
 336 178  
 349 178  
 472 185; 301  
 494 191  
 506 181  
 513 161  
 516 166; 167 A. 1  
 517 165; 168  
 533 166; 167 A. 1  
 613 166; 168  
 614 168  
 616 167 A. 1  
 620 166; 167 A. 1  
 637 177; 181  
 713 189; 190  
 721 170  
 808 192  
 835 170  
 899 170  
 973 167 A. 1  
 1027 187  
 1208 345.

**P. E. R.**

138 285  
 144 175; 177  
 6014 251; 285.

**P. Petrie.**

II, 17 148 A. 1  
 26 160  
 III, 20 309 A. 2.  
 III, 64b 180

**P. Tebt.**

5	169; 172 A. I; 309 A. 2
6	12 A. 24
25	169
27	169
68	169
75	321 A. 3
105	307 A. I
216	261
318	187
384	251; 285
389	179
391	170
395	170; 171
423	282
556	191.

**P. Ausonia** 1907, 139 Nr. 3, S. 184.

**P. Fior.**

T, 1	179
24	182
25	182
44	251; 285
56	188.

**P. Gen.**

27	177.
----	------

**P. Leyd.**

o	183; 184
---	----------

**P. Lill.**

7	285.
III, 50	187.

**P. Masp.**

67001	244 ff.
67002	206 A. 4; 207 A. I; 245 A. I; 246 f.; 251; 260
67003	247 f.
67004	248
67005	248 f.
67006	249; 345
67019	249 f.; 260
67020	250
67021	250 f.
67023	251
67024	195 ff.; 210 u. A. 3; 218 A. I; 217; 218 A. I u. 2 223; 219; 225; 239
67025	195 ff.
67026	210; 215 ff.; 225; 239
67027	223; 251
67028	210; 221 ff.; 229 A. 3 239; 251

**P. Masp.**

67029	198 A. 44; 210; 215
67031	205 A. 2; 252 ff.
67032	203; 209 ff.; 221; 225 ff.; 235; 255 ff.;
67064	219
67098	66 A. 173
67099	66 A. 173
67158	336 A. I.
67159	336 A. I

**Marini.**

114	66 A. 173
120	66 A. 173.

**P. Paris.**

14	307 A. I, 2
15	307 A. I
21	66 A. 173
62	172 A. I
63	260
65	183; 184; 185.

**PSI.**

22	58 A. 142 u. A. 143
55	13 A. 25a; 16 A. 37; 19 A. 38; 39; 20; 21; 22.

**P. Tor.**

1	184 A. I; 305 A. 2; 306 A. 3; 308 A. I; 294 A. I.
4	294 A. I

**III. Schriftsteller.**

**Äschines or.**

1, 65	155 A. 2
1, 66	155 A. 2
1, 67	155 A. 2
3, 41	148 A. 9.

**Aristoteles.**

Eth. Nik.	5 p. 1131	12 A. 24
Oecon. II,	4 p. 1346b	24, 160, 161
Pol.	1, 4, 5	262.

**Demosthenes or.**

9, 3	14; 2 A. I
24, 23	12 A. 24
30, 21	12 A. 24
33, 12	11 A. 23
34, 5	142
49, 5	172
49, 8	172
49, 9	172
49, 36	172
49, 50	155 A. 2
52, 4	172

**Demosthenes or.**

52, 6 172  
58, 21 155 A. 2.

**Dionys. Hal.**

2, 75 12 A. 24  
5, 19 139  
6, 22 11 A. 23  
6, 24 11 A. 23  
6, 83 286  
7, 12 323 A. 3.

**Harpokrates.**

44, 14 262, 265.

**Homer, Od.**

8, 351 322.

**Hyperides Athenagoras or.**

or. p. 5 142.

**Isaios or.**

4, 11 146  
8, 23 262.

**Isokrates or.**

12, 97 155 A. 3.

**Lysias or.**

12, 9 148 A. 7.  
23, 9 155 A. 2.

**Pollux.**

8, 34 265 A. 2a 6.  
8, 99 151.

**Polybios.**

5, 27, 5 140.

**Pseudo-Demosth. or.**

59, 66 322

**Pseudo-Xenophon de rep. Athen.**

1, 10 ff. 142.

**Plato leges.**

9 p. 872 B. 148 A. 4  
11 p. 914 D. 155.

**Soph. Aias.**

731 14 A. 27.

**Stobaeus floril.**

44, 22 262  
22, 2 183.

**Stobaeus Serm.**

44, 41 191 A. 1.

**Xen. de ved.**

3, 11 182 A. 1.

**IV. Byzantinische Schriftsteller.****Acta S. Anastasiae (ed. Usener).**

15a 206 A. 2  
16 206 A. 2.

**Acta S. Marinae (ed. Usener).**

p. 18, 37 206 A. 2.

**Johannes Lydus.**

de mag. III. 20 213 A. 4  
III. 68 236

**Libanios.**

sp. 118 94.

**Procop. hist. arc.**

23, 6 249 A. 1.

**V. Römisch-Syrisches  
Rechtsbuch.**

Ar 22 268  
Ar 32 268, 275  
Ar 38 275  
Arm 27 275  
Arm 97 275  
L 51 275  
L 71 145 A. 3  
Par. 21 268  
R I 22 275  
65 145 A. 3  
R II 32 275  
99 275  
144 145 A. 3  
R III 51 275.

**C. Demotische Urkunden.****P. dem. Berlin.**

Nr. 3089 288  
3096 288  
3108 297  
3110 293  
3112 288  
5507 290 A. 1.

**P. arm. Caire.**

Nr. 37114 302 A. 2.

**P. dem. Eleph.**

12 294 A. 1; 308 A. 1.

**P. dem. Hauswaldt.**

18a 296  
18b 296.

**Notice des papyrus Archaiques  
demotiques.**

96 287 A. 2  
97 287 A. 2  
111 287 A. 2  
112 287 A. 2  
117 287 A. 2.

**P. dém. Paris.**

706	306 A. 2
2439	289
2440	290, 303 A. 3
2442	301
3168	290 A. 2
3228	290 A. 2
7128	302 A. 3
7858	290 A. 2, 305 A. 1
9204	290.
9292	293

**Demotische Urkunden  
zu Revillout, Droit Précis.**

I, 520 299.

**Revillout, Notice.**

414 289.

**P. dém. Reinach.**

5	183
6	183
11	340 A. 1
12	340 A. 1
13	340 A. 1.

**P. dem. Straßburg.**

7	290 A. 1
12	294 A. 1
15	301
16	294 A. 1.

**Archiv. f. Pap.**

VI, 132f. 190.

**P. dem. Turin.**

Rev. not. 410	306 A. 2
247	302 A. 2
248	302 A. 2, 305 A. 1.

**D. Germanische Quellen.**

**Lex Baiuvariorum.**

16, 10 279

**Edictum Chilperici.**

6 (7) 318.

**Codex Euricianus.**

296 280  
297 280.

**Lex Salica.**

47 330 A. 1.

**Lex Visigothorum.**

V, 4, 9 279.

**E. Indische Rechtsbücher.**

**Brihaspati.**

Art 240 309 A. 1  
241 309 A. 1.

**Katyayana.**

Art. 240 309 A. 1.  
241 309 A. 1.

**Manu.**

849 309 A. 1.

**Narada.**

I, 122 309 A. 1.

**Vishnutext bei Colebrooke, Digest of  
hindu law I, 241.**

Art. 251 309 A. 1.